

## GEBREKKIGE KWALITEIT BIJ KOOP : DE DIVERSE VORDERINGEN OP EEN RIJ

Bert DEMARSIN

Cuando un cliente compra algo, realmente está comprando 2 cosas: una la que él cree que compró y otra la que uno le está vendiendo.<sup>1</sup>

(Quino – Citaat uit *Mafalda*)

1. Kopen zit de Westerse mens in het bloed. Als kind van de consumptiemaatschappij is hij wellicht met geen andere juridische operatie meer vertrouwd. Achter de schijnbare evidentie van het koopcontract gaat echter een van de meest controversiële vraagstellingen uit het Frans-Belgisch privaatrecht schuil. Wie koopt wil waar voor zijn geld, en precies daar durft het schoentje in de praktijk wel vaker te wringen. Natuurlijk kan de koper jegens zijn verkoper kwaliteitsaanspraken laten gelden, maar de vraag is veeleer op welke grondslag hij dat dient te doen. Het Burgerlijk Wetboek reikt op dat vlak namelijk een waaier aan vorderingsmogelijkheden aan die alle uiteindelijk als finaliteit hebben te verzekeren dat wat de koper meende te kopen effectief overeenstemt met wat de verkoper verkocht. Zo kan een misnoegde koper onder meer zijn heil zoeken in de leer van de wilsgebreken (met name in de dwalingsvordering), zijn voordeel trachten te doen op grond van de leveringsplicht uit het kooprecht of zich beroepen op de vrijwaringsvordering voor verborgen gebreken. Deze bijdrage beoogt niet zozeer een alomvattende beschrijving te bieden van elk van deze verhaalsmiddelen, maar spitst de aandacht geheel toe op hun toepassingsgebied en hun problematische verhouding.

Oorspronkelijk achtte men de vorderingsmogelijkheden van de koper conceptueel duidelijk onderscheiden rechtsfiguren, wat zich onder meer op het vlak van het bewijs, de verjaring en de mogelijkheid tot schadevergoeding laat gevoelen. Wanneer het aangekochte goed de substantiële kwaliteit die de koper erin zocht blijkt te ontberen, spreekt men van dwaling. De verkoper miskent daarentegen zijn leveringsplicht, wanneer hij de koper een ander goed levert dan de partijen overeenkwamen. De verkoper dient de koper tot slot te vrijwaren voor de verborgen gebreken waarmee het verkochte goed naderhand behept blijkt, ook al leverde de verkoper precies wat de partijen overeenkwamen.<sup>2</sup> Door allerhande jurisprudentiële evoluties gingen de concepten echter op de drift, waardoor dwaling, leveringsplicht en gebreksgarantie steeds meer in elkaars vaarwater zijn gekomen.<sup>3</sup> Deze trend deed GHESTIN en DESCHÉ finaal besluiten dat een vervlechting van de drie vorderingen onvermijdelijk is. De gebreksgarantie zou als verlengde van de leveringsplicht eigenlijk niets anders zijn dan een specifieke toepassing van de dwaling. Veel meer heeft een jurist niet nodig voor een algehele verwarring...<sup>4</sup>

<sup>1</sup> "Wie iets koopt, koopt eigenlijk twee zaken: dat wat hij meende te kopen en dat wat de verkoper hem verkocht."

<sup>2</sup> V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, VIII, Antwerpen, Intersentia, 2007, 141-142; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "La vente, erreur, non-conformité et vices cachés", *T.B.B.R.* 1993, (197) 197; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 2001, 196 et seq.

<sup>3</sup> A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "La vente, erreur, non-conformité et vices cachés", *I.c.*, 206 en 220; O. TOURNAFOND, "Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente", *D.* 1989, Chr., (237) 237-238.

<sup>4</sup> J. GHESTIN en DESCHÉ B., *La Vente*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité des Contrats*, Parijs, L.G.D.J., 1990, 806-810; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, 556-557; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "La vente, erreur, non-conformité et vices cachés", *I.c.*, 198.

Deze problematiek bracht eerder al heel wat pennen in beweging.<sup>5</sup> Met name de onderlinge verhouding van leveringsplicht en vrijwaringsvordering was in het voorbije decennium een populair thema in de rechtsleer. Het inspirerende ideaal van een monistisch koopregime en de onhandige, partiële invoering daarvan, beperkt tot situaties van consumentenkoop en internationale handelskoop, hebben wat dat betreft onmiskenbaar stimulerend gewerkt. De invoering van de monistische systemen, die zich onderscheiden van het traditionele, dualistische regime van de *Code civil* door beide kwaliteitsaanspraken op het niveau van de uitvoering van de koopovereenkomst tot de unieke "conformiteitsvordering" te versmelten, hield de aandacht bij het kooprecht gevangen. De positie van de dwalingsvordering in het geheel geraakte bij dit alles wat op de achtergrond.<sup>6</sup> Deze bijdrage betracht onder meer hierin verandering te brengen, door erop te wijzen hoe een deel van de afbakeningsproblemen evenzeer het gevolg zijn van een op de drift geslagen dwalingsvordering.

Voor een goed begrip schetsen we in wat volgt voor elk van de voormelde vorderingsmogelijkheden eerst kort de basisprincipes (I.), om dan in tweede instantie de oorzaken van de actuele verwarring te identificeren en te illustreren hoe het toepassingsgebied van bepaalde concepten op de drift sloeg (II.). In een derde fase belichten we daarvan de gevolgen door poolhoogte te nemen van de actuele toestand van alomtegenwoordige overlappingsen (III.). Afsluitend stellen we op het niveau van het toepassingsgebied van de diverse concepten een saneringsoperatie voor (IV.), vanuit de overtuiging de overlappingsen minstens ten dele te kunnen wegwerken, al zal de perfectie wat dat betreft – de waarschuwing van GHESTIN en DESCHÉ indachtig – andermaal niet van deze wereld zijn...

## I. BASISPRINCIPES: EEN KORTE VOORSTELLING VAN DE HOOFDROLSPELERS

### A. Dwaling

2. Het Frans-Belgisch recht ziet het contract als de resultante van de wil van minstens twee partijen (*i.e.* toestemming). Vanuit die optiek achtte de wetgever het dan ook raadzaam te waken over de kwaliteit van de wilsvorming en -uiting, teneinde de finaliteit van het contract te verzekeren.<sup>7</sup> Het contract verbindt bijgevolg slechts in zoverre de instemming van de partijen

<sup>5</sup> Alleen al in België bestaat er een massa aan waardevolle geschriften. Een greep uit het aanbod: L. SIMONT, "La notion fonctionnelle du vice caché: un faux problème?", *Hulde aan Rene Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, (331) 331-342; D. DELI, "Afbakeningsproblemen tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering bij het hanteren van een functioneel gebreksbegrip in de koop-verkoop", (noot onder Gent 24 juni 1987), *R.W.* 1987-88, (1364) 1364-1367; M. E. STORME, "Verborgen kwaliteiten en zichtbaar gebrekkige wetgeving", *TRD&I* 1996, afl. 9, (21) 21-22; J. H. HERBOTS, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek", (noot onder Antwerpen, 22 december 1982), *R.W.* 1982-83, (1733) 1733-1737; D. PHILIPPE, "La garantie des vices cachés", *C.J.* 2000, afl. 1, (1) 1-6; M. VANWIJCK-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, (5) 5-53; T. BOURGOIGNIE, "Le traitement des produits défectueux en droit belge: pratique et perspectives", *J.T.* 1976, (489) 489-513.

<sup>6</sup> Het is intussen vijftien jaar geleden dat MEINERTZHAGEN-LIMPENS in een uitstekend artikel de dwalingsvordering op gelijke voet in de vergelijking opnam (A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "La vente, erreur, non-conformité et vices cachés", *T.B.B.R.* 1993, (197) 197-222). Ook zeer verhelderend is de analyse van GLANSDORFF (F. GLANSDORFF, "Panorama des actions ouvertes à l'acheteur insatisfait", in F. GLANSDORFF (ed.), *Actualités de quelques contrats spéciaux*, Brussel, Bruylant, 2005, (1) 1-30).

<sup>7</sup> W. DE BONDT, "De wilsgebreken herbekeken. Een studie van de wilsgebreken uitgaande van een feitelijke analyse van de wils- en toestemmingsdefecten", *T.B.B.R.* 1996, (369) 369 en 372; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité du droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1993, 443.

*volwaardig* is.<sup>8</sup> Die bekommernis bracht de Napoleontische wetgever ertoe in het consensualistisch systeem annulatiemogelijkheden op grond van wilsgebreken in te bouwen, waarvan de dwaling zonder twijfel de meest courante figuur is.

3. Juridisch gezien dwaalt men wanneer de wil tot contracteren gevormd werd op basis van een vergissing<sup>9</sup>, zodat men "*voor waar houdt wat vals is of als vals beschouwt wat waar is.*"<sup>10</sup> Dwaling behelst dus een onjuiste voorstelling van zaken bij het sluiten van de overeenkomst.<sup>11</sup> Wie dwaalt meent de waarheid te kennen, doch kent haar niet.<sup>12</sup>

4. Om niet op lichtzinnige wijze afbreuk te doen aan de rechtszekerheid en de stabiliteit van de overeenkomst, is contractsvernietiging aan enkele voorwaarden onderworpen.<sup>13</sup> Zo voorziet artikel 1110 B.W. de nietigheidssanctie uitsluitend voor die gevallen waarin de dwaling de zelfstandigheid van de zaak betreft.<sup>14</sup> Zoals dat voor alle wilsgebreken geldt, moet de dwaling bovendien determinerend zijn voor de contractsluiting. Bijgevolg zou er enkel van dwaling sprake kunnen zijn, indien de *errans* zijn toestemming zonder de vergissing niet zou hebben gegeven.<sup>15</sup> Rechtspraak en doctrine vereisen tot slot dat de dwaling verschoonbaar is.<sup>16</sup>

## B. Leveringsplicht

5. De leveringsplicht staat eerder onhandig beschreven in artikel 1604 B.W.: "*De levering is de overdracht van de verkochte zaak in de macht en het bezit van de koper.*" Eén van de gebreken van deze formulering bestaat er precies in dat zij de koper schijnbaar geen enkele aanspraak verleent op kwaliteitsvolle goederen. Dat is echter niet het geval. De rechtspraak en de doctrine zijn er immers van uitgegaan dat de koper op grond van artikel 1604 B.W. niet alleen gerechtigd is het verkochte goed materieel volgens de afspraak geleverd te krijgen, maar vooral ook

<sup>8</sup> G. VIVIEN, "De l'erreur déterminante et substantielle", *RTD civ.* 1992, afl. 2, (305) 308-309.

<sup>9</sup> W. DE BONDT, "De wilsgebreken herbekeken. Een studie van de wilsgebreken uitgaande van een feitelijke analyse van de wils- en toestemmingsdefecten", *I.c.*, 389-399.

<sup>10</sup> F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XV, Brussel-Parijs, Bruylant-Marescq, 1878, 560; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, en E. SAVAUX, *Droit civil - Les obligations*, I, Parijs, Armand Colin, 2002, 133.

<sup>11</sup> A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag - responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting", in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken*, Brugge, Die Keure, 2006, (37) 42; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1961, 48-49.

<sup>12</sup> F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XV, 1878, o.c., 560; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil des obligations*, I, Parijs, L. Larose & L. Tenin, 1906, 79.

<sup>13</sup> F. CHABAS, *Obligations - théorie générale*, in H. L. E. J. MAZEAUD en F. CHABAS (eds.), *Leçons de droit civil*, II, Parijs, Montchrestien, 1991, 151; M. PLANIOL, G. RIPERT, en P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, L.G.D.J., 1952, 204.

<sup>14</sup> B. TILLEMANS, *De totstandkoming en de kwalificatie van de koop*, in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, X, Antwerpen, Kluwer, 2001, 147; C. GOUX, "L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons", in P. WÉRY (ed.), *La théorie générale des obligations*, Luik, ULg Formation permanente - CUP, 1998, (7) 23; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming van overeenkomsten - Grondslagen, draagwijdte en sancties*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 224-225.

<sup>15</sup> Het determinerende karakter van de dwaling ligt besloten in art. 1109 B.W. - R. KRUIJTHOF, "Overzicht van Rechtspraak (1974-1980) - Verbintenissen", *TPR* 1983, (495) 547-548; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 44; P. MALINVAUD, "De l'erreur sur la substance", *D.* 1972, (215) 215.

<sup>16</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1961, o.c., 60-63; B. TILLEMANS, *De totstandkoming en de kwalificatie van de koop*, o.c., 153; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, o.c., 481 et seq.

goederen van de overeengekomen kwaliteit kan claimen.<sup>17</sup> Zowel voor *genus*-, als voor *species*zaken heeft de leveringsplicht inderdaad evenzeer betrekking op de *identiteit* van de verkochte goederen, als op de *kwaliteit* ervan.<sup>18</sup> De koper is op grond van artikel 1243 B.W. immers niet verplicht een andere zaak aan te nemen dan die de verkoper verschuldigd is, zelfs al zou die objectief gezien een grotere waarde vertegenwoordigen. Dat geldt zo voor een andere identiteit, maar evenzeer voor een mindere kwaliteit.<sup>19</sup>

Om de conformiteit van de levering te beoordelen, vergelijkt men de zaak die de verkoper aan de koper leverde met de specificaties die expliciet of impliciet in de overeenkomst vervat liggen. De partijen zijn dus aangewezen op het contract. Levert de verkoper een andere dan de verkochte zaak dan is de contractuele tekortkoming doorgaans zonneklaar. Wanneer de levering evenwel niet van de overeengekomen kwaliteit zou zijn, dringt een onderzoek naar de precieze de draagwijdte van de contractuele beschrijving van het verkochte voorwerp zich op.

### C. Verborgen gebreken

6. Volgens artikel 1641 B.W. dient de verkoper op te draaien voor de verborgen gebreken die "de verkochte zaak ongeschikt maken tot het gebruik waartoe men ze bestemt, of die dit gebruik zodanig verminderen dat de koper, indien hij de gebreken had gekend, de zaak niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht." De gebreken die door de garantieplicht gedekt worden zijn verborgen, ernstig en minstens in de kiem aanwezig op het ogenblik van de overgang van het risico.<sup>20</sup> Gebreken zijn verborgen wanneer zij mits een normaal, aandachtig onderzoek in het licht van de aard van de verkochte zaak en rekening houdend met de hoedanigheid van de koper niet detecteerbaar zijn.<sup>21</sup> Ernstig zijn die gebreken, naar het soevereine oordeel van de feitenrechter, de aankoop ondienstig maken voor het normale of bedongen gebruik. Bovendien moet het gebrek dermate ernstig zijn dat de koper, indien hij de gebreken had gekend, de zaak niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht, zo geeft artikel 1641 B.W. letterlijk aan.<sup>22</sup> De vordering op grond van verborgen gebreken vergt tot slot het bewijs dat het gebrek op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst minstens reeds in de kiem aanwezig was.<sup>23</sup> Het verglijden van de tijd tussen de aankoop en de

<sup>17</sup> P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente", in B. TILLEMEN en P.-A. FORIERS (eds.), *De koop / La vente*, Brugge, Die Keure, 2002, (17) 21; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, o.c., 134; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1997, 181; M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, in J. GHESTIN (ed.), *Bibliothèque de droit privé*, CXXII, Parijs, L.G.D.J., 1972, 251; J. GHESTIN en DESCHE B., *La Vente*, o.c., 749.

