

Inleiding

De Franse Code civil, (CC., ook van toepassing in België) bepaalt in art. 1647:

1. Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix, et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents.
2. Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur.

Onze aandacht gaat hier naar dit tweede lid, dat in het Nederlands Burgerlijk Wetboek (BW) art. 1546,2 als volgt luidt: "Doch het verlies, door toeval veroorzaakt, is voor rekening van de koper".

De rechtsregel maakt deel uit van de wettelijke regeling van de vrijwaringsplicht van de verkoper voor verborgen gebreken in de koopzaak. Het eerste lid van art. 1647 CC. (= 1546 BW.) geeft de algemene regel weer: wanneer de verkochte zaak teloor gaat als gevolg van een verborgen gebrek is de verkoper daarvoor aansprakelijk. Het tweede lid geeft vervolgens de oplossing voor het volgende geval: een verkochte zaak, welke een gebrek (of gebreken) had, gaat teloor, evenwel niet als gevolg van dat gebrek (of die gebreken) maar door een toevallige omstandigheid.

De rechtsregel specificeert niet of de verkochte zaak reeds was geleverd of niet; de hypothese is derhalve een dubbele:

(a) een verkochte zaak behept met een verborgen gebrek, gaat door toeval teloor tussen het moment van de contractsluiting en dat van de aflevering;

(b) een verkochte zaak, behept met een verborgen gebrek, gaat door toeval teloor na levering aan de koper.

In beide gevallen, aldus de rechtsregel, is het verlies voor rekening van de koper. Hij draagt het risico van een dergelijk gevaar. Hem treft het economisch nadeel van het verlies door toeval. Concreet betekent dit dat de koper gehouden blijft tot betaling van de koopprijs ook al kan de zaak hem niet meer worden geleverd, ook al verliest hij de reeds geleverde zaak; een reeds betaalde koopprijs zal hij niet kunnen terugvorderen.¹ Deze "Franse (en Nederlandse) oplossing" was

1 "Men draagt het risico van een zaak, indien men vermogensschade lijdt wanneer die zaak tenietgaat of beschadigd wordt", aldus Bakkers, *Rechtgewoonten betreffende de handelskoop* (1961) blz. 38.

reeds aanwezig in het Pruisische Allgemeines Landrecht van 1794; we vinden ze ook terug in de Codice Civile Italiano (art. 1492) en het Griekse wetboek (art. 549).

Het verborgen gebrek, dat overigens niet bijdroeg tot het verlies van de zaak, is voor genoemde wetgevingen geen reden om in dit specifiek risico-geval, af te wijken van hun algemene risicoregeling, gebaseerd op het gerecipieerde romeinsrechtelijke principe: *periculum est emptoris* (het gevaar, het risico, is voor de koper).² De risico-overgang van verkoper naar koper situeerde zich in het Romeins recht derhalve op het ogenblik van de koopafpraak, ongeacht de levering, ongeacht de eigendoms-overdracht. De onvoorwaardelijke aanvaarding van dat principe is moeilijk gebleken in de rechtsgeschiedenis. Zo hebben de opstellers van de CC, om dat uitgangspunt te kunnen aanvaarden, aan de koopafpraak, aan een derhalve in wezen louter verbintenisscheppende overeenkomst, tegelijkertijd een translatief, d.w.z. eigendomsoverdragend karakter meegegeven, art. 1583:

Hij (= de koop) is tussen partijen voltrokken, en de koper verkrijgt van rechtswege de eigendom ten aanzien van de verkoper, zodra er overeenkomst is omtrent de zaak en de prijs, hoewel de zaak nog niet geleverd en de prijs nog niet betaald is.³

"Het risico is voor de koper" wordt er derhalve *periculum est domini*: het risico is voor de eigenaar; risico- en eigendomsoverdracht vallen er samen. Het Nederlandse BW weerstond aan die nodeloze verwarring: het behield het oorspronkelijk romeinsrechtelijk *periculum est emptoris* (art. 1496) zonder toegift op de eigendoms-overdracht, die er verbonden blijft met de levering terwijl de koopafpraak haar louter obligatoir karakter behoudt (art. 1494-1495).⁴ De overbodige, en rechts-

- 2 Inst. 3,23,3: Cum autem emptio et venditio contracta sit ... periculum rei statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.
- 3 Het artikel dient gelezen in samenhang met art. 711: "Eigendom van goederen wordt verkregen en gaat over door erfopvolging, door schenking onder de levenden of bij testament, en uit kracht van verbintenissen" en art. 938 met toepassing op de schenking. Over het eigendomsoverdragend karakter van de koop in Frankrijk en België, laatst: P. Bloch, "L'obligation de transférer la propriété dans la vente", *Revue trimestrielle de droit civil*, jg. 87 (1988), 673-703 met bibliografie o.a. in no 12.
- 4 Omtrent de invloed terzake van de natuurrechtelijke school, zie o.m. H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge* t.VI, no 91 en J.J.A. Lucas, "Immanuel Kant en de Zakelijke Overeenkomst", in: *WPNR* 4769 (jg. 1963) 245-246. Contra nochtans Pothier, *Traité du contrat de vente*, no 1, *Oeuvres de Pothier* (ed. Dupin), t.II (Paris 1823): "L'obligation ne transfère jamais la propriété: elle produit sans doute une action pour obtenir la chose, mais elle est impuissante pour déplacer, de plein droit, le domaine de cette chose". Voor Troplong, *Droit civil expliqué, de la Vente, préface*, (Bruxelles 1844) is het eigendomsoverdragend karakter van het koopcontract zelf, de grote vernieuwing: "c'est la substitution du droit à l'empire du fait; c'est le renversement d'une des bases fondamentales du travail de Pothier qui n'a offert sur ce point à ses lecteurs que des théories inapplicables et sans valeur".

theoretisch aanvechtbare koppeling van risico- en eigendomsoverdracht verandert overigens niets wezenlijks aan het risico voor de koper in deze "Franse" oplossing.

Daartegenover staat de "Duitse" oplossing, in het Bürgerliches Gesetzbuch van 1896. Uitgangspunt voor de risico-verdeling bij de koop is hier niet het tijdstip van het sluiten van de koop (cfr. Nederlands BW), noch dat van de eigendomsoverdracht (cfr. CC), maar het moment van de aflevering van de zaak: diegene draagt het risico van een zaak die ze onder zijn hoede heeft.⁵ Op grond van die risico-verdeling is het Duitse antwoord voor ons geval (a): het risico is voor de verkoper; en verwacht men er voor het geval (b) als antwoord: het risico voor de reeds geleverde zaak is voor de koper. Dit laatste is echter niet zo. Tegen de verwachting in, heet het in § 350 BGB: "Der Rücktritt wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist". Die regel dekt ons geval (b), de enige die we verder onder ogen zullen nemen: een verkochte en geleverde zaak met een verborgen gebrek is bij de koper teloorgegaan niet als gevolg van het gebrek maar door toeval. Nu zegt de Duitse regel dat de koper bij dat toevalsverlies dezelfde mogelijkheid tot ontbinding van het contract behoudt, die hij heeft bij verlies van de zaak ten gevolge van het gebrek. Ook al kan de koper de hem geleverde, gebrekkige koopzaak, teloorgegaan niet door het gebrek maar door toeval, niet meer restitueren, toch zal hij de betaalde koopprijs kunnen terugvorderen. Met andere woorden: in het BGB draagt de verkoper het verlies door toeval. De gebrekkige, ondeugdelijke levering, ook al had ze geen causaal verband met het toevalsverlies, was voor de Duitse wetgever een voldoende reden om af te wijken van zijn algemene risico-regeling, gebaseerd op het hoederecht.

De "Duitse" oplossing werd reeds voorgestaan door de negentiende-eeuwse Pandectisten, en is insgelijks terug te vinden in het Zwitserse Obligationenrecht art. 207.⁶

Ziedaar enkele nationale, legislatieve oplossingen als antwoord voor ons geval (b). Die twee tegengestelde oplossingen zijn strak, eenzijdig en radicaal. Van meet af aan hadden zij hun voor- en tegenstanders in de rechtsleer, en dat is begrijpelijk: het blijft moeilijk aanvaardbaar één van de partijen, welke dan ook, geheel op te zadelen met toevalsverlies, waarbij dan nog een niet-causale gebrekkige levering

5 Zie § 446 BGB: "Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlimmerung auf den Käufer über".

6 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 2, bearb. Th. Kipp (1906 herdr. Aalen 1963) § 394.2 (blz. 691); Motive II, blzz. 231, 280.

wordt betrokken. Zoals overigens de hele risicoproblematiek,⁷ is ook dit specifiek risicogeval een van oudsher betwist vraagstuk en dat is onvermijdelijk. Risico leidt steeds tot een uitzondering op de algemeen aanvaarde synallagma, de onderlinge afhankelijkheid van verbintenissen uit een wederkerig contract. Die verbintenissen zijn elkaars oorzaak. Zij zijn als het ware de schakels van een tweedelige ketting: het wegvallen van de ene verbintenis zou normaliter ook de andere moeten doen verdwijnen. Bij risico gebeurt dat evenwel niet: draagt de koper het toevalsverlies dan, blijft hij gehouden tot betaling van de koopprijs ondanks het verlies van de zaak; legt men dat verlies ten laste van de verkoper, dan verliest hij de koopprijs, nog afgezien van een door hem eventueel nog verschuldigde schadevergoeding.