<sup>18</sup> V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, o.c., 134; M. VANWIJCK-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, (5) 8-9; P.-H. ANTONMATTEI en J. RAYNARD, *Droits civil - Contrats spéciaux*, Parijs, Litec, 2004, 138.

<sup>19</sup> A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1604 B.W.", *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, (1) 7.

<sup>20</sup> V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, o.c., 139; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, (1) 11; P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente", *I.c.*, 30.

<sup>21</sup> A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", *I.c.*, 12-16; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, o.c., 143; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1642 B.W.", *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, (1) 4 et seq.; P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente", *I.c.*, 30.

<sup>22</sup> V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, o.c., 144; P.-A. FORIERS, "Les contrats commerciaux - Examen de jurisprudence 1970-1984 (3ème partie)", *T.B.H.* 1987, (2) 40

<sup>23</sup> Cass. 7 september 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 48; Cass. Fr. 3<sup>e</sup> civ., 27 april 1977, *Bull. civ.* III, nr. 184.

vordering bemoeilijkt deze bewijsvoering. Vanuit die optiek liet men de korte termijn aanvankelijk dan ook een aanvang nemen vanaf de overdracht van het verkochte goed. De precieze duur van de termijn varieert, conform de tekst van artikel 1648 B.W., in functie van de aard van de gebreken en de vigerende gebruiken.<sup>24</sup> In België houdt men voor dat de invulling, zowel van het beginpunt, als van de duur van de termijn uitsluitend tot de bevoegdheid van de feitenrechter behoort.<sup>25</sup> In Frankrijk bracht de ordonnance van 17 februari 2005 de "korte termijn" van artikel 1648 op twee jaar.<sup>26</sup> Ook het beginpunt werd toen in de Code civil ingeschreven. Tegenwoordig luidt de bepaling immers: "L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice."<sup>27</sup> Wat er ook van zij, in beide landen schiet de invulling van het termijnvereiste in elk geval haar oorspronkelijke bedoeling geheel voorbij. Men verschoof immers het aanvangspunt van de korte termijn van de oorspronkelijke overdracht van het goed naar het moment waarop het gebrek aan het licht komt. Het behoeft geen betoog dat dit niet bevorderlijk is om bewijsproblemen te vermijden. Tot slot merken we nog op dat de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken zich als rechtsfiguur ook onderscheidt door zijn sanctionering. Artikel 1644 B.W. biedt de gedupeerde koper in principe immers de vrije keuze, hetzij de ontbinding (actio redhibitoria) van de koopovereenkomst, hetzij een prijsvermindering (actio quanti minoris) te vorderen.<sup>28</sup>



Meer daarover: L. FRÉDÉRICQ en S. FRÉDÉRICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, III, Brussel, Bruylant, 1980, 70-71; J. H. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE e.a., "Overzicht van rechtspraak - Bijzondere overeenkomsten (1995-1998)", *TPR* 2002, afl. 1, (57) 168; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1648 B.W.", *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, (1) 18; J. GHESTIN en DESCHÉ B., *La Vente*, o.c., 781.

<sup>24</sup> J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, o.c., 304-306. De tekst van art. 1648 B.W. wijst immers op het flexibele karakter van de termijn. Uit de parlementaire voorbereiding van de *Code civil* mag immers duidelijk blijken dat de wetgever geen dwingende termijn wilde vooropstellen. (Zie onder meer: P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, XIV, Parijs, 1827, 169).

<sup>25</sup> Cass. 29 januari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 693; Cass. 23 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 969; Cass. 19 mei 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1155; Cass. 11 oktober 1979, *Pas.* 1980, I, 200; Cass. 20 februari 1976, *Pas.* 1976, I, 695. Meer daarover, zie: V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, o.c., 148-149; J. H. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE e.a., "Overzicht van rechtspraak - Bijzondere overeenkomsten (1995-1998)", *I.c.*, 181; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1648 B.W.", *I.c.*, 3-6; G. HORMANS en F. 'T KINT, "La réglementation légale des vices cachés dans la vente commerciale", *Ann. dr. Louvain* 1971, (237) 246-248; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1997, o.c., 291.

<sup>26</sup> Ook in Frankrijk nam men traditioneel aan dat de feitenrechter de duur en het aanvangspunt van de termijn soeverein diende in te vullen (J. GHESTIN en DESCHÉ B., *La Vente*, o.c., 785). Het Franse Hof van Cassatie greep echter in en benadrukte meermaals dat de termijn een aanvang behoorde te nemen op het moment waarop het gebrek aan het licht komt (of had moeten komen), zij het met dien verstande dat het de feitenrechter nog steeds toekomt soeverein te bepalen wanneer de koper effectief van het gebrek kennis had of moest hebben (Cass. Fr. 3<sup>e</sup> civ., 12 januari 2005, *Juris-Data* nr. 2005-026481; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, o.c., 305).

<sup>27</sup> M. BRUSCHI, "La réforme de l'article 1648, alinéa 1 du Code civil opérée par l'ordonnance du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur.", *Revue des Contrats* 2005, (710) 710-712.

<sup>28</sup> V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, o.c., 145; P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente", *I.c.*, 35-36; F. GLANSORFF, "Panorama des actions ouvertes à l'acheteur insatisfait", *I.c.*, 4-5; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, o.c., 314. Meer daarover, zie: A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1644 B.W.", *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, (1) 3 et seq.; en B. DEMARSIN, *Handel in kunstvoorwerpen – Authenticiteit en koop rechtsvergelijkend onderzocht*, in B. TILLEMEN & A. VERBEKE (eds.), *Recht en Onderneming*, Brugge, die Keure, 2008, nrs. 328 et seq.

## II. CONCEPTEN OP DE DOOL: ENKELE OORZAKEN VAN DE VERWARRING

### A. Dwaling op de dool: hoe substantieel determinerend werd...

#### 1. Substantievereiste: theoretische achtergrond

7. Eerder gaven we aan dat een (koop)contract alleen bij *substantiële* dwaling voor vernietiging in aanmerking komt. Problematisch is echter wat men daaronder precies moet verstaan.

Aanvankelijk hanteerde men een materialistische zienswijze. Parallel aan de Romeinsrechtelijke *error in substantia*<sup>29</sup> zou deze in fysico-chemische zin moeten begrepen worden en zodus de materie betreffen waaruit de zaak werd vervaardigd.<sup>30</sup>

Deze zienswijze hield echter niet lang stand en werd al in de negentiende eeuw bijgesteld.<sup>31</sup> Substantie zou niet alleen de materiële samenstelling van het object betreffen, maar evenzeer refereren aan de substantiële kwaliteiten ervan. Bijgevolg concentreerde de doctrine zich voortaan op de vraag naar de definitie en invulling van dergelijke “substantiële kwaliteiten”.<sup>32</sup>

In eerste instantie werden die “substantiële kwaliteiten” *objectief* ingevuld, als inherent aan het object.<sup>33</sup> Elke zaak zou immers specifieke kwaliteiten in zich verenigen die maken dat ze behoort tot een bepaalde soort of categorie.<sup>34</sup> Baanbrekend binnen de objectieve zienswijze was de invulling van AUBRY en RAU, aangezien zij het substantieel karakter van de dwaling duidelijk in verband brachten met de impact ervan op de gegeven toestemming. Een dwaling is slechts substantieel, indien de ontbrekende kwaliteit determinerend is.<sup>35</sup> De substantiële kwaliteiten en hun determinerende impact menen zij *in abstracto* te moeten bepalen, op basis van de algemene opinie van de *bonus pater familias*. Niettemin laten AUBRY en RAU een uitweg aan de partijen om zelf een bepaalde (accidentele) kwaliteit als substantieel/determinerend te beschouwen door dit in het contract aan te geven.<sup>36</sup>

In het verlengde van het werk van AUBRY en RAU is de twintigste-eeuwse doctrine evenwel gaan focussen op de determinerende impact van de substantiële kwaliteiten op de totstandkoming van de overeenkomst. Hierbij hanteert zij een ander referentiekader, waarbij het *subject* van de *errans* de maatstaf uitmaakt, in plaats van de *objectieve* typering van de essentie van de zaak. De Franse cassatierechtspraak bewandelt sinds 1913 inderdaad resoluut het pad van de subjectieve interpretatie. Er is sprake van substantiële dwaling “wanneer ze van die aard is dat

<sup>29</sup> ULPIANUS beschrijft het geding om de gouden armband die in werkelijkheid grotendeels van brons bleek te zijn (D. 18.1.14), terwijl JULIANUS de verzilverde tafel aanhaalt die echter voor massief werd verkocht (D. 18.1.41.1).

<sup>30</sup> J.-M. TRIGEAUD, “L’erreur de l’acheteur, l’authenticité du bien d’art, étude critique”, *RTD civ.* 1982, (55) 57; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, en E. SAVAUX, *Droit civil - Les obligations*, I, 2002, o.c., 136.

<sup>31</sup> J. GHESTIN, *La notion d’erreur dans le droit positif actuel*, in H. SOLUS (ed.), *Bibliothèque de droit privé*, XLI, Parijs, L.G.D.J., 1971, 25.

<sup>32</sup> J. GHESTIN, *La notion d’erreur dans le droit positif actuel*, o.c., 26-27.

<sup>33</sup> Zie in dat verband onder meer: C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, IV, Parijs, Marchal et Billard, 1902, 490; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, in C. DEMOLOMBE (ed.), *Cours de Code Napoléon*, XXIV, Parijs, Durand, 1872, 91.

<sup>34</sup> Voor een verdere beschrijving van deze ‘objectieve school’, zie: J. GHESTIN, *La notion d’erreur dans le droit positif actuel*, o.c., 28; J.-M. TRIGEAUD, “L’erreur de l’acheteur, l’authenticité du bien d’art, étude critique”, *I.c.*, 58-59.

<sup>35</sup> “L’erreur n’est une cause de nullité de la convention qu’autant qu’il est certain, d’après sa nature même, que les parties ou l’une d’elles ne se seraient pas obligées si elles avaient connu le véritable état des choses.” (C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, IV, 1902, o.c., 489-490).

<sup>36</sup> “[...] elle ne vicie point le contrat, à moins que les parties, ayant traité en vue d’une pareille qualité, indiquée ou précisée, elle ne soit devenue une condition de la convention.” (C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, IV, 1902, o.c., 492).

de eiser zich zonder dwalen nooit zou hebben verbonden".<sup>37</sup> Ook in België kreeg dezelfde subjectieve invulling voet aan de grond.<sup>38</sup> Zo definieert het Belgische Hof van Cassatie de zelfstandigheid van de zaak als "ieder element dat doorslaggevend is geweest voor de partij om het contract aan te gaan, zodat het contract zonder dat element niet zou zijn gesloten".<sup>39</sup> Kwaliteiten zijn bijgevolg substantieel in functie van hun beslissende impact op de wilsovereenstemming<sup>40</sup>: de substantie is dus niet inherent aan de zaak zelf, maar speelt zich als geestesgesteldheid van de *errans* daarbuiten af.<sup>41</sup>

Indien men algemeen aanneemt dat de substantie subjectief moet worden ingevuld, als de kwaliteit waarvan men zijn toestemming liet afhangen<sup>42</sup>, rest tot slot de vraag welk individu hierin als referentiepunt te beschouwen: de concrete contractpartij, dan wel de abstracte *bonus pater familias*.<sup>43</sup> Volgens de subjectieve *in concreto* zienswijze dient het doorslaggevend karakter vanuit de persoon van de *errans* beoordeeld te worden door na te gaan of de ontbrekende kwaliteit werkelijk essentieel was voor de concrete contractpartij.<sup>44</sup> Wie de *in abstracto* benadering aanhangt, knoopt aan bij de lijn van AUBRY EN RAU en zoekt aansluiting bij de negentiende-eeuwse objectieve school, door zich voor de bepaling van de substantiële (of beter gezegd determinerende) kwaliteiten te beroepen op wat gemeen goed is.<sup>45</sup>

Zowel in Frankrijk als in België pleegt het overgrote deel van de twintigste-eeuwse rechtspraak en doctrine principieel de *in concreto* benadering voor te staan.<sup>46</sup> Om deze keuze te motiveren

<sup>37</sup> Cass. Fr. civ. 28 januari 1913, S. 1913, I, 487. "[...] lorsqu'elle est de telle nature que sans elle l'une des parties n'aurait pas contacté."; Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 26 mei 1965, Bull. civ. I, 256, nr. 347; Cass. Fr. com., 20 oktober 1970, JCP 1971, II, 16916, noot J. GHESTIN; CA Parijs, 7 maart 1917, Gaz. Pal. 1917, 583.

Meer over deze verschuiving, zie: J. GHESTIN, *La formation du contrat*, o.c., 462; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, en E. SAVAUX, *Les obligations - 1. L'acte juridique*, Parijs, Sirey, 2006, 150.

<sup>38</sup> Cass. 31 oktober 1966, Pas. 1967, I, 294 en Cass. 3 maart 1967, Arr. Cass. 1967, 829. DE PAGE verwijst bovendien reeds naar Cass. 8 mei 1905, Pas. 1905, I, 214 (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1961, o.c., 51); M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Brussel, Kluwer, 1999, 50-51; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY e.a., "Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - Verbintenissen", *TPR* 1994, (171) 329; L. SIMONT, J. DE GAVRE en P.-A. FORIERS, "Examen de jurisprudence (1981-1991) - Les contrats spéciaux", *R.C.J.B.* 1995, (107) 117-118; P. VAN OMMESELAGHE, "Examen de jurisprudence (1974-1982) - Les obligations", *R.C.J.B.* 1986, (33) 57; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, "Chronique de jurisprudence - Les obligations: les sources (1985-1995)", *J.T.* 1996, (689) 709.

<sup>39</sup> Cass. 27 oktober 1995, *R.W.* 1996-97, 298.

<sup>40</sup> J.-M. TRIGEAUD, "L'erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art, étude critique", *I.c.*, 60-61.

<sup>41</sup> E. DIRIX, "Dwaling en bedrog bij koop van kunst en antiek", in K. RIMANQUE (ed.), *Kunst en Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1985, (95) 97; P. MALINVAUD, "De l'erreur sur la substance", *I.c.*, 215.

<sup>42</sup> R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 27-28.

<sup>43</sup> Zie over die vraag: S. LEQUETTE-DE KERVENOËL, *L'authenticité des oeuvres d'art*, in J. GHESTIN (ed.), *Bibliothèque de droit privé*, CDLI, Parijs, L.G.D.J., 2006, 277; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, en E. SAVAUX, *Les obligations - 1. L'acte juridique*, 2006, o.c., 152-153.