Recent nog werden internationale wetgevers, bij hun pogingen tot legifiëring van het koopcontract, geconfronteerd met die problematiek; zij reiken "nieuwe" oplossingen aan.

De opzet van deze bijdrage, die een louter dogmatisch-theoretisch karakter heeft, is een rechtshistorische vergelijking van deze nieuwe oplossingen met de oudere betwiste regelingen. Daaruit zal blijken dat de oude romeinsrechtelijke oplossing voor ons geval althans theoretisch nieuw leven werd gegeven, een vaststelling die tot dusver nog ontbrak in de nochtans zeer overvloedige risico-literatuur. Meer algemeen zal eens te meer duidelijk worden dat de rechtsvinder het altijd moeilijk heeft in zijn confrontatie met vragen naar de meest billijke verdeling van nadelen die buiten de macht van betrokkenen ontstaan.

Achtereenvolgend zullen in het onderstaande ter sprake komen:

1. De romeinsrechtelijke regeling terzake van de verborgen gebreken, met daarin de oplossing voor het hierboven gestelde geval b.
2. De negentiende-eeuwse code-oplossingen: de "Franse" en de "Duitse".
3. De oplossingen in recente internationale wetgevende initiatieven. Daarmee bedoelen we, en in die chronologische volgorde:
 - (a) Eenvormige Wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (Het Verdrag van 's Gravenhage van 1 juli 1964, Loi uniforme de la vente internationale = LUVI, intussen geratificeerd o.a.

7 Recente literatuur over die problematiek: W. Snijders, "Risico-overgang bij Koop" in: Dorhout Mees-bundel *Verzekeringen van Vriendschap*, (Deventer 1974) blz. 315-327, S.W. van Opstal, "Het risico bij koop en de ondeugdelijkheid van het afgeleverde", eod. blz. 299-331; G.A. Schut, *Bijzondere Overeenkomsten* (Zwolle 1981) blz. 274-280 met vgl. van BW, NBW en LUVI, en opgave van oudere literatuur.

- door België en Nederland);⁸
- (b) de ontwerp Benelux-Overeenkomst inzake koop en ruil, gunstig geadviseerd op 5 februari 1972 door de Raadgevende Interparlementaire Benelux-raad,⁹ maar nog niet geratificeerd, en het Ontwerp Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Titel 1 afd. 2: Verplichtingen van de Verkoper, waarvan de invoering over enkele jaren gepland is;¹⁰ en tenslotte
 - (c) de United Nations Convention on contracts for the international sale of goods" (het VN-Verdrag van Wenen van 11 april 1980), dat alsnog niet werd geratificeerd door België en Nederland.¹¹

1 De romeinsrechtelijke regeling

De later gerecipieerde Justiniaanse regeling terzake van de verborgen gebreken in de koopzaak was de resultante van een eeuwenlange ontwikkeling waarbij elementen, afkomstig uit drie rechtsmassa's (*ius civile*, *ius honorarium*, en keizerlijke wetgeving) tot een wel vrij onsamenhangend geheel waren vervlochten.¹²

Het klassieke Romeinse recht had een onderscheid gemaakt tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken door de verkoper in het algemeen en die door de verkoper van slaven en trekdieren (verder beperkt tot de slavenverkoper) in het bijzonder. De aansprakelijkheid van deze laatste, *venaliciarius*, werd geregeld in het edict van de *aediles curules*, de magistraten belast met de rechtsbedeling van marktaankopen. Een eerste karakteristiek van hun regeling was de geobjectiveerde aansprakelijkheid: de slavenverkoper was aansprakelijk zelfs zo hij te goeder trouw was, dus al kende hij de gebreken niet. De *ratio legis* voor de strenge behandeling

8 De Nederlandse ratificatie gebeurde bij wet van 15 december 1971, Stb. 1971, 780; de Belgische bij wet van 15 juli 1970, B.S. 14 januari 1971, 387 en 415 (in voege getreden op 18 aug.). De Memorie van Toelichting vindt men in *Kamer van Volksvertegenwoordigers, Parlementaire Bescheiden*, zitting 1968-'69, no 166-1; zie ook het verslag van de Senaatscommissie van buitenlandse zaken in Senaat, *Parlementaire Bescheiden*, zitting 1969-'70, n°248.

9 Benelux Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad, Doc. 113, 32 artn. *Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting van de Benelux-Overeenkomst inzake Koop en Ruil*, 42 p.

10 E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek*, 2 dln : Tekst + Toelichting door F.J. de Jong ('s Gravenhage 1972).

11 Tekst en bondig commentaar bij A.S. Hartkamp, *Het Weense Koopverdrag. Beschouwing over het VN-verdrag inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken*.

12 De romeinsrechtelijke regeling komt uitvoeriger aan bod bij G. Macours, "De Romeinse mango en de aansprakelijkheid van de moderne verkoper voor verborgen gebreken in de koopzaak", *T.P.R.* 1989, 151-187, zie ook de aldaar geciteerde bibliografie.

was het diep ingeworteld wantrouwen jegens deze verkoper omwille van zijn bedrieglijke praktijken. De aansprakelijkheid van de gewone verkoper daarentegen was hoofdzakelijk gebaseerd op de *bona fides*. Hij kon slechts aangesproken worden tot schadevergoeding in geval van bedrog (verzwijgen van verborgen gebreken, bedrieglijke toezeggingen omtrent de aanwezigheid van bepaalde eigenschappen, of omtrent de afwezigheid van bepaalde gebreken). Hier gold dus een subjectieve aansprakelijkheid. Uiteraard was de slavenverkoper insgelijks aansprakelijk in geval van enig bedrog. Maar er was meer: hij was voor elke te koop aangeboden slaaf verplicht tot openlijke bekendmaking aan de kandidaat-koper van alle fysische en van bepaalde morele gebreken, als ook van enkele andere kenmerken. Zelfs zonder een uitdrukkelijke garantieverklaring daaromtrent, kon de koper ageren indien hij in de verkochte en geleverde zaak een niet gemeld gebrek ontdekte, zelfs zo dit gebrek de verkoper onbekend was.

Karakteristiek en nieuw waren ook de door de aedilen ter beschikking gestelde rechtsvorderingen, namelijk *actio redhibitoria* tot ontbinding van de koop, en *actio quanti minoris* met de evenredige vermindering van de koopprijs, zo de koper, ondanks het gebrek, de slaaf toch wenste te behouden. De *actio redhibitoria* was in het Romeins recht een unieke rechtsfiguur. Ze was er de enige mogelijkheid om bij een contractuele wanprestatie te komen tot ontbinding van een wederkerig contract, ook al was er geen uitdrukkelijke ontbindingsclausule. Zonder een dergelijk conventioneel beding, leidde contractuele wanprestatie in het Romeinse recht normaliter, via de in elke procesformule aanwezige geldelijke veroordelingsclausule (*condemnatio pecuniaria*) tot een equivalente, plaatsvervangende schadevergoeding. De *actio redhibitoria* echter had als doelstelling de ontbinding van de koop met *restitutio in integrum*, herstel in de vroegere toestand. Die ontbinding onderstelt derhalve de teruggave van de gebrekkige, verkochte zaak tegen terugbetaling van de koopprijs. Maar wat, indien de teruggave van die zaak onmogelijk is geworden?

In de Digestentitel 21,1 "*De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*" vinden we, in Justiniaanse versie, een aantal omstandigheden waarin die teruggave inderdaad onmogelijk is geworden.

- a. De verkochte en geleverde zaak was behept met een verborgen en verzwegen gebrek en is daaraan gestorven.
- b. De verkochte en geleverde slaaf was nog belast met een noxale aansprakelijkheid (*servus noxa non solutus*), wat insgelijks gold als een verborgen gebrek. De koper heeft vervolgens de slaaf moeten afstaan bij wijze van schadevergoeding (*noxae deditio*).

- c. De verkochte en geleverde zaak had als verborgen en verzwegen gebrek, de neiging tot vluchten (*servus fugitivus*), en hij is inderdaad bij de koper weggevlucht.

In deze drie gevallen behield de koper telkens de ontbindingsmogelijkheid;¹³ hij kon de *actio redhibitoria* instellen, ook al kon hij de slaaf niet restitueren. De oplossing is logisch en slechts een toepassing van de verschuldigde garantie. De verkoper verkocht een slaaf behept met een verborgen gebrek. Na levering heeft het gebrek zich gemanifesteerd: de realisatie van het gebrek verhindert de teruggave. De verkoper is daarvoor aansprakelijk; het verlies is voor zijn rekening. Hij zal de koopprijs moeten teruggeven zonder dat de zaak hem wordt gerestitueerd. Die oplossing is telkens gebaseerd op het oorzakelijk verband tussen het gebrek en het verlies. Maar er zijn ook gevallen waar die band niet zo eenduidig is, of zelfs ontbreekt.

- d. De verkochte en geleverde slaaf was behept met een verborgen gebrek, namelijk een later ontdekte ziekte. Die slaaf is nu gestorven aan die ziekte mede bij gebrek aan goede verzorging vanwege de koper.
- e. Er is nog het hier specifiek behandeld geval waar het oorzakelijk verband tussen het gebrek en het verlies helemaal niet bestaat. De verkochte en geleverde slaaf was inderdaad wel met een verborgen gebrek behept en is gestorven, maar niet ten gevolge van dat gebrek maar door toeval.

Deze casuïstische gevallen werden door de naklassieke en Justiniaanse trend tot systematisering in een eenvoudig schema geperst. Het leidende criterium werd daarbij: had de koper enige causale bijdrage tot het verlies van de slaaf, die de teruggave ervan onmogelijk maakte? Was dat niet het geval, dan gold de fictie: *mortuus redhibetur* ("de dode (slaaf) wordt teruggegeven"). Met andere woorden: de koper kon de slaaf behept met een verborgen gebrek niet meer teruggeven want de slaaf was buiten zijn schuld gestorven (de gevallen a,b,c en e). Hij werd dan geacht de slaaf te hebben teruggegeven en behield aldus zijn ontbindingsmogelijkheid. Had hij wel enige schuld aan de onmogelijkheid tot restitutie van de gebrekkige slaaf (geval d: geen goede verzorging), dan gold een andere fictie: *mortuus pro vivo habetur* ("de dode moet voor levend worden gehouden").¹⁴ Dit alles paste in de

13 D.21,1,47,1 (Paul.): Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent; D.21,1,48 (Pomp.): si tamen sine culpa actoris familiae vel procuratoris mortuus est.

14 D.21,1,31,11 (Ulp.): Si mancipium quod redhiberi oportet mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emptoris vel familiae eius vel procuratoris homo demortuus sit: nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus est, et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret.

doelstelling van de *actio redhibitoria*, die een *restitutio in integrum* beoogde. Binnen die doelstelling had de koper de teruggaveverplichting. Zo die teruggave onmogelijk was en hij daarvoor geen enkele schuld had, kon hij niet de zaak, maar enkel de vruchten en aanwassen teruggeven: daartegenover kreeg hij de koopprijs terug, vermeerderd met interesten.

In het geval d echter had hijzelf zijn teruggaveverplichting mede onmogelijk gemaakt. Nochtans bleef voor hem de *actio redhibitoria* beschikbaar. Daartoe werd zijn oorspronkelijke teruggaveverplichting in natura nu omgezet in een equivalente geldelijke verplichting (= waarde van de gebrekkige slaaf), dankzij de fictie van de vereeuwiging van de verbintenis: *factum debitoris perpetuat obligationem* ("de daad van de schuldenaar vereeuwigd de verbintenis"). Op deze algemene fictie werd een bijzondere geënt, namelijk de reeds geciteerde: *mortuus pro vivo habetur*, wat dan leidde tot schadevergoedingsplicht vanwege de koper. Mits vervulling van die plicht, te verrekenen door de rechter, behield de koper zijn recht tot ontbinding. Het gebruik van de zaak door de koper verwerkte zijn beroep op het oorspronkelijk gebrek niet.

De instelling van de *actio redhibitoria* tot ontbinding met *restitutio in integrum* leidde aldus tot een verrekeningsoperatie die de uiteindelijke afwikkeling van zo een geschil niet zal hebben vergemakkelijkt, afgezien dan nog van eventuele moeilijkheden voor de bewijsvoering van het gebrek in de zaak, en niet in het minst van de anterioriteit van het gebrek, d.w.z. het bestaan ervan op het ogenblik van de koop. Maar met dergelijke verrekeningsoperaties beoogde men alvast billijke oplossingen, waarbij getracht werd een eenzijdige ongerechtvaardigde verrijking te beletten. We zullen straks zien dat de negentiende-eeuwse nationale wetgevers door hun eenzijdige regelingen die billijkheid niet beoogden maar kozen voor gemakkelijksoplossingen.

Daarentegen gaan de recente internationale wetgevers, in hun streven om een evenwichtige verhouding tot stand te brengen tussen de rechten van de koper en die van de verkoper, opnieuw dergelijke verrekeningsoperaties voorschrijven.

Ondertussen kan uit de Justiniaanse regeling voor ons geval: "de verkochte en geleverde, gebrekkige zaak gaat teloor door toeval", een antwoord afgeleid worden ten gunste van de koper. Ook al kon hij de slaaf niet meer restitueren, toch behield hij zijn mogelijkheid tot ontbinding van het contract, waarbij hij derhalve, tegen teruggave van de vruchten en aanwassen, terugbetaling van de koopprijs kon vorderen.

Tot dusver had ons geval, en het antwoord daarop, slechts betrekking op slaven (en trekdieren). Justinianus nu verklaarde de hele aedilische regeling toepasselijk op de koop van alle zaken. Het juridisch nageslacht heeft naast de *actio empti*, met haar

subjectieve aansprakelijkheid, beide aedielenacties gerecipieerd met hun geobjectiveerde aansprakelijkheid. Veelal met behoud van hun oorspronkelijke naam (*actio redhibitoria* = redhibitoire vordering; *actio quanti minoris* = estimatoire vordering) kwamen zij terecht in een aantal Westerse nationale wetgevingen. Zij maken er de vrijwaring voor verborgen gebreken tot een aparte wettelijke contractuele verplichting met een eigen sanctionering, die derogeert aan de gemeenrechtelijke regeling en sanctionering van de leveringsplicht. Ons geval is nu denkbaar bij elk koopcontract.

Schenken we nu aandacht aan het antwoord van de nationale wetgevers voor ons geval.

2 De negentiende-eeuwse code-oplossingen

a De "Franse" oplossing

De CC. van 1804 legt de verkoper een dubbele verbintenis op: levering en vrijwaring. Enerzijds moet de verkoper de koopzaak leveren, d.i. de feitelijke overdracht van de verkochte zaak in de macht en in het bezit van de koper. Anderzijds moet hij de verkoper het rustig bezit waarborgen (= garantie voor uitwinning, de juridische garantie) alsook het nuttig gebruik (= garantie voor verborgen gebreken, de feitelijke garantie).

Terwijl de garantie voor zichtbare gebreken deel uitmaakt van de leveringsplicht en valt onder de gemeenrechtelijke regeling van de contractuele aansprakelijkheid, geldt voor de verborgen gebreken de uit het Romeins recht afgeleide derogatoire regeling. Eén element uit die Romeinse regeling werd door de opstellers van de C.C. echter niet overgenomen. In tegenstelling tot de hierboven geschetste Justiniaanse oplossing voor onze hypothese, luidt art. 1647,2 nu inderdaad: "Maar het verlies door toeval veroorzaakt is voor rekening van de koper" (= art. 1546,2 Nederlands BW).

Louter theoretisch bekeken volgt die wijziging het translatief karakter van het koopcontract: *casum sentit dominus*¹⁵ en schijnt zonder enige discussie aangenomen.

15 Zie de strak legalistische verantwoording vanuit de koppeling van het risico aan de eigendom nog in de meest recente Franse monografie, die van J. Huet, *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés* (Paris 1987) blz. 306 (no 432), zie ook de blzz. 6-7 (no 4) en 304-309 (nos 426-442).

Locré vermeldt ze zelfs niet bij de bespreking van de wetsartikelen over de vrijwaring voor verborgen gebreken, waarvan hij zegt: "On se convaincra, par la seule lecture du projet qu'il ne fait que rappeler les maximes consacrées par la jurisprudence de tous les temps, et liées aux principes de l'éternelle équité".¹⁶ Die uitspraak is minstens zeer twijfelachtig.

De Franse en Belgische commentatoren hebben die afwijking wel aangeduid en gezocht naar de ratio legis ervan. Hun verklaringen en reacties vatten we als volgt samen:

Ook na een deugdelijke levering zou het toeval de zaak hebben doen verloren gaan. De opstellers van de CC. hebben gemeend dat het dan voor de koper onverschillig moet zijn of de zaak al dan niet een verborgen gebrek had, omdat de zaak ook zonder dat gebrek zou vergaan zijn. Nu de zaak niet verloren is gegaan door een dergelijk gebrek, heeft een vordering daarop gesteund geen belang meer.¹⁷

Die motivering, aldus een groot aantal commentatoren, is een nogal gemakkelijke en bouted redenering die voorbijgaat aan de essentie van de objectieve en wettelijke vrijwaringsplicht en aan de onomstootbare gedachte dat de koper, zo hij het gebrek had gekend, de zaak niet of slechts tegen een verminderde prijs zou hebben gekocht zodat hij ofwel geen dan toch veel minder schade zou hebben geleden. Daarom meende een van vier opstellers van de Code en een van zijn eerste commentatoren, Jacques de Maleville, een andere dan de letterlijke interpretatie aan het omstreden artikel te kunnen geven: "Peut-être ne faut-il pas donner à notre article le sens qu'il semble présenter d'abord, sans doute si la chose a péri par cas fortuit ou par la faute de l'acheteur, elle a péri pour lui; c'est-à-dire qu'il ne peut pas réclamer son prix réel, mais cela ne doit pas l'exclure de demander la restitution de la moins value que les vices cachés donnaient à la chose. Pothier dit que cette décision est conforme à l'équité".¹⁸ Die interpretatie werd echter nagenoeg unaniem

16 Locré, *Eléments du commentaire du code civil*, partie II 22, blz. 74-75; *Législation civile, commerciale et criminelle des codes français*, t.VII (Bruxelles) blz. 198-199; Ook V. Fenet, *Travaux préparatoires du code civil*, t.14 (Paris 1827): "Par rapport à la garantie en cas d'éviction, on retrouve dans le projet de loi les principes éternels consacrés par les lois romaines, et qui sont puisés dans l'équité éternelle. Quant à la garantie des défauts de la chose vendue, on y retrouve les mêmes idées de justice et de morale".