<sup>44</sup> P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Parijs, Litec, 2005, 100.

<sup>45</sup> Tonen zich onder meer voorstander van een *objectivering* van het determinerende karakter: F. CHABAS, *Obligations - théorie générale*, o.c., 147 en 158; P. MALINVAUD, "De l'erreur sur la substance", *I.c.*, 217-218; J. MESTRE, "Chronique de jurisprudence - Obligations et contrats spéciaux", *RTD civ.* 1987, (739) 741.

<sup>46</sup> Cass. 31 oktober 1966, Pas. 1967, I, 294; Cass. 3 maart 1967, Arr. Cass. 1967, 829; Cass. 27 oktober 1995, *R.W.* 1996-97, 298; Gent 10 januari 2003, *NjW* 2003, afl. 34, 676, noot S. LUST; Luik 25 april 1997, *Echos log.* 2000 (weergave), 14; Luik 11 december 1989, *Act. dr.* 1991, 210; Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ. 28 januari 1913, S. 1913, I, 487; Cass. Fr. civ., 26 februari 1980, *Defrénois* 1981, art. 32599, 384 - A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag - responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting", *I.c.*, 43; P. HARMEL, *Théorie générale de la vente. 1: Droit commun de la vente*, in J. BAUGNIET en A. GENIN (eds.), *Répertoire notarial*, VII, Brussel, Larcier, 1985, 133; P. VAN OMMESELAGHE, "Examen de jurisprudence (1968-1973) - Les obligations", *R.C.J.B.* 1975, (423) 439; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1961, o.c., 51; C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *La notion d'obligation, la formation des contrats et la capacité des parties contractantes*, in L. HENNEBICQ en J. WATHELET (eds.), *Les Nouvelles: corpus juris Belgici. Droit civil, IV/1*, II, Brussel, Larcier, 1957, 162; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY e.a., "Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - Verbintenissen", *I.c.*, 229-330; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, o.c., 463-464; M. PLANIOL, G. RIPERT, en P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI,

refereert men stevast aan de theorie van de wilsautonomie. Dwaling draait per slot van rekening om een foutieve inschatting van een *welbepaalde* contractpartij, zodat het er in de eerste plaats op aankomt te achterhalen wat die *welbepaalde* contractpartij precies zou hebben gedaan, mocht zij zich *niet* hebben vergist.<sup>47</sup> Deze zuiver subjectieve benadering zou de rechter er zodoende toe verplichten uitsluitend de wil van de *errans* te onderzoeken en met diens persoonlijke voorkeur rekening te houden.

## 2. De facto-eliminatie van het substantievereiste

8. Het behoeft geen betoog dat dergelijke concrete invulling van de subjectieve substantiële kwaliteiten het contractuele rechtsverkeer op losse schroeven dreigt te zetten. Een ontgoochelde contractpartij zal immers de geldigheid van nagenoeg elke overeenkomst kunnen aanvechten, door naderhand eenvoudigweg op te werpen dat een welbepaalde kwaliteit, die *in casu* ontbreekt, in haar ogen precies determinerend was. Een volwaardige dwalingsregeling moet echter een delicaat evenwicht bezegelen tussen twee fundamentele waarden in het continentale rechtsdenken: wilsautonomie en rechtszekerheid. De evenwichtsoefening bestaat erin te vermijden dat de kleinste persoonlijke ontgoocheling van één van de contractpartijen zou resulteren in de vernietigbaarheid van de overeenkomst. Artikel 1110 B.W. wil precies de rem zijn op dergelijk ongebreideld voluntarisme door een zekere ernst te vereisen.<sup>48</sup> Welnu, de steeds toenemende subjectivering van het substantievereiste betekent in werkelijkheid niets anders dan de algehele uitholling van de beperking voorzien in artikel 1110 B.W.<sup>49</sup>

De drie wilsgebreken, opgesomd in artikel 1109 B.W., hebben immers met elkaar gemeen dat ze zich slechts laten gevoelen wanneer bepaalde factoren een *effect* hebben gehad op de wilsuiting van de contracterende partij.<sup>50</sup> Een loutere vrees, misleiding of vergissing waarvan vaststaat dat ze geen effect heeft gehad op wat een partij aangaf te willen, is *de iure* en *de facto* immers irrelevant. Wanneer een contractpartij uit zichzelf, met een vol bewustzijn en een volwaardige wil, ook de contractuele verbintenis zou aangaan waartoe men hem poogt te dwingen, op bedrieglijke manier probeert te verleiden of waartoe een foutief inzicht hem aanzet, kan men bezwaarlijk nog spreken van geweld, bedrog of dwaling, of meer algemeen van wilsgebreken. Dergelijke *coïnciderende* factoren maken de wil niet gebrekkig, omdat ze op de wilsvorming geen *impact* hebben. Men kan pas gewagen van wilsgebreken zodra ze ermee *interfereren* en de wil doen afwijken van wat men echt zou willen. Zodoende zit in de notie van wilsgebrek per definitie de idee verrat dat de impact van de dwaling, list of dwang determinerend van aard moet zijn geweest.<sup>51</sup> Dat het determinerende karakter van de wilsgebreken niet alleen in de doctrine en rechtspraak<sup>52</sup> wordt voorgehouden, maar evenzeer

---

1952, o.c., 218-219; J. CARBONNIER, *Droit civil - Les Obligations*, in M. DUVERGER en C. LABRUSE-RIOU (eds.), *Thémis droit privé*, IV, Parijs, PUF, 2000, 96-97; C. LARROUMET, *Les obligations, le contrat*, in C. LARROUMET (ed.), *Droit civil*, III, Parijs, Economica, 2003, 296.

<sup>47</sup> A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming van overeenkomsten - Grondslagen, draagwijdte en sancties*, 2000, o.c., 225-226; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, en E. SAVAUX, *Droit civil - Les obligations*, I, 2002, o.c., 139.

<sup>48</sup> G. VIVIEN, "De l'erreur déterminante et substantielle", *I.c.*, 321.

<sup>49</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 2000, o.c., 47; P. MALINVAUD, "De l'erreur sur la substance", *I.c.*, 215; G. VIVIEN, "De l'erreur déterminante et substantielle", *I.c.*, 322-323.

<sup>50</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Parijs, PUF, 2004, 296; R. RODIÈRE (ed.), *Les vices du consentement dans le contrat*, Parijs, Pedone, 1977, 183 p. Het samenvattend schema (p. 15 et seq.) zet dit reeds duidelijk in de verf.

<sup>51</sup> Voor een treffende vergelijking van de Franse en Belgische leer van de wilsgebreken, zie: R. RODIÈRE, *Les vices du consentement dans le contrat*, o.c., 45-87.

<sup>52</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 44; W. DE BONDT, "De



een wettelijke grondslag heeft, kan ten volle blijken uit de formulering van artikel 1109 B.W., daar dit stelt dat de toestemming niet geldig is "*indien zij alleen door dwaling is gegeven, door geweld is afgeperst of door bedrog verkregen.*" De zuiver subjectieve benadering van het substantievereiste geeft aan het begrip zelfstandigheid van de zaak dezelfde invulling als aan het vereiste dat de dwaling determinerend moet zijn, daar waar de zelfstandigheid van de zaak bedoeld was als een bijkomende, beperkende voorwaarde.

Die rem mocht duidelijk blijken toen het substantiebegrif nog materialistisch of in objectieve zin werd ingevuld. Dat eerste bleek overdreven ingrijpend, door enkel de materie waaruit het object was samengesteld als substantieel te beschouwen. De overstap naar de objectieve zienswijze betekende een aanzienlijke versoepeling van het selectieve regime, zonder echter te zeer voorbij te gaan aan de beperkende filosofie achter artikel 1110 B.W. Wanneer de rechtspraak en doctrine in de twintigste eeuw het substantievereiste essentieel subjectief gaan opvatten, werden kwaliteiten echter substantieel in functie van hun beslissende impact op de wilsovereenstemming. Zodoende werd het substantiële object van de dwaling herleid tot het determinerend effect, wat als toepassingsvoorwaarde reeds in de notie wilsgebrek besloten lag.<sup>53</sup> De subjectieve benadering doet zodoende afbreuk aan het delicate evenwicht tussen de wilsautonomie en de rechtszekerheid waarvan het dwalingsregime behoort blij te geven. Het is inderdaad bijzonder moeilijk verdedigbaar het voortbestaan van een overeenkomst, die de resultante is van de wil van minstens twee (contracts)partijen, uitsluitend te laten afhangen van de innerlijke overtuiging van slechts één van hen.<sup>54</sup> Men kan niet anders dan opmerken dat de subjectieve invulling van de substantiële kwaliteiten, wil zij iets bijdragen, objectiverend moet werken. De toepassing van de dwaling is immers al afhankelijk van het vereiste dat de vergissing voor de *errans* persoonlijk determinerend was bij het contracteren.<sup>55</sup> Zoals voor alle wilsgebreken, moet het determinerend karakter *in concreto* worden beoordeeld.

Het substantievereiste wil objectiverend werken door na te gaan of de vergissing die voor de *errans* persoonlijk determinerend was, objectief gezien ook voldoende ernstig was om een zo verregaande sanctie als de vernietiging van de overeenkomst te rechtvaardigen.<sup>56</sup> Het substantievereiste bevraagt dus of wat voor de *errans in concreto* determinerend was, ook door zijn tegenpartij zo kon worden begrepen. Hier dient de *errans* een zeker bewustzijn bij zijn tegenpartij te bewijzen, zodat hij noodzakelijkerwijze aangewezen is op een benadering *in abstracto* van het subjectief ingevulde substantievereiste. *De facto* beroept hij zich immers op veronderstellingen van wat een normale tegenpartij logischerwijze substantieel moet hebben geoordeeld, rekening houdend met de aard van het voorwerp, de omstandigheden en de bij de contractsluiting geboden informatie.<sup>57</sup>

Hoewel de meerderheid van de Frans-Belgische rechtsleer wel gewonnen blijkt voor de *in concreto*-invulling van de substantiële kwaliteiten, hebben nagenoeg al deze auteurs<sup>58</sup> het ter

---

wilsgebreken herbekeken. Een studie van de wilsgebreken uitgaande van een feitelijke analyse van de wils- en toestemmingsdefecten", *I.c.*, 379-380 (zie eveneens samenvattend schema, p. 381); P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 2005, o.c., 97.

<sup>53</sup> KRUIHOF wijst immers duidelijk uit dat niet elke dwaling determinerend is. Zo zal de bijkomende dwaling geenszins aanleiding geven tot een succesvolle annulatievordering (R. KRUIHOF, "Overzicht van Rechtspraak (1974-1980) - Verbintenissen", *I.c.*, 547); L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 2000, o.c., 44; P. MALINVAUD, "De l'erreur sur la substance", *I.c.*, 215; G. VIVIEN, "De l'erreur déterminante et substantielle", *I.c.*, 322-323.

<sup>54</sup> J. GHESTIN, *La formation du contrat*, o.c., 489; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parijs, L.G.D.J., 1949, 81; J. MAURY, "L'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux", *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Parijs, Dalloz, 1937, (491) 498-499.

<sup>55</sup> P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 2005, o.c., 97.

<sup>56</sup> P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 2005, o.c., 97.

<sup>57</sup> J. GHESTIN, *La formation du contrat*, o.c., 492.

<sup>58</sup> Sommigen meenden zelfs via aansprakelijkheidsmechanismen corrigerend te moeten optreden. Wie meer wil weten over deze objectiveringsmechanismen verwijzen wij naar: B. DEMARSIN, *Handel in kunstvoorwerpen – Authenticiteit en koop rechtsvergelijkend onderzocht*, in B. TILLEMANS & A. VERBEKE (eds.), *Recht en Onderneming*,

vrijwaring van de rechtszekerheid niettemin nodig gevonden bijkomend, een bepaalde kennis of minstens een bewustzijn bij de tegenpartij te vereisen. Men spreekt doorgaans van het “kenbaarheidsvereiste” of de “*erreur commune*”.<sup>59</sup> Naar onze mening wordt de *in concreto*-invulling op die manier uitsluitend naar de letter beleden, aangezien via deze figuren de *in concreto*-invulling in de praktijk tot een *in abstracto*-benadering verwordt. In plaats van een beroep de doen op deze zuiver jurisprudentiële figuren lijkt het ons meer aangewezen weer gewoon aansluiting te zoeken bij de tekst van artikel 1110 B.W. en het substantievereiste in het licht daarvan opnieuw een subjectieve, zij het abstracte inhoud te geven. Op die manier kan artikel 1110 B.W. zijn beperkende rol opnieuw waarnemen. Substantieel is dan immers wat determinerend is, niet voor de *errans* (want die vereiste ligt al besloten in de notie “*wilsgebrek*”), maar wel voor de tegenpartij.

De keuze voor een subjectieve *in abstracto*-benadering van de substantie maakt het op het vlak van de bewijsvoering mogelijk het substantievereiste op basis van feitelijke vermoedens te benaderen. Heeft de dwaling betrekking op een kwaliteit die, gelet op de omstandigheden, in de ogen van de maatschappij determinerend is, dan wordt zij vermoed dat ook te zijn voor de tegenpartij. Deze laatste kan dan desgevallend bezwaar maken en het vermoeden weerleggen door te wijzen op particuliere feitelijke omstandigheden die hem de situatie anders deden inschatten. Toont de *errans* anderzijds aan op determinerende wijze te hebben gedwaald over kwaliteiten die voor de gemeenschap normaal niet beslissend zijn, dan dient hij bovendien te bewijzen dat zijn tegenpartij op basis van de geboden informatie en de strekking van het contract zijn ware voorkeur daadwerkelijk kende of tenminste behoorde te kennen.<sup>60</sup>

We wijzen tot slot op de parallel met wat AUBRY en RAU in de negentiende eeuw al verdedigden. Zij waren de eersten om het substantieel karakter van de dwaling duidelijk in verband te brengen met de impact ervan op de gegeven toestemming, doch bepaalden de substantiële kwaliteiten en hun determinerende impact *in abstracto*, op basis van de algemene opinie van de *bonus pater familias*. Ze lieten niettemin een uitweg aan de partijen, daar die steeds konden aangeven bepaalde (accidentele) kwaliteiten toch als substantieel/determinerend te beschouwen.<sup>61</sup>

## B. Vrijwaringsplicht op de dool: de functionele gebreksnotie...

9. Volgens artikel 1641 B.W. dient de verkoper op te draaien voor de verborgen gebreken die “de verkochte zaak ongeschikt maken tot het gebruik waartoe men ze bestemt, of die dit gebruik zodanig verminderen dat de koper, indien hij de gebreken had gekend, de zaak niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht.” Aanvankelijk werd het gebrek conceptueel ingevuld en zodus intrinsiek aan de zaak begrepen. Het gebrek was een onvolkomenheid of beschadiging van het voor het overige zowel in kwantiteit als kwaliteit volgens de afspraken geleverde product. Bovendien moest die intrinsieke onvolkomenheid in de weg staan aan het normale gebruik van de zaak of datgene wat de partijen in het bijzonder beoogden. Het vereiste van de intrinsieke aard van het gebrek staat in de conceptuele benadering op hetzelfde niveau als de vereisten dat het gebrek voorafgaand, verborgen en ernstig is. De ongeschiktheid voor het bedoelde gebruik is in die zienswijze slechts de norm die de wetgever de rechter aanreikt

---

Brugge, die Keure, 2008, nrs. 111-115.

<sup>59</sup> Cass. 24 september 2007 ([www.cass.be](http://www.cass.be)).

<sup>60</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, en E. SAVAUX, *Les obligations - 1. L'acte juridique*, 2006, o.c., 162.

<sup>61</sup> “[...] elle ne vicie point le contrat, à moins que les parties, ayant traité en vue d'une pareille qualité, indiquée ou précisée, elle ne soit devenue une condition de la convention.” (C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, IV, 1902, o.c., 492).

om de ernst van het gebrek te meten.<sup>62</sup> Een zaak die weliswaar ongeschikt is voor het gebruik dat de koper ervan wil maken, maar voor het overige structureel in perfecte staat verkeert, kan volgens de conceptuele zienswijze bijgevolg niet gebrekkig zijn.<sup>63</sup> Gebrekkig is immers uitsluitend wat afwijkt van de standaard (peius) niet wat verschilt van wat werd afgesproken (aliud). Hier ligt één van de voornaamste verschillen met de leveringsplicht die de minste tekortkoming sanctioneert. De verborgen gebrekenregeling vereist daarentegen een verregaande belemmering van het gebruik. Het is daarentegen niet vereist dat de zaak oorspronkelijk goed was, maar intussen aangetast of gedegenereerd. Ook constructie- en conceptiefouten komen zonder twijfel als intrinsieke gebreken in aanmerking.<sup>64</sup> Samenvattend kan men dus stellen dat een verschil in kwantiteit of kwaliteit van de geleverde zaak in de conceptuele benadering geen verborgen gebrek uitmaakt, zelfs als de koper daardoor de zaak niet meer zou kunnen gebruiken en zelfs als hij dit verschil niet kon vaststellen op het ogenblik van de verkoop. De conceptuele benadering brengt met andere woorden de oorzaak van de ontoereikendheid van de zaak bij de analyse in rekening en geeft de gebreksnotie op grond daarvan haar invulling.

ZERAH maakte in een spraakmakende studie echter duidelijk dat de gebreksnotie ook een benadering vanuit het resultaat ervan toestaat. Gebrekkig is dan wat niet kan dienen, wat zijn functie niet kan vervullen. Wie het gebrek functioneel opvat, vult dit met andere woorden in vanuit de gevolgen. De zaak is gebrekkig wanneer die inadequaat blijkt voor het bedoelde gebruik.<sup>65</sup> De ongeschiktheid voor het bedoelde gebruik vormt met andere woorden zelf het gebrek, ongeacht wat daarvan de oorzaak moge zijn. Bijgevolg kan een zaak die structureel in perfecte staat is toch gebrekkig zijn, op voorwaarde dat ze zich niet (meer) leent voor het normale gebruik, of zelfs voor het bijzondere gebruik dat de koper ervan wou maken. In dit laatste geval diende hij de verkoper zijn plannen wel kenbaar te maken bij de contractsluiting. Dergelijke ruime invulling was er vooral op gericht een oplossing te bieden voor het vervelende probleem van de aanvaarding. Die werd geacht voor de toekomst elke vordering wegens niet-conformiteit uit te sluiten. Voor non-conformiteit die bij de levering en de aanvaarding verborgen bleef, stond in de conceptuele gebrekstheorie immers uitsluitend een verhaal open in het geval de koopwaar intrinsiek aangetast was. Door elk goed dat niet kan dienen als gebrekkig te beschouwen, ongeacht de oorzaak van de adequatie, kon aan dit probleem worden verholpen. ZERAH toonde uitvoerig aan hoe de rechtspraak in Frankrijk, hoewel de conceptuele opvatting ook daar officieel vigeerde, niettemin frequent de verborgen gebrekenregeling toepaste op gevallen waarin de zaak strikt genomen geen anomalie vertoont. Ook als de ongeschiktheid van de zaak andere oorzaken kende, achtte de rechtspraak de vrijwaringsplicht aan de orde.<sup>66</sup>

<sup>62</sup> Mooi beschreven door: A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", *I.c.*, 7. Zie doorover ook: G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil de la vente et de l'échange*, Parijs, Larose & Tenin, 1908, nr. 417; A. KLUYSKENS, *De contracten*, in A. KLUYSKENS (ed.), *Beginnelen van burgerlijk recht*, IV, Antwerpen, Standaard, 1952, 148-150.

<sup>63</sup> F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXIV, Brussel - Parijs, Bruylant - Pedone, 1878, 273; P. GERARD, "Vice de la chose et vente commerciale", (noot onder Cass. 18 november 1971), *R.C.J.B.* 1971, (612) 613; P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente", *I.c.*, 31; G. RIPERT en J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, III, Parijs, L.G.D.J., 1958, 509; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, Brussel, Bruylant, 1972, nr. 95, 167, 172 en 177.

<sup>64</sup> A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", *I.c.*, 3-4; T. BOURGOIGNIE, "Le traitement des produits défectueux en droit belge: pratique et perspectives", *J.T.* 1976, (489) 506.

<sup>65</sup> R. ZERAH, "La garantie des vices cachés, théorie générale du vice redhibitoire dans les ventes de marchandises", in J. HAMEL (ed.), *La vente commerciale des marchandises*, Parijs, Dalloz, 1951, (339) 345 et seq.

<sup>66</sup> R. ZERAH, "La garantie des vices cachés, théorie générale du vice redhibitoire dans les ventes de marchandises", *I.c.*, 348-351 en vooral 358-366. Een greep uit het aanbod: Cass. Fr. req., 4 januari 1859, *D.* 1859, I, 213; CA Besançon, 3 februari 1933, *Gaz. Pal.* 1933, I, 887.

Deze functionele zienswijze vond in België aanvankelijk vooral gehoor bij de lagere rechtspraak en de handelsrechtelijke doctrine.<sup>67</sup> Ze juichte dan ook toe dat het Hof van Cassatie eind 1971 met het *Berry Wiggins*- of *aquacoat*-arrest zijn rechtspraak hierbij aansluiting liet vinden.<sup>68</sup> Voordien was het Hof overigens reeds aanzienlijk in die richting geëvolueerd door aan te nemen dat de overeenstemming van de koopwaar met de terzake geldende reglementering, niet noodzakelijk hoefde te betekenen dat ze niet gebrekkig konden zijn.<sup>69</sup> Tot op heden is de functionele zienswijze in België stevig gevestigd. In de eerste plaats in handelskopen, maar evenzeer in civiele koopovereenkomsten, vermits de hoedanigheid van de partijen slechts een impact heeft op de gevolgen van de vrijwaringsregeling en de exonatiemogelijkheden, en niet op de gebreksnotie.<sup>70</sup> Zodoende beschouwt men als gebrekkig de loutere ongeschiktheid van de zaak voor het gebruik waartoe de koper haar bestemde.<sup>71</sup>

Ook in Frankrijk maakte de functionele zienswijze aanzienlijk wat furore<sup>72</sup>, zij het dat de wispelturige houding van het Franse Hof van Cassatie tot meer voorzichtigheid aanmaande.<sup>73</sup> Een reeks arresten uit 1993 bracht opnieuw enige lijn in de rechtspraak door het verborgen gebrek *in abstracto* te omschrijven als gebreken die de verkochte zaak ongeschikt maken voor haar *normale* bestemming.<sup>74</sup> Hierdoor lijkt in Frankrijk een einde gesteld aan het verregaande subjectivisme in de toepassing van de verborgen gebreken, temeer daar de *in abstracto*-definiëring zich sindsdien in de cassatierechtspraak heeft doorgezet.<sup>75</sup> Zodoende beschouwt men in Frankrijk gebrekkig wat objectief gezien schaadt aan het gebruik, los van de bijzondere

<sup>67</sup> J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, 1981, o.c., 543-544; L. FRÉDÉRICQ en S. FRÉDÉRICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, III, 1980, o.c., 60-61; H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, Brussel, Bruylant, 1978, 230-232; M. FALLON, "La Cour de cassation et la responsabilité liée aux biens de consommation", (noot onder Cass. 6 mei 1977), *R.C.J.B.* 1979, (164) 172. De *Pandectes belges* gaf veel eerder al blijk van een dergelijke functionele gebreksopvatting door het niet-samengaan van twee kwaliteitsvolle zaken als gebrek te beschouwen (*Pand.*, v° Garantie – contrat de vente, nr. 373).

<sup>68</sup> Hoewel de vloerbedekking op zich perfect tegen de inwerking van de zuren in de zwavelfabriek bestand bleek (en dus intrinsiek niet gebrekkig was), leidde deze toch tot ongewenste resultaten in combinatie met het gebruikte cement. De koper had deze verwerking ten tijde van de aankoop uitdrukkelijk aan de verkoper medegedeeld (Cass. 18 november 1971, *Arr. Cass.* 1972, 274).

<sup>69</sup> Cass. 4 november 1955, *Pas.* 1960, I, 277.

<sup>70</sup> GLANSDORFF besluit dan ook terecht dat er geen reden bestaat hier een onderscheid tussen civiele en commerciële koopovereenkomsten in te voeren (F. GLANSDORFF, P. GRÉGOIRE, J. STEENBERGEN e.a., *La vente*, Brussel, Jeune Barreau, 1987, 39-41). M. VANWIJCK-ALEXANDRE en M. GUSTIN, "L'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés: le droit commun", *I.c.*, 32; D. DEVOS, "Les contrats. La vente, chronique de jurisprudence: 1980-1987", *J.T.* 1991, (161) 169.

<sup>71</sup> Naast het voormelde *aquacoat*-arrest, zie onder meer: Cass. 21 september 1978, *Arr. Cass.* 1978, 95; Cass. 19 juni 1980, *J.T.* 1980, 616; Cass. 17 mei 1984, *Pas.* 1984, I, 1128; Cass. 8 november 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 322. Tonen zich naast de voormelde handelsrechtelijke doctrine nog voorstander van de functionele invulling: A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1997, o.c., 277; J.-L. FAGNART, "La responsabilité du fait des produits - Etat actuel du droit belge", *DAOR* 1986-87, afl. 3, (211) 213; J. RUTSAERT, "Législation et jurisprudence belges en matière de responsabilité civile du fait des produits", *De Verz.* 1979, (309) 314 en 320-321; P. HARMEL, *Théorie générale de la vente. 1: Droit commun de la vente*, o.c., 334; C. JASSOGNE, "Problèmes d'actualité - La garantie découlant de la vente: principes et clauses particulières", *Ann. dr. Lg.* 1988, (438) 441-442; D. PHILIPPE, "Les clauses relatives à la garantie des vices cachés", *T.B.B.R.* 1996, (173) 176.

<sup>72</sup> J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, o.c., 341; M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, o.c., 209; G. J. NANA, *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, in J. GHESTIN (ed.), *Bibliothèque de droit privé*, CLXXIII, Parijs, L.G.D.J., 1982, 38-73.

<sup>73</sup> Lijken voor een intrinsieke gebreksnotie te kiezen: o.a. Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ. 15 januari 1976, *Bull. civ.* I, 17, nr. 22; Cass. Fr. com. 24 maart 1980, *Bull. civ.* IV, 112, nr. 144; Cass. Fr. com. 9 december 1981, *Bull. civ.* IV, 350, nr. 438. Staan anderzijds een functionele benadering voor: Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 18 mei 1966, *Bull. civ.* I, 236, nr. 308; Cass. Fr. 3<sup>e</sup> civ., 20 oktober 1966, *Bull. civ.* III, 354, nr. 403; Cass. Fr. com, 23 januari 1978, *Gaz. Pal.* 1978, I, somm. 205.

<sup>74</sup> Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 5 mei 1993, *Juris-Data* nr. 1993-000889; Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 27 oktober 1993, *Juris-Data* nr. 1993-002066; Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 8 december 1993, *Juris-Data* nr. 1993-002509.

<sup>75</sup> Cass. Fr. 3<sup>e</sup> civ., 31 januari 2006, *Juris-Data* nr. 2006-031983; Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 17 oktober 2000, *Juris-Data* nr. 2000-006388; Cass. Fr. 3<sup>e</sup> civ., 20 januari 1999, *Juris-Data* nr. 1999-000312.

bestemming die de koper aan het goed wou geven. Het gebrek dient steevast *pathologisch* te worden opgevat, zoals een slechte conceptie, een gebrekkige fabricage, een verandering of beschadiging.<sup>76</sup> De Belgische rechtspraak is qua subjectivering zonder twijfel haar zuiderburen voorbijgesnel, door sinds 1971 consequent vast te houden aan de functionele gebreksnotie. Dat deze benadering het gebrek eigenlijk herleidt tot tot één van zijn eigenschappen (*i.e.* de aantasting van het bedoelde gebruik)<sup>77</sup>, verliezen velen daarbij uit het oog. Nochtans krijgen twee van de vier traditionele toepassingsvoorwaarden van de verborgen gebrekenregeling (*i.e.* het gebrek en de ernst ervan) op die manier een gelijke invulling, zodat de functionele benadering dus *de facto* neerkomt op de eliminatie van het gebreksvereiste. De gevolgen daarvan bleven niet uit. Inmiddels heeft de functionele gebreksnotie immers voor babylonische spraakverwarring gezorgd, daar er in bepaalde omstandigheden drie, of zelfs vier vorderingsmogelijkheden voor handen zijn, die elk gehoorzamen aan een ander regime. Dat de wetgever dit zo bedoeld heeft, lijkt ons weinig waarschijnlijk.<sup>78</sup> Het hoeft dan ook niet te verbazen – de meer voorzichtige Franse houding indachtig – dat de functionele invulling ook in België ter discussie staat.<sup>79</sup> Aansluitend belichten we in detail enkele overlappingsen die voornamelijk het gevolg zijn van beide voormelde evoluties op het vlak van de dwaling en de verborgen gebreken.

### III. CONCEPTEN IN BOTSING: OVERLAPPINGEN EN INCONSEQUENTIES

#### A. Dwaling of leveringsplicht?

**10.** De verhouding van de dwalingsvordering tot de leveringsplicht is een van de meest controversiële kwesties in het Frans-Belgisch kooprecht. Het vraagstuk zaaide in de rechtsleer immers heel wat verdeling. We belichten hier de belangrijkste stemmen.