17 O.a. V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t.VI (Paris 1852) blz. 283 met ref. naar M. Troplong, *Le droit civil*, de la Vente (Bruxelles 1844) art. 1647, die de koper wel verhaal toelaat wanneer de zaak door zijn schuld is teloorgegaan wat door de andere auteurs wordt afgewezen - C. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t.17 (1835), no 326, blz. 299-300.

18 *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'état*, t.III (Paris 1807) blz. 397-398.

afgewezen, o.a. door Diephuis.¹⁹ Toch bleef ook bij de negentiende-eeuwse exegeten alvast de indruk bestaan dat art. 1647,2 C.C. een afwijking was van de ware principes van de billijkheid.²⁰ Door de levering van een gebrekkige zaak is de verkoper tekort geschoten in zijn contractuele verplichtingen. Daarvoor is hij aansprakelijk. Kan hij van die aansprakelijkheid ontlast worden door toeval? Het toeval kan toch geen geldig juridisch motief opleveren voor de verrijking van de verkoper op kosten van de koper. Tenslotte behoudt de verkoper, dankzij art. 1647,2 de gehele verkoopprijs van een minderwaardige zaak. En Laurent, nochtans de Belgische exegeet bij uitstek, riposteert: "Nous répondons qu'il est bon de prévenir les contestations, mais on ne doit pas le faire aux dépens d'un droit. Or, l'article 1647 dépouille l'acheteur d'un droit qu'il tient de son contrat; donc la disposition est injuste, et la justice va avant tout ... ou le juste doit dominer l'utile".²¹

Daarenboven werpen sommige kommentatoren op dat art. 1647,2 CC. niet in overeenstemming is met art. 1631 dat onder meer de gevolgen bepaalt van toeval bij de juridische garantie voor uitwinning: "Wanneer de verkochte zaak ten tijde van de uitwinning blijkt in waarde verminderd of aanmerkelijk beschadigd te zijn, hetzij door de nalatigheid van de koper, hetzij door overmacht, is de verkoper niettemin verplicht de gehele prijs terug te geven" (cfr. art. 1533 Nederlands BW). Zonder deze regeling zou de verkoper een verrijking zonder oorzaak boeken, wat men heeft willen vermijden. Dezelfde overweging had men moeten maken bij verlies door toeval van de gebrekkige zaak, aldus die commentatoren.²²

- 19 "Deze meening komt mij echter geheel onaannemelijk voor. Al kan het vergaan der zaak nu voordeelig zijn voor den verkoper, die anders wegens het gebrek tot vrijwaring verplicht zou zijn geweest, het is toch ook waar, dat, wanneer dat vergaan door toeval is veroorzaakt, en in het algemeen wanneer het gebrek daarvan de oorzaak niet is geweest, het voor den koper onverschillig is, of de zaak al dan niet een verborgen gebrek had, omdat zij, zoo dit niet bestond, toch eveneens zou zijn vergaan. En hierin ligt, dunkt mij, eene voldoende reden om, nu eenmaal de zaak verkocht en op den koper overgegaan is, onder zulke omstandigheden daarop niet terug te komen" (met ref. naar Opzoomer).
- 20 Zie o.a. Aubry-Rau, *Droit civil français, de la Vente*, (Paris 1952) § 355bis, (1e uitg. 8 dln 1838-1844) met een pleidooi voor de romeinsrechtelijke oplossing.
- 21 *Principes de droit civil*, t.24 (Bruxelles 1867) n° 306 (blz. 299-300). Hij verwierp het in zijn *Avant-projet*, t.V blz. 271, n°s 2 et 3. Zie ook *Pandectes Belges*, Bruxelles V° Garantie (contrat de vente) 598 (n° 687).
- 22 Aldus o.m. A. Kluyskens, *Beginnels van Burgerlijk Recht*, dl. 4, De Contracten (Antwerpen-Brussel-Gent-Leuven 1952) blz. 156 (n°130, 4°). Volledigheidshalve, nog enkele gemakkelijke Nederlandse reacties: P.W. Kamphuisen, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, dl. 3, *Verbintenissenrecht*, 3° stuk: *Bijzondere Overeenkomsten* (Zwolle 1960) blz. 105: "de bepaling staat nu eenmaal in de wet" en G.H.A. Schut, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere Overeenkomsten* (Zwolle 1981) blz. 176: "De billijkheid van deze bepaling behoeft niet ter sprake te komen nu zij eerdaags zal worden afgeschaft".

Een ander motief van de opstellers van de CC. was een overweging van praktische aard. Bij verlies door toeval is het bewijs van het gebrek, zeker van zijn anterioriteit, nog moeilijk te leveren. Betwistingen in verband met die bewijsproblematiek wilde men voorkomen. Samenvattend stelt De Page: "En principe, ce cas fortuit ne devrait pas libérer le vendeur (solution adopté en droit romain et en droit allemand). Cette solution s'explique par le fait que, lorsque la chose périt, la preuve du vice, et surtout de son antériorité à la vente, est fort difficile. On a voulu couper court aux contestations à cet égard".²³

Men kan het praktisch bezwaar van die bewijsproblematiek inderdaad niet ontkennen. Maar dergelijke problemen hebben alvast de Romeinse juristen noch de Duitse wetgever doen afzien van hun optie voor de romeinsrechtelijke oplossing. Overigens, de bewijslast is voor de koper; de Franse wetgever had tenminste die bewijsvoering kunnen toelaten liever dan ze uit te schakelen door een eenzijdige, onbillijke, radicale gemakkelijksoplossing. En al kan het bewijs van het bestaan van het gebrek op het ogenblik van de koop moeilijk zijn na het verlies van de zaak, onmogelijk wordt het daarom nog niet.

Dat laatste blijkt uit het arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 29 oktober 1863²⁴, dat een jurisprudentiële uitzondering creëerde op art. 1647,2. Aan dat arrest lagen volgende feiten ten grondslag.

De koper van een os dagvaardt zijn verkoper in ontbinding van het koopcontract op grond van een verborgen gebrek. De aangestelde expert vermoedt inderdaad de aanwezigheid van tering, maar vooraleer hij zijn expertise kan afsluiten sterft het dier door een omstandigheid die als overmacht wordt gekwalificeerd (hartaanval). De autopsie bevestigt vervolgens het vermoede gebrek van tering.

Door de eerste rechter wordt de eis afgewezen op een strikt legalistische basis: "art. 1647 dispose d'une manière absolue que la perte causée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur. Cette disposition est conçue en termes généraux et s'applique alors aussi bien au cas où l'action aurait été introduit avant la perte de l'animal, qu'au cas où elle n'avait pas encore été mis en mouvement. En vain on objecte que l'action constitue le vendeur en demeure puisqu'il n'en est pas moins vrai que l'acheteur reste propriétaire jusqu'au moment de l'annulation de la vente, et que, jusqu'alors l'art.1647 le soumet, comme propriétaire de la chose, à la perte

23 *Traité*, t.IV (Bruxelles 1978) blz. 218 (n° 187).

24 Pas. 1864, I, 134-139 (cas. van Marche 4 mei 1861).

arrivée par cas fortuit; que l'objection tend donc uniquement à faire le proces à la loi et que l'art. 1647 étant formel, il ne peut être question de discuter si sa disposition est oui ou non moins conforme aux règles de l'équité que la romaine".

Men bemerkt het strakke standpunt: nu de wet formeel en duidelijk is, moet "haar proces" niet worden gemaakt, en haar billijkheid niet getoetst aan het Romeinse recht.

Voor het Hof van Cassatie argumenteert de koper dat het toevallig verlies na de ontvankelijke en achteraf gegrond gebleken instelling van de vordering, de voordelen van deze aan de eiser niet kan ontnemen want: "L'action fixe les droits des parties; le jugement qui intervient n'est que déclaratif de ces droits, il ne les crée point; il rétroagit nécessairement au jour de l'exploit introductif" en daaraan koppelt hij volgend argument: "Dès le jour de l'assignation, le vendeur en matière rédhibitoire est en demeure de restituer le prix. La question de propriété est, dès ce jour en suspens, et l'application de l'art. 1647 CC., qui met le cas fortuit à la charge de l'acheteur, dépend par suite nécessairement du point de savoir si c'est à bon droit ou non que, dès le jour de l'assignation, le demandeur répudie la qualité d'acheteur et, partant, la qualité de propriétaire".