##### 1. Verdringing van de dwalingsvordering bij gegarandeerde kwaliteiten?

**11.** Bepaalde auteurs zien voor de leveringsplicht een grote toekomst weggelegd en wel ten koste van de dwalingsvordering. In het zog van BUFNOIR<sup>80</sup> argumenteert DE PAGE ook voor het

<sup>76</sup> A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, in *Domat Droit privé*, Parijs, Montchrestien, 2004, 156; J. CALAIS-AULOY, "De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité", in C. MOULY (ed.), *Mélanges Christian Mouly*, II, Parijs, Litec, 1998, (63) 65.

<sup>77</sup> A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", *I.c.*, 9; P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente", *I.c.*, 33.

<sup>78</sup> P.-A. FORIERS, "Les contrats commerciaux - Examen de jurisprudence 1970-1984 (3ème partie)", *I.c.*, 42.

<sup>79</sup> J. H. HERBOTS, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek", (noot onder Antwerpen, 22 december 1982), *R.W.* 1982-83, (1733) 1735-1736; L. SIMONT, "La notion fonctionnelle du vice caché: un faux problème?", *Hulde aan Rene Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, (331) 333; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", *I.c.*, 4-5, 7-10 en 26-35; D. DELI, "Afbakeningsproblemen tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering bij het hanteren van een functioneel gebreksbegrip in de koop-verkoop", (noot onder Gent 24 juni 1987), *R.W.* 1987-88, (1364) 1367; P.-A. FORIERS, "Les contrats commerciaux - Examen de jurisprudence 1970-1984 (3ème partie)", *I.c.*, 41-43 en 37; 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.), *Themis - Bijzondere Overeenkomsten 2005-2006*, Brugge, Die Keure, 2005, (5) 11. – Ook interessant: Kh. Charleroi 28 juni 1985, *J.T.* 1986, 11.

<sup>80</sup> C. BUFNOIR, *Propriété et contrat: théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Parijs, Rousseau, 1900, 599 en 602; P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 2005, *o.c.*, 101-102.

Belgische recht dat uitsluitend de ontbindingsvordering op grond van niet-conforme levering openstaat, wanneer de verkoper de kwaliteit van de koopwaar contractueel garandeerde<sup>81</sup> Waar DE PAGE vooral doelde op uitdrukkelijk gegarandeerde kwaliteiten, verruimt LIMPENS deze stelling tot stilzwijgend verleende garanties.<sup>82</sup> In het licht van deze zienswijze zou de dwaling slechts een beperkt toepassingsgebied toekomen. Zodra het verkochte voorwerp contractueel verduidelijkt werd, vormt een vordering op grond van de leveringsplicht de meer aangewezen weg. De partijen zouden zich in dat geval niet vergist hebben over de zaak die het voorwerp uitmaakt van het contract. Het voorwerp is immers duidelijk bepaald, zodat een tekortkoming zich kan vertalen in contractuele aansprakelijkheid. Dwaling daarentegen zou een zekere vaagheid vereisen. De aanwending van de dwalingsvordering in de gevallen waarin strikt genomen een contractuele wanprestatie voorligt, zou tot inconsequenties op het vlak van het bewijsrecht leiden. Het te leveren bewijs dreigt dan immers te verschuiven van de draagwijdte van een rechtshandeling (een contractuele tekortkoming) naar het bestaan van een rechtsfeit (een determinerende vergissing). Dat heeft tot gevolg dat de substantiële dwaling met alle middelen rechts zou kunnen worden bewezen, terwijl men bij het bewijs van de overeengekomen substantiële kwaliteit gebonden is aan de regeling voorzien in het B.W.<sup>83</sup> Het Belgische en Franse Hof van Cassatie lieten zich op dit vlak overigens niet onbetuigd en verduidelijkten eerder al geen voorstander te zijn van een versmelting van de dwalings- en de conformiteitsvordering.<sup>84</sup> Ook het Franse Hof van Cassatie deed zijn uiterste best om de vorderingen op grond van de leveringsplicht en de substantiële dwaling conceptueel strikt uit elkaar te houden, zonder daarbij echter een duidelijk criterium naar voor te kunnen schuiven.<sup>85</sup>

## 2. Substantiële kwaliteiten zijn gegarandeerde kwaliteiten?

**12.** Bepaalde auteurs meenden in het verleden resoluut de tegengestelde richting te moeten uitgaan door voor te houden dat enkel uitdrukkelijk gegarandeerde kwaliteiten substantieel zouden kunnen zijn.<sup>86</sup> Deze redenering onderwerpt de dwalingsregeling echter zonder enige

<sup>81</sup> "Si l'acheteur, pour établir l'erreur sur la substance, allègue et offre de prouver que les marchandises n'ont pas été soumises à telle préparation conformément aux stipulations du contrat, il reconnaît par le fait même qu'il n'y a pas eu erreur, qu'il ne s'est pas trompé dans sa déclaration de volonté, mais que c'est de l'inexécution du contrat, par le vendeur, qu'il se plaint. Il y a si peu "erreur", que l'acheteur se base sur un contrat à l'objet bien précis pour arguer de la non-conformité de la marchandise. L'erreur supposerait que l'acheteur a traité sur telle chose, alors qu'il avait telle autre en vue. Dans notre cas, c'est l'obligation de délivrance qui est en cause." (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, 1972, o.c., 86-87).

<sup>82</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, 1972, o.c., 86 en 130 et seq.; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, 73; M. VANWIJCK-ALEXANDRE en M. GUSTIN, "L'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés: le droit commun", *I.c.*, 9; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1997, o.c., 122-123 en 182-183. MEINERTZHAGEN-LIMPENS nuanceert echter verderop deze leer van DE PAGE, zodat haar positie wat ambigu is en zij de dwaling toch een merkkelijk grotere rol toebedeelt. (A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1997, o.c., 273). *Contra*: P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974-1982) - Les obligations", *I.c.*, 57.

<sup>83</sup> P. MALINVAUD, "De l'erreur sur la substance", *I.c.*, 216.

<sup>84</sup> In een sleutelarrest van 6 april 1916 overwoog het Belgische Hof immers dat: "*le défaut de conformité de la marchandise n'établissait ni l'erreur de la convention sur son objet véritable, puisque c'était la précision même de cet objet, sur lequel on était d'accord, qui autorisait la société demanderesse à arguer de ce manque de conformité de la marchandise, ni de l'erreur de l'agrégation de celle-ci.*" (Cass. 6 april 1916, *Pas.* 1917, I, 77).

<sup>85</sup> Cass. Fr. com., 6 februari 1958, *Bull. civ.* IV, 151, nr. 208; Cass. Fr. com., 3 maart 1975, *Bull. civ.* IV, 57, nr. 69.

<sup>86</sup> Zie daarover: M. FONTAINE, "Les aspects juridiques de la commercialisation des oeuvres d'art", *Ann. dr. Louvain* 1988, (383) 405; E. DIRIX, "Dwaling en bedrog bij koop van kunst en antiek", *I.c.*, 98-99 - Kh. leper 8 januari 1913, *J.C.Fl.* 1913, nr. 4042, noot J.N.; Brussel 8 november 1856, *Pas.* 1857, II, 133. Gaan ook aanzienlijk in die richting: Brussel 26 januari 1855, *Pas.* 1856, II, 49; Kh. Antwerpen 7 juli 1905, *J.P.A.* 1905, I, 283.

wettelijke grondslag aan een formalisme en verwacht de materieelrechtelijke toepassingsvoorwaarden van de dwalingsfiguur met het bewijs ervan.<sup>87</sup> Wanneer de kwaliteit *in casu* niet werd gegarandeerd, vormt dit immers slechts een *aanwijzing* om te besluiten dat ze door de partijen niet substantieel/determinerend werd geacht, maar niet het afdoende bewijs daarvan. Bepalend bij de dwaling is immers het determinerend karakter, zowel voor de *errans*, als voor de tegenpartij. Het besluit dat de dwaling over niet-gegarandeerde kwaliteiten per definitie niet substantieel is, doet afbreuk aan deze tweevoudige regel door deze aanwijzing ten onrechte tot een bijkomende formele toepassingsvoorwaarde te verheffen.

### 3. Een cumul van vorderingen?

13. Hoewel gezaghebbende auteurs als DE PAGE of LIMPENS de leveringsplicht ten koste van de dwaling een grotere rol toedichtten, achten vele recente auteurs beide vorderingen vaak probleemloos tegelijk mogelijk.<sup>88</sup> Dat de dwaling in elk geval aan de orde is, zoals de meerderheidsstrekking haar tegenwoordig zuiver subjectief invult, kunnen we alleen maar onderschrijven. Zoniet miskent men immers het fundamentele onderscheid tussen de totstandkomingsfase en de uitvoeringsfase van het contract.<sup>89</sup> Het substantieel karakter van de dwaling schuilt volgens de heersende doctrine en rechtspraak immers in de afwezigheid van een verwachte of beloofde kwaliteit.<sup>90</sup> Contractuele garanties sluiten zodoende geenszins uit dat men dwaalt. Integendeel, ze zetten vaak aan tot contracteren en spelen dus langs die weg evenzeer een rol bij de totstandkoming, als bij de uitvoering van de overeenkomst.<sup>91</sup> Ze zijn met name betekenisvol bij de bepaling van de substantie.

#### a. Rol van contractuele clausules bij de bepaling van de substantie

14. De gemeenschappelijke intentie van de partijen een bepaalde kwaliteit als substantieel te beschouwen mag blijken uit het feit dat de tegenpartij de realiteit ervan uitdrukkelijk garandeerde.<sup>92</sup> Een verkoper geeft garanties (als verkoopargument) voor kwaliteiten die hij belangrijk oordeelt en waarvan hij meent dat ze de tegenpartij kunnen overtuigen het contract aan te gaan. Deze gedachte toont onmiddellijk aan dat het geven van een garantie per definitie betekent dat het determinerende karakter van de ontbrekende kwaliteit voor de *errans* hem kenbaar was. Het opzet van de garantie was immers precies de tegenpartij te overhalen tot

<sup>87</sup> J.-M. TRIGEAUD, "L'erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art, étude critique", *I.c.*, 66.

<sup>88</sup> A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "La vente, erreur, non-conformité et vices cachés", *I.c.*, 210; E. DIRIX, "Dwaling en bedrog bij koop van kunst en antiek", *I.c.*, 112-113; B. TILLEMANS, "Dwaling bij de aan- en verkoop van kunst en antiek", *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, (443) 449; M. VON KUEGELGEN, "La responsabilité des professionnels de la vente d'oeuvres d'art", *Rev. not. b.* 1994, (302) 307 and 311. Ook GHESTIN en TOURNAFOND stellen vast dat met een onveranderd subjectief dwalingsbegrip beide figuren overlappen. (J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, Parijs, L.G.D.J, 1983, 176 en 179; O. TOURNAFOND, "Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente", *I.c.*, 238).

<sup>89</sup> M. FONTAINE, "Les aspects juridiques de la commercialisation des oeuvres d'art", *I.c.*, 404-406; J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, 1983, *o.c.*, 176-177.

<sup>90</sup> J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, *o.c.*, 224.

<sup>91</sup> E. DIRIX, "Dwaling en bedrog bij koop van kunst en antiek", *I.c.*, 112; J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, *o.c.*, 204 en 220 et seq.

<sup>92</sup> M. FONTAINE, "Les aspects juridiques de la commercialisation des oeuvres d'art", *I.c.*, 405; J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, *o.c.*, 199-202.

contracteren. Het lijkt ons bijgevolg de logica zelve de enkele elementen die de verkoper zelf benadrukte (omdat ze naar zijn mening bepalend konden zijn), ook automatisch als substantieel te beschouwen. De contractuele garantie heeft aldus voor effect dat ze het substantieel karakter van een kwaliteit vastlegt, wat het bewijs bij een eventuele annulatieclaim vergemakkelijkt.<sup>93</sup>

Conventionele clausules kunnen ook als niet-garantiebeding de bepaling van de substantie beïnvloeden. Dergelijke niet-garantieclausules drukken een twijfel uit over de kwaliteit van het object<sup>94</sup>, waardoor de partijen onzekerheid in het contractuele veld opnemen. De substantiële kwaliteit verwordt tot een kans die goed kan uitdraaien, maar evenzeer nadelig. In beide gevallen is de dwaling echter niet meer mogelijk, vermits het niet-garantiebeding duidelijk een onzeker resultaat vooropstelde. Wie ondanks die onzekerheid alsnog beslist het contract aan te gaan, dwaalt niet, aangezien de realiteit van de verhoopte kwaliteit niet determinerend kan zijn geweest bij de totstandkoming van de wil.

In beide gevallen stellen we vast hoe een contractuele garantieregeling een impact heeft op het welslagen van een annulatievordering, hoewel beide systemen *in se* niets met elkaar te maken hebben. De garantieregeling betreft strikt genomen de uitvoering van de koopovereenkomst, aangezien ze het verhaal op grond van de verborgen gebreken-regeling en de leveringsplicht moet vergemakkelijken. Vermits (niet-)garantieclausules eveneens toestaan de wil van de partijen te interpreteren, zijn zij ook dienstig bij vorderingen waarbij men de totstandkoming van de overeenkomst ter discussie stelt.

## **b. Leveringsplicht of dwaling ? Onderscheidingscriteria**

**15.** Het is echter evident dat een dergelijke ruime invulling de dwaling in het vaarwater brengt van de leveringsplicht, die precies een verhaal wil vormen voor leveringen die afwijken van wat partijen beloofden. Bijgevolg stelt zich de vraag naar de criteria die zouden toelaten het onderscheid te maken tussen de dwaling en de niet-conforme levering.

JOSSERAND benadrukte als eerste dat de nietigheid voorbehouden is aan transacties die van meet af aan door gebrek zijn aangetast, terwijl de vordering op grond van de leveringsplicht slechts aangewezen is om de ontbinding te bekomen van een overeenkomst die perfect geldig tot stand kwam, maar ten gevolge van omstandigheden na de contractsvorming de koper op zijn honger liet.<sup>95</sup> *“L’erreur atteint l’acte au moment de sa formation. L’inexécution du contrat concerne un acte parfaitement valable à l’origine”*, of zoals GHESTIN het standpunt van JOSSERAND samenvat: *“Ce n’est pas la même chose d’acheter une chose alors qu’elle était autre en réalité, ou d’acheter une chose et s’en voir livrer une autre.”*<sup>96</sup>

Zowel annulatie als ontbinding sanctioneert inderdaad afwijkingen van wat men dacht te verkrijgen. De oorzaak daarvan ligt evenwel in temporeel onderscheiden fasen van het contractueel bestel. Bij annulatie op grond van dwaling is de afwijking het gevolg van de gebrekkige totstandkoming van de overeenkomst. De koper vergiste zich bij het aangaan van de overeenkomst over wat hij meende te kopen. In essentie verlangt de dwaling als wilsgebrek dus een beoordeling van het engagement van de verkoper in het licht van de subjectieve intentie van de koper. De miskennis van de leveringsplicht kan daarentegen resulteren in ontbinding. Het probleem heeft dan zijn oorsprong in het gedrag van de verkoper en moet in functie daarvan worden beoordeeld. Bij dwaling leverde de verkoper wat de partijen overeenkwamen, maar de

<sup>93</sup> M. DAMBRE, "Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen", (noot onder Antwerpen, 20 januari 1988), *T.B.B.R.* 1990, (33) 42; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, o.c., 497.

<sup>94</sup> J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, o.c., 197.

<sup>95</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Parijs, Dalloz, 1928, 86.

<sup>96</sup> J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, 1983, o.c., 176.



koper eigenlijk niet wilde. In het geval van de gebrekkige levering kocht de koper wel wat hij zocht, maar slaagt de verkoper er door zijn tekortkoming niet in het voorwerp dat de partijen overeenkwamen ook volgens de afspraak te leveren.<sup>97</sup> De onmogelijkheid in de uitvoeringsfase van de overeenkomst nog te remediëren aan vergissingen die teruggaan tot het moment van totstandkoming, beslecht het pleit definitief in het voordeel van de dwaling.

Meteen belandt men zo bij wat TOURNAFOND als centraal onderscheidingscriterium propageerde. Deze suggereerde immers de dwaling voor te behouden aan de gevallen waarin de beoogde substantiële kwaliteit niet alleen ontbreekt ten tijde van de totstandkoming van het contract, maar het bovendien geheel onmogelijk is om die alsnog te realiseren in de fase van de uitvoering van het contract.<sup>98</sup> De niet-conformiteit van de levering vloeit dan louter voort uit het feit dat de koper niet kocht wat hij dacht te kopen en stond zodoende al bij het sluiten van de overeenkomst in de sterren geschreven.<sup>99</sup> Aangezien de debiteur onmogelijk de gevraagde kwaliteit zelf kan verzorgen, kan men moeilijk spreken van een contractuele *fout*. Het engagement dat de verkoper aanging was immers van meet af aan onmogelijk. Daarom lijkt het ons meer aangewezen het verhaal te zoeken in de dwaling die foutonafhankelijk werkt.<sup>100</sup>

Inspirerend voor de afbakening tussen de dwaling en de leveringsplicht zijn ook de inzichten van VAN RIJN en HEENEN. Zij beroepen zich voor het onderscheid voornamelijk op de aard van het verkochte voorwerp, wat TOURNAFOND slechts incidenteel in zijn beoordeling integreerde. Genuszaken evenals waren die de koper niet onderzocht ten tijde van de aankoop geven aanleiding tot ontbinding. De koper bestelt in dat geval immers *in abstracto* goederen die hem dienstig zouden moeten zijn, rekening houdend met hun normale eigenschappen en hun gebruikelijke bestemming. Zijn de goederen die de verkoper leverde dat niet, dan zijn er twee pistes voor verhaal denkbaar. Behoren de goederen zoals de koper ze bestelde in principe bruikbaar te zijn voor de aanwending die de koper op het oog had, dan ligt het probleem in de uitvoeringsfase van de koopovereenkomst. De koper dwaalde immers niet bij het aangaan van het contract, maar zijn ontgoocheling is het gevolg van het gedrag van de verkoper die slechts gebrekkig levert wat de partijen overeenkwamen. Als de koper daarentegen waren bestelt die voor hem onbruikbaar zijn, dan dwaalde hij en kan hij de vernietiging van de koopovereenkomst bekomen, mits daartoe alle voorwaarden zijn vervuld. Heeft de verkoop betrekking op een *species*, dan dient de koper zich voor hun gebrekkige kwaliteit op grond van dwaling te beroepen. Dwaling kan zich bovendien slechts voordoen bij specieszaken, voor zover het gebrek al bij de totstandkoming bestond en substantieel was.<sup>101</sup> In dat geval kan men de verkoper immers niets verwijten. Die leverde immers precies het voorwerp dat de koper bezichtigde en waarmee hij instemde. Zijn instemming berustte evenwel op een vergissing, zodat zijn verhaal in de dwaling zijn grondslag vindt, in plaats van in de leveringsplicht.<sup>102</sup>

<sup>97</sup> J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, 1981, o.c., 558 ; M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, o.c., 228.

<sup>98</sup> O. TOURNAFOND, "Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente", *I.c.*, 243.

<sup>99</sup> Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 14 december 2004, *Juris-Data* nr. 2004-026149; L. JOSSELAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928, o.c., 86; M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, o.c., 228; J.-M. TRIGEAUD, "L'erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art, étude critique", *I.c.*, 67.

<sup>100</sup> Voor een mooie toepassing, zie: Kh. Brussel 24 juni 1975, *B.R.H.* 1976, 131. Zie verder onder meer: M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*, in J. GHESTIN (ed.), *Bibliothèque de droit privé*, CCXXI, Parijs, L.G.D.J., 1992, nr. 668.

<sup>101</sup> J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, 1981, o.c., 559-560. Erg nauw daarbij aansluitend maakt MEINERTZHAGEN-LIMPENS ook het onderscheid op basis van het aangekochte voorwerp. Zij beroept zich op de vraag of dat '*in concreto*' of '*in abstracto*' bepaald was. Dat eerste leidt tot dwaling, het tweede tot gebreken in de levering (A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "La vente, erreur, non-conformité et vices cachés", *I.c.*, 211).

<sup>102</sup> Zie in dat verband: A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1604 B.W.", *I.c.*, 9. Kh. Brussel 24 juni 1975, *B.R.H.* 1976, 131. Zie bovendien: R. DEBACKER, noot onder Kh. Brussel 22 december 1950, *J.C.B.* 1952, 117; Brussel 29 januari 1987, *J.L.M.B.* 1987, 420, noot J.H. – Anders: Antwerpen 20 januari 1988, *T.B.B.R.* 1990, 33.

### c. Leveringsplicht en dwaling: over theorie en praktijk...

**16.** Hoewel men vanuit theoretische hoek diverse onderscheidingscriteria aanreikt, wijzen tal van auteurs erop dat deze zich in de praktijk vaak een stuk moeilijker laten toepassen. Zo merkt onder meer GHESTIN op: “[c]ependant, si notre technique juridique impose cette distinction, l’opposition est moins tranchée dans la pratique.”<sup>103</sup> De oorsprong van heel dit probleem is de gedeelde finaliteit van de annulatievordering wegens dwaling en de ontbindingsvordering bij een miskenning van de leveringsplicht. Beide zijn er immers op gericht één van de partijen toe te laten te ontsnappen aan zijn contractuele verbintenissen, omdat het contract haar niet bracht wat ze terecht mocht verwachten, hoewel dat haar instemming bepaalde. Beslissend bij het aangaan van een overeenkomst is immers niet alleen de voorstelling van de beloofde prestatie op zich, maar evenzeer de gedachte of de verwachting dat de tegenpartij de beloofde prestatie ook effectief zal nakomen. Meteen mag duidelijk zijn dat een gebrekkig tot stand gekomen overeenkomst zich automatisch vertaalt in een gebrekkig uitgevoerde overeenkomst. In dit inzicht ligt de uiteindelijke verklaring voor het gehele cumulvraagstuk. Hoewel wij er theoretisch van overtuigd zijn dat de koper zij verhaal in principe op dwaling dient te gronden wanneer de vergissing teruggaat tot op het moment van de contractsluiting en nadien niet meer kan worden geredigeerd, zouden we ons er omwille van de voormelde bedenking in de praktijk mee kunnen verzoenen dat een koper die dwaalt over de te leveren prestatie, toch op grond van de leveringsplicht en artikel 1184 B.W. de ontbinding van de koopovereenkomst zou trachten te bekomen. Het effect van de ontbinding is immers nagenoeg identiek aan dat van de vernietiging op grond van een wilsgebrek.<sup>104</sup> Dergelijke situatie kan in theorie overigens perfect tot cumulatie leiden, aangezien de koper steeds ervoor kan kiezen aan de relatieve nietigheid van de koopovereenkomst voorbij te gaan, om alsnog de uitvoering (*i.e.* conforme levering) te verlangen. Toch benadrukken wij dat in de Franse cassatierechtspraak onmiskenbaar de tendens bestaat om de theoretisch juiste oplossing vastberaden in de praktijk door te drukken.<sup>105</sup>

### B. Verborgene gebreken of dwaling?

**17.** De verhouding van de gebreksgarantie tot de dwalingsvordering is altijd al een zorgenkind geweest. Veelal wil de koper zich maar wat graag op de gebreksgarantie beroepen, naast een mogelijk verhaal op grond van dwaling, gelet op de sanctiemogelijkheden die dat concept biedt. De garantieregeling laat immers toe de schade van de gedupeerde koper volledig te vergoeden. Het vermoeden van kwade trouw van de beroepsverkoper kan het appeal van de

<sup>103</sup> J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, 1983, o.c., 176. Nog treffender bij LARROUMET: “si l’on voulait être tout à fait logique, il faudrait considérer que, lorsque les raisons qui empêchent un débiteur d’exécuter son obligation sont contemporaines de la conclusion du contrat, la rendant par là même irrégulière, le contrat est nul, le créancier ne pouvant qu’invoquer la nullité. Au contraire, lorsque les raisons imputables à un débiteur et qui l’empêchent d’exécuter son obligation sont postérieures à la conclusion régulière du contrat synallagmatique, le contrat ne peut être que résolu. [...] Dans le cas où la cause de la disparition rétroactive du contrat est contemporaine de sa conclusion et, par hypothèse, a persisté, ne permettant pas au débiteur d’exécuter son obligation, il n’y a aucune raison d’interdire au créancier d’invoquer la résolution alors qu’il pouvait invoquer la nullité.”

<sup>104</sup> De beste illustratie daarvan is de vaststelling dat zelfs de hoven en rechtbanken soms wel eens slordig durven zijn en de koopovereenkomst “ontbinden” na wilsgebreken of “vernietigen” in geval van gebrekkige levering. Zie in dat verband onder meer: Rb. Brussel 15 mei 1964, *Pas.* 1967, III, 33.

<sup>105</sup> “[Q]ue la cour d’appel, en relevant que les deux demandes formulées par [l’acquéreur] du tableau se fondaient sur l’erreur commise par lui quant aux qualités substantielles de la chose qu’il avait achetée, a fait ressortir qu’elle était saisie d’un vice ayant affecté la formation même du contrat, et non, à titre autonome, d’une délivrance ultérieure non conforme.” (Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 14 december 2004, *Juris-Data* nr 2004-026149)

garantievordering alleen maar vergroten. Op termijn zagen PLANIOL en RIPERT een en ander onvermijdelijk resulteren in de absorptie van de dwaling door de verborgen gebreken, zodat zij over de convergentie van beide figuren duidelijk hun bezorgdheid uitdrukten.<sup>106</sup>

In een wat onhandige poging om beide vorderingen uit elkaar te houden beschouwden RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART de verborgen gebrekenregeling als *lex specialis* voor het kooprecht die de dwaling als *lex generalis* buiten werking stelt. Dit fenomeen beperkten zij evenwel tot ontbrekende kwaliteiten die het normale gebruik onmogelijk maken. Wanneer men refereert aan het bijzonder gebruik dat de koper voor ogen had, is men alsnog aangewezen op de dwaling.<sup>107</sup> Hiermee kunnen wij echter bezwaarlijk akkoord gaan. Dwaling en verborgen gebreken zijn theoretisch onderscheiden concepten, die refereren aan een verschillende fase in het bestaan van de overeenkomst en die met verschillende sancties zijn bedacht. Het verborgen gebrek kan in theorie één van de oorzaken van dwaling zijn, doch is er niet mee gelijk te stellen.<sup>108</sup>

Met het onderscheid dat VAN RYN en HEENEN voorstelden op basis van de aard van het verhandelde goed zijn we reeds vertrouwd. Wie een soortzaak koopt, zonder die te inspecteren op het moment van de contractsluiting, bestelt eigenlijk *in abstracto* een product dat geschikt moet zijn voor zijn normaal gebruik. De aangewezen verhaalsmiddelen zouden de leveringsplicht en de vrijwaringsplicht zijn. De dwaling is dan weer het aangewezen verhaal bij specieszaken die aangetast zijn door gebreken die reeds bestonden op het ogenblik van de contractsluiting. Voor gebreken ontstaan na het sluiten van de koop en voor de levering is men aangewezen op de verborgen gebrekenregeling.<sup>109</sup>

Sinds het Hof van Cassatie de functionele gebreksnotie hanteert, is het ons inziens echter bijzonder moeilijk in België *in abstracto* een streng afgelijnd onderscheid tussen de dwaling en de verborgen gebreken te huldigen. Het functionele gebreksbegrip is hierbij echter niet de enige zondebok, daar de verwarring evenzeer te wijten is aan de evolutie van het dwalingsbegrip.<sup>110</sup>

De bruikbaarheid van het gekochte goed (de maatstaf voor de functionele gebreksnotie) maakt immers bij uitstek de determinerende beweegreden uit om tot de aankoop van een zaak over te gaan (de norm voor de subjectief ingevulde substantiële dwaling).<sup>111</sup> In de Belgische rechtspraktijk tekent zich dan ook een quasi systematische cumul van beide vorderingen af.<sup>112</sup> In 1939 besliste het Belgische Hof van Cassatie al dat beide vorderingen mogelijk zijn wanneer de vergissing omtrent de substantiële kwaliteiten van de zaak zich laat gevoelen op het gebruik

<sup>106</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, en P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, L.G.D.G., 1930, 247

<sup>107</sup> C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *La notion d'obligation, la formation des contrats et la capacité des parties contractantes*, o.c., 173.

<sup>108</sup> J. RUTSAERT, "Législation et jurisprudence belges en matière de responsabilité civile du fait des produits", *I.c.*, 319; R. VANDEPUTTE, *Overeenkomsten (deel 2) - Bijzondere overeenkomsten - A. Verkoop, bewaargeving, borgstelling*, in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, X, Antwerpen, Standaard, 1981, 98-100.

<sup>109</sup> J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, 1981, o.c., 559. Een zelfde redenering bij: A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", *I.c.*, 31.

<sup>110</sup> D. TALLON, "Erreur sur la substance et garantie des vices dans la vente mobilière - Etude comparée des Droits Français et Anglais", in J. HAMEL (ed.), *Dix ans de conférences d'agrégation: études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Parijs, Dalloz, 1961, (435) 438-441.

<sup>111</sup> Omdat één en dezelfde toestand volgens VANDEPUTTE aanleiding geeft tot verschillende vorderingsmogelijkheden, daar de vereisten voor het instellen ervan nu eenmaal vervuld zijn, roept hij op om telkens een dagvaarding op de verschillende gronden te laten berusten (R. VANDEPUTTE, *Overeenkomsten (deel 2)*, o.c., 98). BÉNABENT wijst er echter terecht op hoe zulks theoretisch beschouwd mogelijk zou moeten zijn. Hij stelt echter vast dat de actuele stand van de rechtspraak in Frankrijk de diverse acties strikt tracht af te bakenen (A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, o.c., 166).