De procureur-generaal treedt eisers' argumentatie bij en verduidelijkt: "l'article 1647 est régi par ce principe du droit que la chose périt pour le propriétaire, et le propriétaire dans cette hypothèse, est le vendeur ou l'acheteur suivant l'éventualité du procès sorti de l'action". Belangrijk in die argumentatie, naast de retroactieve werking van het vonnis, is de koppeling van art. 1647,2 aan het adagium *res perit domino* en de overweging dat de in CC. samenvallende risico- en eigendoms-overdracht niet geacht worden te zijn gebeurd zo de vordering achteraf gegrond blijkt.

In zijn arrest herneemt het Hof die argumentatie. Bij de omschrijving van de rédhibitoire vordering grijpt het Hof daarenboven zelf terug naar romeinsrechtelijke teksten, wat zestig jaar na de formele afschaffing van het Romeins recht (art. 7 invoeringswet 21 maart 1804) toch eerder uitzonderlijk was geworden in de rechtspraak: "Que cette action a pour objet de faire résilier la vente, en d'autres termes, de faire déclarer que ladite vente est nulle et comme non avenue: *facta redhibitione omnia in integrum restituuntur*, perinde ac si neque emptio neque venditio intercesserit, loi 60 et loi 23 § 7 Digeste de aedilicio edicto; (...) que l'action n'est que subordonnée à une seule condition, à savoir, à la preuve que l'animal, objet de la vente, était infecté, lors de la vente, d'un des vices rédhibitoires (...) le fondement de l'action ne gît pas dans la perte de l'animal mais dans l'existence du vice rédhibitoire au moment même de la vente. Que, dès lors, si l'action est

reconnue fondée, l'acheteur ne peut être censé avoir acquis par la vente la propriété de l'animal, et l'art. 1647 qui, dans sa disposition finale, n'est que l'expression de la règle *res perit domino*, ne peut être invoquée contre le demandeur".

Het arrest creëerde aldus een uitzondering: indien de zaak teloor gaat na instelling van de achteraf gegrond gebleken vordering, is art. 1647,2 niet van toepassing. Hier en daar werd het arrest aanvankelijk wel bekritiseerd als strijdig met de formele wetsbepaling²⁵ maar vrij vlug werd de gecreëerde uitzondering, overigens bevestigd in latere rechtspraak,²⁶ algemeen aanvaard. Men vindt ze sedertdien terug in de grote handboeken en naslagwerken.²⁷ De Nederlandse Hoge Raad kwam tot dezelfde uitzondering.²⁸

b De "Duitse" oplossing

We zagen reeds dat de Duitse wetgever van 1896 voor ons geval terugkeerde naar de Justiniaanse oplossing. Is de gebrekkige zaak bij de koper door toeval teloor gegaan, dan toch kan deze de volledige koopprijs terugvorderen, al is hij niet meer tot teruggave van de zaak in staat.

De hier gehanteerde fictie *mortuus redhibetur* werd steeds fel aangevochten, vooral omdat zij strijdig is met het door diezelfde wetgever geponeerde hoofdprincipe bij de risico-verdeling, namelijk dat diegene het risico van een zaak draagt die ze onder zijn hoede heeft. Recente Duitse kritiek treft echter ook de "Franse" oplossing. Daarbij werd onder meer een romeinsrechtelijk geïnspireerde tussenoplossing aangeboden, die herinnert aan de hierboven reeds gemelde oude interpretatie van art. 1647,2 door J. de Maleville:

- Het verlies van de geleverde, gebrekkige zaak is alleen dan integraal voor de verkoper, zo het te wijten is aan het gebrek.

- Bij alle andere oorzaken van verlies, dus ook bij verlies door toeval, heeft de koper recht op een schadevergoeding, die het verschil is tussen de koopprijs en de

25 Pas. 1864, I, 134 vn.1 bij het arrest en *Pandectes Belges* (Bruxelles 1894) v° Garantie (contrat de vente) 599 (n°s 691-692) met ref. Tr. Courtrai 18 août 1881, Pas. 1882, II, 57.

26 Tr. C. Bruxelles 10 février 1928, J.C.B. 236.

27 F. Laurent, *o.c.*, t. XXIV, no 307; H. de Page, *o.c.*, t. IV, no 187 (nr. 3); R. Dekkers, *Handboek Burgerlijk Recht*, dl. II Brussel 1971 2, 479 (n°832); Planiol -Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.X, *Contrats civils* (Paris 1932) n°137 (verkeerde datum : 19 okt. i.p.v. 29 okt.); G. Baudry Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIX, no 439.

28 20 november 1924, N.J. 1925, 123 en 28 februari 1919, N.J. 1919, 353.

reële waarde van de gebrekkige zaak vóór het verlies.²⁹

Dat voorstel, dat het toevalsverlies voor rekening van de koper laat, heeft wel het voordeel dat de koper uiteindelijk slechts betaalt voor wat hij reël heeft ontvangen. Het is alvast een niet onbelangrijke mildering van de harde, eenzijdige, onbillijke "Franse" oplossing.

3 De oplossingen in recente internationale wetgevende initiatieven

Het hierboven geschetste verschil in oplossing voor ons geval is slechts een klein facet van de grote materiële diversiteit in de nationale wetgevingen terzake van het kooprecht. Onder de stuwing van de sterk groeiende internationale handelsrelaties, werden in de laatste decennia verschillende internationale legislatieve initiatieven genomen tot eenmaking van het kooprecht.

Onze aandacht voor dat internationaal kooprecht blijft hier beperkt tot de daarin vervatte bepalingen met betrekking tot het door ons vooropgestelde geval. Daarin zullen we terzake een interessante visie vinden, met genuanceerde oplossingen en een duidelijk verbeterde rechtspositie van de koper. In het onderzoek van die internationale legislatieve teksten volgen we hun filiatie. Onze aandacht gaat dan ook vooreerst naar de LUVI omdat, zoals men weet, het Benelux-ontwerp zoveel mogelijk die wet volgt. Op hun beurt zijn de artikelen over Koop en Ruil in het NBW in beginsel gebaseerd op de gemeenschappelijke Benelux-bepalingen. Vandaar ook onze volgorde: LUVI, Benelux-ontwerp en NBW en tenslotte het VN-verdrag van Wenen, waarvoor het Haagse verdrag, ondanks de kritiek erop, nog de basis vormde.³⁰

29 R. Lederer, *Mortuus Redhibetur. Die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht*, in: *Schriften zur Rechtsgeschichte*, Heft 28 (Berlin 1983) 87 p.

30 Uit de talrijke commentaren (cfr. de bijna 6 p. tellende bibliografische lijst, opgesteld door J.H. (= J. Honnold) *Bibliography: International Sale of Goods*, A. in ACJL (1979), 345-350) op de LUVI, verwijzen we hier enkel naar: F.J.A. van der Velden, *De eenvormige koopwetten van 1964* (Deventer 1979); H.-J. Mertens u. E. Rehbinden, *Internationales Kaufrecht: Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen* (Frankfurt am Main 1975); Ph. Kahn, *La Convention de La Haye du 1er juillet 1964 portant la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*, R.T.D.C. 1964, blz. 689-727; L. De Keyser, *De eenvormige wetten inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken en inzake de totstandkoming daarvan*, RW, jg. 35 (1971), blz. 449-458; H. Dölle e.a., *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht* (München 1976); G. Guda Oly, *Algemene beschouwingen over de Eenvormige wet op de internationale koop van goederen in historisch perspectief* (Deventer 1982) 212 p. De LUVI maakt integraal deel uit van de Nederlandse en Belgische rechtsstelsels; voor België, zie F. Rigaux-G. Van Hecke, *Examen de Jurisprudence. Droit international privé*, RCJB 1982, 462 (no 68) contra Hrb. Tongeren 9 juni 1977, J.C.B. 1978, 181. Over de toepassing in de Belgische rechtspraak, zie ook N. Watte, "De uniforme koopwet en het

a LUVI

Deze wet legt de verkoper twee essentiële verplichtingen op: de aflevering van de overeengekomen zaak en de eigendomsoverdracht.

Over die laatste verplichting kunnen we kort zijn. In de LUVI gaat het uitsluitend om het opleggen van die verplichting aan de verkoper; hoe die verplichting moet worden uitgevoerd, hoe en wanneer de koper eigenaar wordt blijft buiten beschouwing van de éénvormige wet. Haar opstellers hebben de zeer uiteenlopende gevolgen in verband met de eigendomsoverdracht die de nationale rechtstelsels hechten aan de koopovereenkomst, niet willen wegwerken (bijv.: obligatoir en translatief, CC artn. 1138, 1583 versus louter obligatoir, art. 1493 Nederlands BW). De andere, door de LUVI opgelegde verplichting, nl. de aflevering van de overeengekomen zaak, is wel omstandig geregeld. Die regeling wordt overigens vaak voorgesteld als de belangrijkste en meest originele bijdrage vanwege de LUVI aan de theorie van het koopcontract. En terecht want de eenvormige wet breekt haast compleet met de verouderde, complexe nationale regelingen.

De meeste westeuropese nationale wetgevingen bieden de koper, in geval de geleverde zaak niet beantwoordt aan de overeenkomst, verschillende rechtsmiddelen aan met telkens eigen sancties. Zo maken de CC en het BW onderscheid tussen de leveringsplicht en de plicht tot vrijwaring voor verborgen gebreken (en uitwinning). De koper kan dan beroep doen op de theorie van de dwaling, op die van zichtbare en verborgen gebreken (alsook op die van de uitwinning). Die complexe regeling, is, zoals we zagen, eenromeinsrechtelijke erfenis, werd door traditie behouden, en was en is een bestendige bron voor betwistingen, met een voor de koper niet ongevaarlijk keuzedilemma.

De LUVI heeft daaraan een eind willen stellen door de invoering van een eenvoudiger en rationeler systeem. De sleutel daartoe is het artikel 19: de aflevering van de zaak wordt er bepaald als "de afgifte van een zaak die beantwoordt aan de overeenkomst". Die ene bepaling dekt òf de levering òf de vrijwaring. De vrijwaringsplicht is derhalve niet langer meer een afzonderlijke verplichting, naast de levering zelf zoals in de meeste westeuropese nationale wetgevingen; in de LUVI wordt de vrijwaringsplicht nu in de afleveringsplicht begrepen. De vroegere tweespalt (levering versus vrijwaring) in verplichting en sanctionering wordt er opgelost in dezelfde leveringsplicht met haar toch wel kompleks sanctioneringssysteem (artn. 41 e.v., cfr. infra). De bepaling van artikel 19 heeft belangrijke consequenties.

conflictenrecht", *T.B.H.* 1987, blz. 635-636; "La vente internationale d'objets mobiliers corporels",

Het is vooreerst een objectief gegeven: het contract voorziet een zaak met bepaalde kenmerken en voor een bepaald gebruik; eenmaal de zaak geleverd, volstaat het te verifiëren of ze beantwoordt aan die contractuele beschrijving en het bedongen gebruik. Meteen worden verscheidene (nationale) netelige vragen uitgeschakeld, zoals het verschil tussen een zichtbaar en een verborgen gebrek, tussen een zaak met een gebrek en een andere dan de overeengekomen zaak.

Het aanvaarden van het begrip "niet beantwoorden aan de overeenkomst" laat de splitsing vervallen tussen de vorderingen welke de (nationale) koper ter keuze staan. De internationale koper zal niet langer genooddaakt zijn zorgvuldig na te gaan wat de aard van de tekortkoming is, ten einde te weten welke vordering hij moet instellen, wat een sterke vereenvoudiging is. Overigens heeft de eenvormige wet elke terugkeer naar de nationale kompleksiteit vermeden door de uitdrukkelijke uitsluiting, in art. 34, van elk rechtsmiddel, dat door de wet zelf niet werd voorzien.

De geleverde zaak moet dus beantwoorden aan de overeenkomst. De wet geeft geen synthetische definitie van dat begrip "conformiteit", maar somt exact de gevallen op waarin de zaak niet conform is, in art. 33. Het gaat om afwijkingen in hoeveelheid, in soort, een andere zaak (een "aliud" in concrete zin), het niet-beantwoorden aan het voorgelegde monster, alsook het ontbreken van eigenschappen en bijzondere kenmerken nodig voor normaal of bijzonder bedoeld gebruik. Wanneer de koper nu bij de keuring waaraan hij de geleverde zaak moet onderwerpen een dergelijke afwijking vaststelt, moet hij op korte termijn protesteren (art. 39), om vervolgens te kiezen tussen drie mogelijkheden (art. 41): nakoming van de overeenkomst vorderen (door herstel van het gebrek, aanvulling of vervanging), de overeenkomst ontbonden verklaren, of de prijs verlagen; daarnaast heeft hij nog recht op aanvullende schadevergoeding (artn. 41-46).

Vooraf de mogelijkheid van ontbinding door de koper is typisch voor de eenvormige wet. Een eenzijdige, gemotiveerde verklaring aan de verkoper volstaat daartoe. De verklaring van ontbinding vereist geen specifieke vorm: aanmaning en gerechtelijke tussenkomst, zoals die is voorzien in de nationale wetgevingen (bijv. CC. artn. 1610, 1654 en 1184), zijn daarbij niet nodig (eventuele gerechtelijke tussenkomst kan slechts een controle zijn achteraf).³¹ De koper beschikt aldus over

B.R.H., 1982, blz. 265-267 en "Les ventes internationales d'objets mobiliers corporels et les conventions internationales qui leur sont applicables", *T.B.H.*, 1988, blz. 308-310. K. Lenaerts, "Kroniek van het internationaal privaatrecht (1980-1985)" *R.W.* 1986/87, blz. 2001-2003.

31 Ph. Kahn, *o.c.* 689, vooral 708. J. van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial* (Bruxelles 1981) n° 827. Gérard, *Le cadre juridique de la vente commerciale internationale*, *R.B.* 1974, 180, n° 20; Kh. Brussel 11 sept. 1984, *T.B.H.* 1985, 719-720. De beslissing tot ontbinding moet gebeuren binnen een redelijke en korte termijn. Dit betekent een zo kort mogelijke termijn te rekenen van

een snel en afdoend middel om op te treden tegen een in gebreke gebleven verkoper. De koper kan de overeenkomst ontbinden indien (de niettijdige of) de niet-conforme levering een wezenlijke tekortkoming uitmaakt (art. 43). Deze technische term kreeg in de wet zelf, een meer precieze bepaling mee: "Een tekortkoming is wezenlijk, aldus art. 10, wanneer de partij die tekortgeschoten is ten tijde van het sluiten van de overeenkomst wist of had moeten weten dat een redelijk persoon van gelijke hoedanigheid in dezelfde omstandigheden de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien hij de tekortkoming en haar gevolgen had voorzien".

Het vanzelfsprekend gevolg van de ontbinding is de bevrijding voor beide partijen van hun verplichtingen uit de overeenkomst met als correlarium een eis tot schadevergoeding en tot teruggave van het gepresteerde (koopwaar of prijs) (art. 78). Ook hier, zoals in het Romeins recht, streeft de teruggave naar een *restitutio in integrum*. Derhalve is het normaal, aldus art. 81, dat de verkoper de koopprijs terugbetaalt met interest en dat de koper de zaak teruggeeft met vergoeding van elk voordeel dat hij eruit getrokken heeft (wat dan gebeurt in de vorm van een vermindering van de door de verkoper terug te betalen koopprijs). Op die wijze worden eenzijdige verrijkingen zonder oorzaak vermeden.

Dat zijn de logische en rechtvaardige consequenties uit het beginsel van *restitutio in integrum*. Dat beginsel hangt samen met de ontbinding. Ontbinding is dan in de regel ook niet meer mogelijk wanneer de koper de zaak niet meer kan teruggeven in de staat waarin hij ze ontvangen had (art. 79,1). Het tweede lid van hetzelfde artikel formuleert daarop echter een aantal uitzonderingen waarbij de koper zijn recht op ontbinding wel behoudt. We geven er hier drie, en vooral de uitzondering vermeld onder art. 79,2 d is voor ons belangrijk:

- a. indien de zaak of een deel daarvan is verloren gegaan of in waarde verminderd als gevolg van de afwijking, die de ontbinding rechtvaardigt (te vergelijken met onze eerste drie Romeinse gevallen);
- c. indien de koper, vóór hij ontdekt dat de zaak van de overeenkomst afwijkt, bij normaal gebruik een deel ervan heeft verbruikt of een verandering heeft doen ondergaan;
- d. indien de onmogelijkheid om de zaak terug te geven, of om haar terug te geven in de staat waarin zij is ontvangen, niet is ontstaan door 's kopers toedoen of door toedoen van een persoon voor wie hij verantwoordelijk is.

het tijdstip waarop een handeling redelijkerwijze kan worden verricht, Kh. Brussel 24 okt. 1986, T.B.H. 1988, 784 met noot van P. Hooghten. Voor het protest, zie Kh. Brussel 19 maart 1987, T.B.H. 1988, 297 met noot van N. Watte, 18 februari, T.B.H. 1988, 324 en 11 september 1984, T.B.H. 1985, 719.

In de drie vermelde gevallen kan de koper de zaak niet teruggeven in de staat waarin hij ze heeft ontvangen. In geval a is dat het gevolg van de afwijking en in geval c van een normaal gebruik vóór kennisname van de afwijking. En in geval d? Daar ligt die onmogelijkheid alvast buiten 's kopers toedoen. Wat rest er nog? In het verslag van A. Tunc heet geval d letterlijk: de koper behoudt zijn recht op ontbinding: "indien de onmogelijkheid om de zaak terug te geven, of om die terug te geven in de staat waarin zij is ontvangen, niet is ontstaan door toedoen van de koper, maar door toedoen van de verkoper of door een toevallige gebeurtenis." Die bepaling over "toevallige gebeurtenis" moeten we nu verbinden met de risico-regeling uit de eenvormige wet. Hoe is die regeling geconcipeerd? Welke is haar inhoud?

Herinneren we vooreerst, ter onderscheid, nog even aan de regeling terzake in de nationale wetgevingen.

Conform hun redactionele conceptie, kozen de negentiende-eeuwse wetgevers, ook in deze materie, voor de elegante techniek van vrij algemene synthetische beginselen met vaak sterk vereenvoudigde, eenzijdige oplossingen, zoals we die kennen: het verlies door toeval van de verkochte gebrekkige zaak is voor de koper, aldus in de "Franse" oplossing - het verlies door toeval van de verkochte en geleverde gebrekkige zaak is voor de verkoper, in de "Duitse" oplossing!