<sup>112</sup> R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY e.a., "Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - Verbintenissen", *I.c.*, 342; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", *I.c.*, 9 en 11; P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente", *I.c.*, 33-34; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1997, o.c., 124; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", *I.c.*, 9.

ervan.<sup>113</sup> De dwalingsvordering staat dan toe de striktere termijnvereisten van de garantieregeling te omzeilen. Precies in het licht van dergelijke praktijken moet men de houding van het Franse Hof van Cassatie tussen 1960 en 1988 begrijpen, toen het in gevallen van cumul de korte termijn van artikel 1648 B.W. ook ging toepassen op de dwalingsvordering.<sup>114</sup>

De dwalingsvordering biedt overigens nog voordelen, wat meteen verklaart waarom wij een ruimere toepassing van de figuur, ten koste van de functionele gebreksgarantie, niet ongenegen zijn. Vaak staat een ruime toepassing van de dwaling ons inziens toe een onfortuinlijke koper op een meer afdoende wijze te beschermen dan de verborgen gebrekenregeling, zonder daarbij de verkoper te goeder trouw op te verregaande wijze met een schadevergoedingsplicht te belasten. Bovendien vermijdt men op die manier een te verstrekkende aansprakelijkheid van de beroepsverkoper, door de werking van het vermoeden van kennis, dat naar Frans recht zelfs onweerlegbaar geacht wordt.<sup>115</sup> Hem voor alle schade ten gevolge van de inadequatie voor het specifieke, maar soms uiterst ongewone gebruik van het verkochte goed laten opdraaien, lijkt ons in bepaalde gevallen te verregaand. Men kan immers aanvaarden dat de verkoper zijn product verondersteld wordt te kennen, voor zover dit het normale gebruik betreft. Veel minder gaat dit op voor allerhande gebruikswijzen die niet voor de hand liggen, aangezien de verkoper zijn product onmogelijk in alle denkbare hypothesen op zijn degelijkheid kan hebben getest. De resultaatsverplichting die in Frankrijk op de verkoper rust, lijkt op slag een stuk minder steng dan het Belgische weerlegbare vermoeden van kennis, vermits het eerste gekoppeld is aan een gebreksnotie die sinds 1993 refereert aan het normale gebruik en het tweede in combinatie met de functionele invulling moet worden gelezen. Deze voordelen in acht genomen, hoeft het dan ook niet te verbazen dat de dwaling zijn positie niet alleen heeft weten te handhaven, maar zelfs heeft kunnen verstevigen in tijden dat de vrijwaringsplicht vanuit monistische koopregimes onder druk kwam te staan.<sup>116</sup>

### C. Leveringsplicht of gebreksgarantie?

**18.** In een kooprecht dat de levering van een *aliud* en een *peius* verschillend behandelt, is het voor de rechtsbescherming van de koper van kapitaal belang dat beide concepten duidelijk van elkaar zijn afgebakend. De koper dient immers te weten of hij zich op grond van de leveringsplicht (*aliud*), dan wel op grond van de vordering voor verborgen gebreken (*peius*) tegen de verkoper moet keren. Helaas blijkt dit tot groot ongenoegen van een belangrijk deel van de doctrine niet het geval.<sup>117</sup> Met de functionele invulling van het gebreksvereiste barstte de

<sup>113</sup> Cass. 23 november 1939, *Pas.* 1939, I, 488.

<sup>114</sup> Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 4 januari 1960, *Bull. civ.* I, 4, nr. 4; Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 19 juli 1960, *Bull. civ.* I, 434, nr. 408. Het gelijktijdig inroepen van beide vorderingen verloor zo zijn nut en bracht zelfs een risico met zich mee. Het zou tot 1988 duren vooraleer het Franse Hof deze zienswijze definitief afzwoer en de dwaling weer van de termijn van artikel 1648 loskoppelde (Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 28 juni 1988, *D.* 1989, som. com., 229, noot J.-L. AUBERT).

<sup>115</sup> Cass. 4 mei 1939, *Pas.* 1939, I, 223; Cass. 13 november 1959, *Pas.* 1960, I, 313; Cass. 6 mei 1977, *Pas.* 1977, 907; Cass. 15 juni 1989, *Pas.* 1989, I, 1117 - L. FREDERICQ en S. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, III, 1980, o.c., 65-68; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1997, o.c., 283-286; J. H. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE e.a., "Overzicht van rechtspraak - Bijzondere overeenkomsten (1995-1998)", *I.c.*, 173-177; P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente", *I.c.*, 41-47. In Frankrijk: J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, o.c., 325-327.

<sup>116</sup> Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, onuitg., Université de Paris I, 1996, 78, nr. 61.

<sup>117</sup> D. DELI, "Afbakeningsproblemen tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering bij het hanteren van een functioneel gebreksbegrip in de koop-verkoop", *I.c.*, 1367; A. VAN OEVELEN, "Nuttige lessen te halen uit het Weens Koopverdrag voor de verbetering van het eigen algemene overeenkomstenrecht en het kooprecht", *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, (509) 513; S. STIJNS, "Nieuw kooprecht in oud B.W.? Sophie's choice", in E. DIRIX, W. PINTENS, P. SENAËVE e.a. (eds.), *Liber amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, (389) 405; J. H. HERBOTS, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en

verborgen gebreken-regeling onmiskenbaar uit haar voegen. Anderzijds valt het moeilijk te ontkennen dat de verkoper die een gebrekkige zaak levert meteen ook niet voldoet aan zijn leveringsplicht, aangezien een gebrekkige zaak, naar men mag verwachten, niet overeenstemt met wat de koper beoogde te verkrijgen.<sup>118</sup> De dualistische zienswijze pleegt beide vorderingen traditioneel te onderscheiden op basis van een louter chronologisch criterium, waarbij de aanvaarding het scharniermoment zou zijn. In de regel houdt men immers voor dat de koper zich niet meer kan beroepen op de leveringsplicht van de verkoper, zodra hij diens levering in ontvangst nam en aanvaardde. Juridisch gezien drukte de koper met de aanvaarding de erkenning uit dat de geleverde koopwaar overeenstemt met de verkochte zaak en dat deze vrij is van zichtbare gebreken. Bijgevolg zou de rol van de leveringsplicht vanaf dat moment zijn uitgespeeld. Wil de koper nadien alsnog de gebrekkige kwaliteit van de geleverde goederen aanvechten, dan zou hij dat dienen te doen op grond van de garantieplicht van de verkoper.<sup>119</sup> Elke non-conformiteit die zich manifesteert na de aanvaarding, maakt immers een functioneel verborgen gebrek uit, zodat samenloop uitgesloten is.<sup>120</sup> Na aanvaarding kan de koper zich dus alleen op de functioneel ingevulde gebreksgarantie beroepen.<sup>121</sup>

**19.** Enkele vooraanstaande auteurs zien daarentegen voor de vordering op grond van de leveringsplicht ook na de aanvaarding nog een rol weggelegd bij zogenaamde verborgen non-conformiteit. Hun kritiek richt zich ook tegen de functionele gebreksnotie, daar zij argumenteren dat deze niet vereist is om de koper een adequate rechtsbescherming te verzekeren. Door de gevolgen van de aanvaarding te herdenken kan men immers probleemloos de verminderde rechtsbescherming, ontstaan door de engere, intrinsieke gebreksdefinitie, compenseren via een verruimde toepassing van de conformiteitsvordering, die ook na de aanvaarding mogelijk blijft voor gevallen van verborgen non-conformiteit. Deze kan op grond van de leveringsplicht aanvechtbaar blijven, op voorwaarde dat men de aanvaarding beperkt tot de zichtbare non-conformiteit. SIMONT argumenteert immers terecht dat men moeilijk kan geacht worden te aanvaarden wat men niet kende. Als wilsuiting vereist dergelijke erkenning van de conformiteit immers de bewuste wil de gebreken te dekken. Door uitsluitend de gebreken te dekken die op het moment van de aanvaarding gekend zijn, geniet de koper in gelijke mate bescherming.<sup>122</sup>



koopvernietigend gebrek", *I.c.*, 1733; T. BOURGOIGNIE, "Le traitement des produits défectueux en droit belge", *I.c.*, 506; F. GLANSDORFF, P. GREGOIRE, J. STEENBERGEN e.a., *La vente*, 1987, o.c., 46; L. SIMONT, "La notion fonctionnelle du vice caché", *I.c.*, 336 et seq.; P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente", *I.c.*, 24-25; M. E. STORME, "Verborgen kwaliteiten en zichtbaar gebrekkige wetgeving", *TRD&I* 1996, afl. 9, (21) 21; V. PIRSON, "Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente", *T.B.B.R.* 2001, (416) 440.

<sup>118</sup> C. CAUFFMAN, "De nieuwe wet op de consumentenkoop", *TPR* 2005, afl. 3, (787) 803; J.-L. FAGNART, "La responsabilité du fait des produits", *I.c.*, 213; C. RADE, "L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de Cass. 1re civ., 14 mai 1996, Chavanne c/ Sté Lambert distribution)", *JCP* 1997, I nr. 4009, nr. 17.

<sup>119</sup> A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "La vente, erreur, non-conformité et vices cachés", *I.c.*, 210; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, 1972, o.c., 22 en 151; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, 1981, o.c., 527; J. GHESTIN en DESCHE B., *La Vente*, o.c., 762.

<sup>120</sup> Cass. 19 juni 1980, *R.W.* 1981-82, 940 - V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, o.c., 135; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, 1972, o.c., 132-133; M. VANWIJCK-ALEXANDRE en M. GUSTIN, "L'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés: le droit commun", *I.c.*, 21; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1997, o.c., 184-185.

<sup>121</sup> Wij merken op dat de aanvaarding geen wilsgebreken dekt, zodat de koper zich strikt genomen ook op dwaling kan beroepen. Zie daarover: M. VANWIJCK-ALEXANDRE en M. GUSTIN, "L'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés: le droit commun", *I.c.*, 24.

<sup>122</sup> L. SIMONT, "La notion fonctionnelle du vice caché", *I.c.*, 336 et seq.; P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente", *I.c.*, 24-25; D. DELI, "Afbakeningsproblemen tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering bij het hanteren van een functioneel gebreksbegrip in de koop-verkoop", *I.c.*, 1367; J. H. HERBOTS, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek", *I.c.*, 1733 en 1736; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten: onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 273, in het bijzonder



Dergelijke invulling helpt evenwel niet elke verwarring uit de wereld, zo blijkt in Frankrijk waar een belangrijk deel van de rechtspraak van vóór 1993 de geschiktheid van de zaak voor haar normale gebruik als een facet van de conformiteit beschouwde. Hoewel dit in principe tot het toepassingsgebied van de garantieplicht van de verkoper behoort, had de koper door die ruime invulling van de conformiteit ook op grond van de leveringsplicht een verhaal tegen de verkoper, wanneer het aangekochte goed niet kon dienen voor het gebruik dat men daar normaal van maakt.<sup>123</sup> Door deze invulling van de conformiteitsnotie sloeg de leveringsplicht op de drift om geheel in het vaarwater van de garantieplicht van artikel 1641 B.W. te komen. Inmiddels gooide het Hof van Cassatie het roer om en dreef de leveringsplicht terug tot binnen haar traditionele grenzen, of – meer precies – buiten het traditionele toepassingsgebied van de verborgen gebreken door te overwegen: “[L]e défaut de conformité de la chose vendue à sa destination normale constitue le vice prévu par les articles 1641 et suivants du code civil.”<sup>124</sup>

#### IV. SANERINGSOPERATIE EN CONCLUSIE

20. Tot dusver toonden we aan hoe in het verleden de rechtspraak en doctrine het toepassingsgebied van de klassieke verhaalsmiddelen in het kooprecht hebben gebracht voorbij de grenzen die door de *Code civil* werden uitgezet. De invulling van diverse voorwaarden sloeg op de drift wat onvermijdelijk resulteerde in de veelvuldige overlappingen die we zo-even in kaart hebben gebracht. In de praktijk doet men er dan ook goed aan zijn vordering veiligheidshalve zowel op grond van dwaling, als op grond van de leveringsplicht en de gebreksgarantie te gronden. Vanuit theoretisch oogpunt lijkt dergelijke praktijk ons evenwel niet wenselijk. Ofschoon wij ons er terdege van bewust zijn dat het wellicht onmogelijk is komaf te maken met elke overlapping, willen we bij wege van besluit toch niet nalaten enkele criteria te formuleren om, waar mogelijk, de rechtsfiguren scherper van elkaar af te lijnen. Onze saneringsoperatie start op het terrein van het kooprecht met een herdefiniëring van de troebele verhouding tussen de leveringsplicht en de verborgen gebreken, om in tweede instantie ook de dwaling in het plaatje te betrekken.

##### A. Over wat is, en zou moeten zijn...

21. Met artikel 1603 belastte de *Code civil* de verkoper, zowel in het Belgische als in het Franse kooprecht, met de verplichting de goederen conform de afspraken te leveren en voor de verborgen gebreken ervan in te staan. De verkoper kan zodus langs tweevoudige weg zekere kwaliteitsaansprakelijk laten gelden, die elk echter aan een onderscheiden regime beantwoorden. Zodoende is het niet verwonderlijk dat de verhouding van de verborgen gebreken tot de leveringsplicht in elk van beide jurisdicties een belangrijke kwestie uitmaakt.

---

p. 383; M. E. STORME, "Verborgen kwaliteiten en zichtbaar gebrekkige wetgeving", *I.c.*, 21; M. VON KUEGELGEN, "La responsabilité des professionnels de la vente d'oeuvres d'art", *I.c.*, 312; M. DAMBRE, "Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen", *I.c.*, 43-44.

<sup>123</sup> Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 8 november 1988, *Bull. civ.* 1988, I, nr. 314; Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 14 februari 1989, *Bull. civ.* 1989, I, nrs. 83 en 84; Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 5 november 1985, *Bull. civ.* 1985, I, nr. 287.

<sup>124</sup> Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 8 december 1993, *Bull. civ.* 1993, I, 252, nr. 362; Cass. Fr. 1<sup>e</sup> civ., 27 oktober 1993, *Bull. civ.* 1993, I, nr. 305. Meer hierover: A. BENABENT, "Conformité et vices cachés dans la vente: l'éclaircie", *D.* 1994, Chr., (115) 115; P. JOURDAIN, "Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages", *Gaz. Pal.* 1994, II, (826) 827-829; J. CALAIS-AULOY, "De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité", in C. MOULY (ed.), *Mélanges Christian Mouly*, Parijs, Litec, 1998, (63) 67; C. ATIAS, "La distinction du vice caché et de la non conformité", *D.* 1993, (265) 265.

Anderzijds is het tegelijk verwonderlijk dat men er niet in slaagt heldere onderscheidingen door te voeren, precies omdat het in een systeem dat de levering van een *aliud* en een *peius* verschillend behandelt, voor de rechtsbescherming van de koper van kapitaal belang is dat beide concepten duidelijk van elkaar zijn afgebakend. De koper dient immers te weten of hij zich op grond van de leveringsplicht, dan wel op grond van de verborgen gebrekengarantie tegen de verkoper moet keren. Voor een goed begrip vatten we in wat volgt eerst kort de verhouding tussen de beide vorderingen samen, zoals zij tegenwoordig in het Belgische recht door het Hof van Cassatie wordt verdedigd. Aansluitend hertekenen wij de verhouding tot wat ons een meer wenselijk resultaat lijkt en verwijzen hiervoor grotendeels naar de actuele Franse situatie.