De opstellers van de LUVI daarentegen verkozen een meer praktische techniek. Die wet streeft ernaar om oplossingen te geven die zo nauwkeurig mogelijk zijn toegespitst op de uiteenlopende concrete gevallen waarvoor de partijen bij de overeenkomst kunnen komen te staan. De opstellers betrachten daarbij onpartijdigheid en een evenwichtige regeling van de belangen van beide partijen. Het gevolg daarvan is een vrij lange tekst waarbij de genuanceerde oplossingen voor de verschillende eventuele toestanden inderdaad getuigen van die doelstelling. Maar hoe zorgvuldig men de onderscheiden belangen van partijen ook wil afwegen, het is onmogelijk gebleken alle mogelijke gevallen te ondervangen door nauwkeurige detailuitwerkingen. Dat alles is duidelijk merkbaar bij de risico-regeling in de LUVI.

De LUVI laat het risico op de koper slechts overgaan op het ogenblik van de overeengekomen levering. Art. 97,1 luidt inderdaad: "Het risico gaat over op de koper zodra de aflevering van de zaak plaats vindt volgens de bepalingen van de overeenkomst en van deze wet." Dit logisch beginsel is één van de karakteristieken van de eenvormige wet: in tegenstelling tot een aantal nationale rechtstelsels regelt zij de risico-overgang zonder referentie naar de eigendomsoverdracht. Risico- en eigendomsoverdracht zijn er van elkaar ontkoppeld. Het artikel verwijst naar de "overeengekomen" levering van art. 19; de appreciatie van de conformiteit situeert

zich op het moment van de aflevering, op dat van de risico-overgang (art. 35).³² Dat alles heeft belangrijke consequenties: de verkoper is nu van het risico slechts bevrijd van het tijdstip af, waarop hij alle verplichtingen met betrekking tot de afgifte van de zaak heeft vervuld. Nu kan de verkoper op verschillende wijzen aan die verplichtingen tekort schieten (bijv. hij levert wel de overeengekomen zaak maar op een later tijdstip of op een andere plaats dan was bedongen). Beperken we ons hier echter tot de hoger vermelde gevallen van feitelijke gebrekkige levering, opgesomd in art. 33. Vermits nu in artikel 19 de aflevering wordt bepaald als de afgifte van de overeengekomen zaak, is er bij een dergelijke gebrekkige levering geen aflevering geweest en zal het risico derhalve niet overgaan op de koper, althans niet zolang de verkoper het gebrek niet zou herstellen, het ontbrekende deel van de zaak of een andere aan de overeenkomst wel beantwoordende zaak niet zou leveren. Dit betekent dan echter weer niet dat bij elke gebrekkige levering het risico bij de verkoper blijft. Men heeft die voor de verkoper blijvende risico-toestand slechts billijk geacht zo de koper bij een gebrekkige levering de overeenkomst ontbonden heeft verklaard of de vervanging van de zaak heeft gevraagd. Het risico gaat derhalve wel over op de koper zo deze bij een gebrekkige levering kiest voor andere, ter beschikking staande rechtsmiddelen: de koper vraagt slechts het herstel van de zaak, of de aanvulling van het tekort, of een aanvullende schadevergoeding of een prijsverlaging. Dat alles wordt bepaald in art. 97,2: "Bij afgifte van een zaak, die niet aan de overeenkomst beantwoordt, gaat het risico over op de koper zodra de afgifte, afgezien van het feit dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, plaatsvindt volgens de bepalingen van de overeenkomst en van deze wet, een en ander wanneer de koper noch de overeenkomst ontbonden heeft verklaard, noch vervanging van de zaak heeft verlangd". De LUVI laat derhalve het risico van de geleverde, maar niet conforme zaak slechts dan bij de verkoper wanneer de koper de overeenkomst ontbonden heeft verklaard of vervanging van de zaak heeft gevraagd.

Op zichzelf lijkt dit beginsel juist, aldus verslaggever A. Tunc;³³ en we weten ondertussen ook dat de koper die verklaring tot ontbinding of die vraag tot

32 Dit betekent echter niet dat alle gebreken moeten worden ontdekt op dat ogenblik. De gebreken moeten wel reeds bestaan op het ogenblik van de levering, zij kunnen zich echter pas later releveren, zoals bijv. bij een geleverde machine de conformiteit pas zal blijken na installatie en ingebruikname, cfr. art. 35,2.

33 André Tunc was verslaggever van de tweede diplomatieke conferentie in Den Haag (2-25 april (1964) die de uiteindelijke tekst vastlegde. Zijn uitgebreid en leerrijk verslag werd afgedrukt als bijlage I van de (Belgische) Memorie van Toelichting, cfr. supra n. 8 en ook bij F.J.A. van der Velden, o.c. blz. 290 e.v.

vervanging snel, soepel, zonder aanmaning en gerechtelijke tussenkomst kan laten gebeuren. Toch erkende reeds Tunc dat toepassing van art. 97,2 aanleiding kan geven tot moeilijkheden die niet met zoveel woorden in de tekst worden behandeld. Hij heeft zich de moeite getroost om nader op de kwestie in te gaan en hij onderscheidt in zijn commentaar verschillende concrete mogelijkheden:

- Het risico doet zich voor in de korte termijn die aan de koper voor de keuring van de zaak wordt toegestaan bij art. 38,1.

- De koper heeft bij de keuring vastgesteld dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordde, maar het risico treedt in in de korte termijn hem toegestaan voor het protest van afwijking, bij art. 39.

- De koper heeft reeds geprotesteerd wanneer het risico intreedt nog vooraleer hij de overeenkomst kan ontbinden of vervanging kon vragen.

Het is dan telkens aannemelijk, aldus A. Tunc, dat het risico niet is overgegaan indien de koper, in weerwil van het verlies van de zaak, het bewijs van de tekortkoming nog kan leveren, omdat hem het recht om de overeenkomst ontbonden te verklaren of vervanging van de zaak te vorderen, nog openstond.

Hij komt tot dezelfde oplossing zo de koper, ondanks keuring, de tekortkoming pas later heeft kunnen ontdekken (het geval bedoeld in art.39,1, tweede zin). Zijn stilzwijgen tot op het moment van de ontdekking kan dan niet beschouwd worden als een geldige aanvaarding van de zaak en van het risico. Verwittigt hij de verkoper op korte termijn na de ontdekking, dan is aan te nemen dat hij het risico nimmer heeft gedragen.

Er kunnen zich nog andere moeilijkheden voordoen.

- De koper heeft de overeenkomst ontbonden verklaard of vervangende zaken geëist. Doch nu blijken achteraf bij gerechtelijke van onwaardeverklaring die aanspraken ten onrechte door hem gesteld, zoals wanneer dit niet binnen de voorgestelde termijn is geschied of het gebrek slechts een niet-wezenlijke tekortkoming was. Dan zal het risico alsnog voor de koper zijn.

- De koper maakt aanvankelijk geen gebruik van de zware rechtsmiddelen van ontbinding of vervanging. Hij beperkt er zich toe het herstel van de gebreken of een aanvullende levering te eisen. Dan gaat naar de letter van art. 97 het risico van het afgegevene over op de koper. Gesteld evenwel dat na een redelijke termijn de gevraagde nakoming door middel van herstel of aanvulling niet is geschied. Dan heeft de koper alsnog de mogelijkheid de overeenkomst ontbonden te verklaren (art.44) en gaat op dat ogenblik het risico weer over op de verkoper.

Die konsekwenties hebben heel wat kritiek uitgelokt.

- Zo stelt men dat des kopers verzoek om herstel of aanvulling geen aanvaarding van de afgegeven gebrekkige zaak is, maar juist een verzoek tot afgifte

van een aan de overeenkomst beantwoordende zaak. Dat verzoek is dan ook gelijk te stellen met de in art. 97,2 wel genoemde vervanging van de zaak en heeft dus ook hetzelfde rechtsgevolg, nl. dat het risico vanaf het moment van de eis tot nakoming (herstel, aanvulling) bij de verkoper blijft liggen en eerst bij het voldoen aan deze eis overgaat op de koper. Het kan inderdaad niet de bedoeling van de wetgever zijn, aldus de critici, om de koper, die de voor de verkoper doorgaans gunstiger middelen van aanvulling of herstel kiest, in een moeilijker positie te stellen dan de koper die onmiddellijk kiest voor de zware middelen van ontbinding of vervanging.

- Het veelvuldig over en weer schuiven van het risico vergroot de rechts-onzekerheid, wat zeker in de kontekst van een internationale koop dient gemeden.