**22.** Het Belgisch dualistisch systeem kiest voor een gemakkelijksoplossing door het onderscheid tussen de leveringsplicht en de gebreksgarantie louter op temporele gronden te maken. Zolang de koper de levering niet aanvaardde, dient hij zijn kwaliteitsaanspraken te formuleren op basis van de leveringsplicht. Na de aanvaarding rest hem uitsluitend nog de gebreksgarantie als enig verhaalsmiddel. Dat hoeft op zich geen probleem te zijn, aangezien de vrijwaringsplicht in België een erg ruime, functionele invulling krijgt. Gebrekkig zijn de goederen die voor de koper niet kunnen dienen. Hoewel het Belgische plaatje op het eerste gezicht eenvoudig lijkt, is het dat in de praktijk allerm minst, omdat de functionele invulling van de gebreksnotie resulteert in een constante overlapping met de dwalingsvordering, zodat de Belgische benadering het probleem niet echt oplost maar veeleer verlegt.

**23.** Na een tijd lang afwisselend zijn heil te hebben gezocht in de expansie van één van beide kwaliteitsaanspraken, door eveneens het functionele gebreksbegrip aan te hangen of in de leveringsplicht de geschiktheid voor het normale gebruik te incorporeren, lijkt zich tegenwoordig een meer stabiele verhouding af te tekenen. De concepten ondergingen elk een inkrimping, zodat ze veel meer aansluiten bij wat de *Code civil* in 1804 voor ogen had. De actuele Franse benadering staat voor een terugkeer naar de oorsprong. De gebreksgarantie moest aanzienlijk wat aan draagwijdte inboeten door het gebrek uitsluitend pathologisch op te vatten en te vereisen dat dit schaadte aan het normale gebruik van de zaak. Ook de leveringsplicht dreef het Hof van Cassatie terug naar zijn kerngebied, door de geschiktheid voor het normale gebruik aan de gebreksgarantie voor te behouden. Zodoende dient de koper zich tot bij de levering op de leveringsplicht te steunen. Daarna zijn er twee vorderingsmogelijkheden, zij het dat die onderling exclusief zijn. Het onderscheidingscriterium is dan de vraag of het goed intrinsiek gebrekkig is. Wanneer het echter niet overeenstemt met de contractuele afspraken, dan is de koper aangewezen op de leveringsplicht. De Franse zienswijze verdient goedkeuring, omdat ze de beide verhaalsmiddelen opnieuw in verband brengt met de problemen waarvoor ze in oorsprong een oplossing wilden formuleren. Wij willen evenwel nog een stap verder gaan door ook de dwaling in zijn rol te herbevestigen. Zodoende pleiten wij ook in België voor een terugkeer naar de oorspronkelijke invulling van de *Code civil*, door de functionele invulling van het verborgen gebrek opnieuw in te ruilen voor de conceptuele benadering die het gebrek als een anomalie opvat, intrinsiek verbonden met het goed. Wat de koper op die manier aan bescherming moet inboeten, hoeft echter niet definitief verloren te gaan. Een intrinsiek gebreksbegrip, gecombineerd met een herdenken van de gevolgen van de aanvaarding, staat toe de verminderde rechtsbescherming ontstaan door de engere gebreksdefinitie ten dele te compenseren met een verruimde toepassing van de conformiteitsvordering, die ook na de aanvaarding mogelijk blijft voor de gevallen van *verborgen non-conformiteit*. Deze kan op grond van de leveringsplicht aanvechtbaar blijven, op voorwaarde dat men de aanvaarding beperkt tot

de zichtbare non-conformiteit, in navolging van wat SIMONT en andere gezaghebbende auteurs al betoogden.<sup>125</sup> Zodoende verwijst het verborgen gebrek altijd naar een op zich gebrekkig *goed* dat daardoor niet normaal functioneert, terwijl de leveringsplicht altijd een afwijking is van wat de partijen contractueel afspraken. Tot slot is het belangrijk vanuit deze begripsomschrijvingen ook de verhouding van de leveringsplicht en de verborgen gebreken ten aanzien van de dwalingsvordering te preciseren. Wanneer de niet-conforme levering immers een gevolg is van een vergissing bij de totstandkoming van de overeenkomst, is het wenselijk de koper voor zijn verhaal naar de dwaling te verwijzen, ongeacht of hij de vergissing vaststelt bij de levering van de goederen, dan wel nadat hij ze al aanvaardde. Cruciaal is evenwel dat de dwaling bij de levering en aanvaarding van de goederen verborgen bleef. Na de aanvaarding kan de koper immers niet meer komen klagen over zichtbare kwaliteitsverschillen, uitsluitend over *verborgen* gebreken, *verborgen* non-conformiteit en dwaling die *verborgen* bleef. Het resultaat van de hier voorgestelde herschikking zou zijn dat de koper over drie onderling exclusieve vorderingsmogelijkheden beschikt, wanneer hij, na de goederen te hebben aanvaard, naderhand toch moet vaststellen dat ze niet beantwoorden aan de kwaliteit die hij verwachtte. Is het goed intrinsiek gebrekkig, waardoor het niet kan dienen voor het normaal gebruik, dan vordert hij op grond van verborgen gebreken. De leveringsplicht betreft de situaties waarin dat niet het geval is, maar het goed desondanks niet beantwoordt aan wat de partijen onderling overeenkwamen. Als de oorzaak daarvan echter al bestond ten tijde van de contractsluiting en dus ligt in de vergissing van de koper (en de verkoper), is dwaling theoretisch gezien de aangewezen vordering. Deze zienswijze gaat sterk in de richting van de analyse die RIPERT en PLANIOL reeds maakten. De dwaling zou in hun visie de subjectieve kant van de zaak betreffen, terwijl de vrijwaring voor verborgen gebreken het economische aspect als uitgangspunt neemt en dus beperkt blijft tot materieel disfunctioneren.<sup>126</sup>

## B. Terug naar af

**24.** De belangrijkste bedenking spaarden we evenwel op om als afsluiter te dienen. Men moet zich immers afvragen of het werkelijk zo verschillend is een *aliud* dan wel een *peius* te leveren.<sup>127</sup> In beide gevallen blijft de koper immers achter met een zaak die niet aan zijn verwachtingen beantwoordt. Het ware dan ook zinvol bij uitstek de beide vorderingen uit het kooprecht door tussenkomst van de wetgever te herleiden tot één enkele, om zo voorgoed komaf te maken met een aanzienlijk deel van de kwalificatiepolemie. De nood aan rechtszekerheid ervaart men het sterkst in middens die het vaakst met de levering van gebrekkige producten worden geconfronteerd, gelet op hun intensieve koopgedrag of hun zwakke positie in de geglobaliseerde economie. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de wetgever de tijd precies in dergelijke context het snelst rijp achtte voor een overstap naar het monisme. Op 11 april 1980 werd binnen de koepel van de Verenigde Naties een Verdrag gesloten inzake Internationale Koopovereenkomsten betreffende Roerende Zaken (CISG). Dat

<sup>125</sup> L. SIMONT, "La notion fonctionnelle du vice caché", *I.c.*, 336 et seq.; P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente", *I.c.*, 24-25; M. E. STORME, "Verborgen kwaliteiten en zichtbaar gebrekkige wetgeving", *I.c.*, 21.

<sup>126</sup> M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, X, Parijs, L.G.D.J., 1932, 128-129. Zie ook in dezelfde zin: R. VANDEPUTTE, *Overeenkomsten (deel 2)*, o.c., 100-101.

<sup>127</sup> A. VAN OEVELEN, "Nuttige lessen te halen uit het Weens Koopverdrag voor de verbetering van het eigen algemene overeenkomstenrecht en het kooprecht", *I.c.*, 513-514; M. E. STORME, "Verborgen kwaliteiten en zichtbaar gebrekkige wetgeving", *I.c.*, 22; J.-L. FAGNART, "La responsabilité du fait des produits", *I.c.*, 213; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 1994, o.c., 385.



voorzag, ten behoeve van de rechtszekerheid en de vlotheid van de internationale handel op het niveau van de uitvoering van de overeenkomst slechts in een unieke verplichting tot conforme levering. De conformiteitsplicht moest voor de koper een identiek verhaal betekenen, ongeacht de verkoper naliet te leveren, een ander goed, dan wel een gebrekkig goed leverde. Op die manier overkoepelde het unieke conformiteitsbegrip zowel de leveringsplicht als de gebreksgarantie die het Belgische duale kooprecht op dat moment kenmerkte. Bij wet van 4 september 1996 ratificeerde België het Weens Koopverdrag, waarna het op 1 november 1997 in werking trad.<sup>128</sup> Het Weense monistische stelsel voor het grensoverschrijdend handelsverkeer werkte inspirerend. De Europese Unie achtte het ook voor de bescherming van de consument raadzaam de diverse nationale kooprechten te vereenvoudigen naar het voorbeeld van het monisme van het Weense koopverdrag.<sup>129</sup> Hoewel de Richtlijn 199/44/EG door de lidstaten moest zijn omgezet op 1 januari 2002, tegen de tijd dat de Europese consument in Euro zou betalen, inspireerde die gedachte de Belgische wetgever aanvankelijk niet bepaald tot grootse actie. Het Ministerie van Justitie, net als het leeuwendeel van de doctrine, bleef tot eind 2001 nagenoeg geheel blind voor het onafwendbare. Uiteindelijk zou de omzetting pas op 1 september 2004 het levenslicht zien, om op 1 januari 2005 in werking te treden.<sup>130</sup> Daarmee veralgemeende de monistische benadering uit het Weens Koopverdrag zich. De overstap naar de Euro leek de Belgische wetgever echter al spectaculair genoeg, wat de geesten blijkbaar tot voorzichtigheid aanmaande. Het juridische veld had immers gehoopt dat de omzetting van de richtlijn de parlementariërs zou inspireren om ook in het gemene kooprecht de verwarrende dualiteit achter zich te laten door over geheel de lijn voor een overkoepelende conformiteitsplicht te kiezen. Tevergeefs, zo bleek, want toen op 1 januari 2005 het consumentenkooprecht echt van start ging, nam dat louter de vorm aan van een toevoeging in de Titel Koop van het Burgerlijk Wetboek van enkele artikelen met betrekking tot consumenten.<sup>131</sup> Als resultaat zit de rechtsgemeenschap in België opgescheept met een waar lappendeken van koopregimes.<sup>132</sup> Zo bestaan er naast het gemeenrechtelijk regime thans uitzonderingsregimes voor de internationale handelskoop en de consumentenkopen. Die laatste vorm werd eerder al aanzienlijk beïnvloed door bijzondere wetgeving als de WHPC<sup>133</sup> en de Wet Consumentenkrediet<sup>134</sup>. Bovendien

<sup>128</sup> Meer over de introductie van het monisme in België: H. VAN HOUTTE, J. ERAUW en P. WAUTELET (eds.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 377 p.; M. FALLON en D. PHILIPPE, "La convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises", *J.T.* 1998, (17) 17-37.

<sup>129</sup> Meer daarover, zie onder meer: 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) 56; C. CAUFFMAN, "De nieuwe wet op de consumentenkoop", *I.c.*, 803; J. STUYCK, "Historiek en toepassingsgebied van de richtlijn consumentenkoop en van de omzettingwet", in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (1) 1 en 4; S. STIJNS, "Nieuw kooprecht in oud B.W.? Sophie's choice", *I.c.*, 399.

<sup>130</sup> Wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen, *B.S.* 21 september 2004.

<sup>131</sup> C. CAUFFMAN en A. VERBEKE, "Een jaar wet consumentenkoop", in A. VERBEKE en B. TILLEMEN (eds.), *Themis - Bijzondere Overeenkomsten 2005-2006*, Brugge, Die Keure, 2005, (27) 27; L. PEETERS, "Wet betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen", *DCCR* 2004, afl. 64, (85) 85.

<sup>132</sup> Voor kritiek op het gebrek aan moed van de wetgever bij de omzetting van de richtlijn, zie: C. CAUFFMAN, "De nieuwe wet op de consumentenkoop", *I.c.*, 791; L. PEETERS, "De nieuwe wetgeving voor consumentenkoop...(eindelijk) in het B.W.", *R.W.* 2004-05, (441) 442-443; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "(Re-)codification du droit des contrats? - Illustrations à l'aide du droit de la vente, de l'entreprise et des contrats innomés", in H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMEN e.a. (eds.), *Droit des contrats - France, Belgique*, I, Brussel/Parijs, Die Keure/ L.G.D.J., 2005, (21) 36; S. STIJNS, "De nieuwe regels voor de verkoop aan de consument: de 'wettelijke garantie' bij niet-conformiteit", in J. HERBOTS en A. VERBEKE (eds.), *Themis - Bijzondere Overeenkomsten 2002-2003*, Brugge, Die Keure, 2002, (9) 19; C. BIQUET-MATHIEU, "La garantie des biens de consommation", *I.c.*, 57; C. CAUFFMAN en A. VERBEKE, "Een jaar wet consumentenkoop", *I.c.*, 27; P.-J. VAN DE WALLE en T. POLET, "De consumentenkoopwet: een nieuwjaarsgeschenk voor de consument?", *C.J.* 2005, (1) 2-3.

<sup>133</sup> Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *B.S.*

bestond er al een afzonderlijke regeling voor productenaansprakelijkheid op grond van de wet van 25 februari 1991.<sup>135</sup> Tot slot zijn bepaalde typische verkoopsvormen zoals gerechtelijke verkopen en openbare verkopen voor bepaalde aspecten aan bijzondere regels onderworpen. Hoewel het onderscheid tussen de leveringsplicht en de gebreksgarantie voor bepaalde verkoopsregimes is weggefallen, is het kooprecht in België er op die manier zo mogelijk nog ingewikkelder op geworden, gelet op de versnippering ervan tussen talloze stelsels en uitzonderingsregimes. Door de onhandige, partiële invoering van monistische uitzonderingssystemen bleef het vraagstuk van de afbakening van het toepassingsgebied van de klassieke vorderingen in het gemeen recht bovendien onverminderd voortbestaan...

*En toen zijn aankoop hem niet het genot bracht waarop hij had gerekend, voelde de koper zich bekocht. Verstrikt in het juridisch kluwen van dwaling en vrijwaring, van levering en conformiteit, van gemeen en bijzonder, van monisme en dualisme vond hij zelfs in het recht geen gepast verhaal. Meewarig bleef hij achter met wat hij eigenlijk niet wilde; kloeg over de kat in de zak, vloekte en zuchtte, en voelde zich meer dan ooit bekocht...*

---

29 augustus 1991.

<sup>134</sup> Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, B.S. 9 juli 1991.

<sup>135</sup> Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, B.S. 22 maart 1991.