De LUVI koppelt dus de risico-overgang aan de levering. Daardoor sluit ze aan bij de althans theoretisch nagenoeg unaniem aanvaarde rol van het hoederecht. Zij verwerpt derhalve resoluut de eenzijdige, radicale "Franse" oplossing, verkregen door de binding van de risico-overgang aan de eigendomsoverdracht, die zelf reeds gekoppeld was aan de totstandkoming van het koopcontract. Ten aanzien van dat contract is de LUVI een terugkeer naar de juridische orthodoxie. Het koopcontract wordt terug een zuivercontract met een louter obligatoir effect. Zoals in het Romeinse, Duitse en Nederlandse recht, creëert de LUVI-koop slechts een verbintenis tot geven en effectueert geen automatische eigendomsoverdracht *solo consensu*. De LUVI gaat echter nog verder: door de combinatie van artikel 19 aan artikel 97 koppelt zij de risico-overgang aan de "conforme levering". Daaruit volgt dan de logische konsekwentie dat bij een niet-conforme levering het risico niet overgaat op de koper ofwel terugkeert naar de verkoper. Reeds de commentaar van A. Tunc gaf aan dat die konsekwentie in de praktijk kan leiden tot verschil in oplossingen, in interpretatie, tot rechtsonzekerheid.³⁴ De eenvormige wet mist de eenduidige klaarheid van de radicale eenzijdige "Franse" gemakkelijks-oplossing, maar biedt anderzijds het stramien voor genuanceerde, allicht billijkere oplossingen. De koper die binnen een redelijke, korte termijn de overeenkomst niet kon ontbonden verklaren, evenmin de vervanging heeft kunnen vragen, behoudt dankzij de LUVI daartoe het recht, zo hij tot uitoefening van die bevoegdheden goede redenen had. Dat laatste impliceert van zijkant wel het bewijs van de anterieure non-conformiteit. Die bewijsvoering kan, na verlies van de zaak door toeval, moeilijker, misschien zelfs praktisch onmogelijk geworden zijn. De genuanceerde houding van de eenvormige wet ontnemt de koper alvast niet de

34 Zie daarvoor o.m. H. Dölle, o.c. art. 97, nos 46-50. H.J. Mertens en E. Rehbinder, o.c., Kapitel VI, 295 e.v.

bewijsmogelijkheid op de radicale "Franse" wijze. Indien we nu samenvattend ons geval "de geleverde, gebrekkige zaak gaat bij de koper teloor door toeval" toetsen aan de bepalingen van de eenvormige wet, zien we dat daarin het risico van de niet-conforme zaak ook na de levering bij de verkoper blijft. De kernoplossing is in wezen dezelfde als die in het Romeinse recht.

b Benelux-ontwerp en NBW

Het Benelux-ontwerp wordt hier niet op zichzelf behandeld.³⁵ Ondanks het gunstig interparlementair advies van 1972, is dit ontwerp thans wellicht definitief onder het ministeriële stof begraven. Nochtans was dat ontwerp een zeer belangrijke poging tot eenmaking van het burgerlijk recht der drie Benelux-landen. Koop is zowel de meest voorkomende overeenkomst in de nationale sfeer als een der meest courante internationale overeenkomsten. Het ontwerp had derhalve sterk kunnen bijdragen tot de vergemakkelijking van de economische betrekkingen tussen de drie landen. Intussen werden de gemeenschappelijke bepalingen uit dat Beneluxontwerp wel overgenomen in het NBW. Wij kunnen onze aandacht dan ook beperken tot die laatste tekst. Vandaar uit maken we dan ook de vergelijking met de LUVI, die verscheen in de loop van de werkzaamheden van de Beneluxstudiecommissie en van de Nederlandse wetsontwerpers. Inhoudelijk sluiten beide ontwerpen aan bij de door de LUVI voorgestelde bijzondere regels voor de koop. Wel werden in beide ontwerpen die regels beknopter en duidelijker weergegeven, daar waar de LUVI als compromis tussen zeer verschillende wetgevingen afbreuk doet aan de helderheid en de beknoptheid die in de Benelux - en in de Nederlandse tekst - gemakkelijker kon bereikt worden. Uiteindelijk werden aan de LUVI een vrij groot aantal artikelen ontleend, die overgenomen zijn hetzij letterlijk, hetzij met verbetering van de vorm of de woordkeus, zonder de strekking te veranderen. Voor wat ons geval betreft, blijven de verschilpunten beperkt tot wat volgt.

Het in art. 10 LUVI omschreven begrip van "wezenlijke tekortkoming aan de overeenkomst" werd niet overgenomen; in het NBW werd er de voorkeur aan gegeven om aan de rechter de nodige vrijheid te laten (cfr. 6.5.4.6). De omschrijving uit LUVI art. 19,1 van de aflevering als "de afgifte van een zaak die aan de overeenkomst beantwoordt" werd evenmin overgenomen. Het NBW hield het bij de aflevering als de materiële handeling van het brengen van de zaak in het bezit van

35 Enige toelichting vindt men bij J. Herbots, "Overzicht van rechtspraak (1969-1974)", *T.P.R.* 1975, 968.

de koper (art. 7.1.2.1.2; cfr. Beneluxontwerp, art. 4.2). En toch behoudt het NBW, zoals we dadelijk zullen zien, terzake van het risico en ons geval, dezelfde strekking als de LUVI. Het NBW bepaalt inderdaad, in art. 7.1.2.2.1: "De zaak is voor risico van de koper van de aflevering af, zelfs al is de eigendom nog niet overgedragen" (cfr. Benelux-ontwerp, art. 5,1). Met die bepaling wijst ook het NBW bewust de Franse opvatting af dat voor het tijdstip van de risico-overgang de eigendomssituatie beslissend is (*res perit domino*), tegelijkertijd wijkt het NBW ook af van de nog geldende opvatting in Nederlands BW art. 1496: de zaak is voor rekening van de koper van het ogenblik van de koop, hoewel de levering nog niet heeft plaatsgehad (*res perit emptori*). Voortaan zal het risico aldus overgaan op het moment dat de zaak geleverd wordt, wanneer de zaak van de hoede van de verkoper in die van de koper overgaat: het risico ligt bij degene die als bezitter de verantwoordelijkheid voor de zaak overneemt: *custodia* en *periculum* vallen nu samen, en staan los van de eigendomsovergang.

We zagen het reeds: anders dan in de LUVI (art. 19,1) is in het NBW de vereiste van de conformiteit niet in het afleveringsbegrip opgenomen. Dit betekent dat de regel van art. 7.1.2.2.1 (de zaak is voor risico van de koper van de aflevering af) in principe ook geldt voor gebrekkige zaken. Maar op die vermelde risico-overgang is er een belangrijke uitzondering, vervat in art. 7.1.2.2.3: "Indien de koper op goede gronden het recht op ontbinding van de koop of de vervanging van de zaak inroept, blijft deze voor risico van de verkoper" (cfr. Benelux-ontwerp art. 5,3). En de koper heeft een dergelijke grond wanneer de afgeleverde zaak niet beantwoordt aan de overeenkomst. En dat is telkens het geval wanneer een andere zaak is geleverd dan overeengekomen, een zaak van een andere soort, of een zaak die niet de eigenschappen bezit welke de koper mocht verwachten, (cfr. Benelux-ontwerp, art. 10, 1 en 2, 12). Derhalve zal na levering van een gebrekkige zaak het risico slechts op de koper overgaan zo hij die zaak wil behouden (en zich tevreden stelt met het eisen van nakoming door herstel of aanvulling of met een prijsverlaging).

Aldus kunnen we vaststellen dat het NBW, ondanks zijn duidelijk verschillende formulering van "levering", via die uitzondering tot dezelfde oplossing komt als de LUVI. De strekking van de LUVI, verwoord in haar moeizaam lang art. 97,2, vinden we eenvoudiger en nauwkeuriger terug in die uitzonderingsregel van het NBW, art. 7.1.2.2.3: "Indien de koper op goede gronden het recht op ontbinding van de koop of vervanging van de zaak inroept, blijft deze voor risico van de verkoper". De Memorie van Toelichting verduidelijkt die regel nog. Het is niet voldoende, zegt die, dat de koper de koop ontbonden heeft verklaard of de vervanging heeft gevraagd; daar moet nog bijkomen dat hij het terecht doet. Maar dat wil hoegenaamd niet beduiden dat de verklaring tot ontbinding of de vraag tot

vervanging daadwerkelijk moet gebeurd zijn om het risico bij de verkoper te laten. De toelichting vervolgt immers: "Uit de voorgestelde tekst volgt dat, ten einde te bereiken dat het risico bij de verkoper blijft, het niet noodzakelijk is dat de koper de ontbinding of de vervanging heeft verkregen, zelfs niet dat hij deze in rechte heeft gevorderd; genoeg is dat hij zijn wil heeft verklaard om op een van deze bevoegdheden een beroep te doen en dat hij daartoe ook gerechtigd is. Het risico dat aldus voor de verkoper blijft, betreft zowel het tenietgaan als achteruitgaan van de zaak die voor de verklaring van de koper intraden, als die welke na die verklaring ontstaan. Voorts moet de koper uiteraard zijn wil binnen de hem bij artikel 7.1.3.4 toegestane redelijke termijn hebben verklaard" (cfr. Beneluxontwerp, art. 15).

Het NBW komt aldus tot een analoge genuanceerde houding waardoor de koper ook hier na teloorgang van een gebrekkige zaak door toeval niet met lege handen machteloos wordt achtergelaten. Die koper behoudt zijn recht op ontbinding met restitutie van de allicht door hem reeds betaalde koopprijs of het recht op een vervangende zaak. Ook hier is de kernoplossing in wezen de romeins-rechtelijke! Het gevaar daarbij voor mogelijk misbruik vanwege de koper werd onderkend zowel in de Memorie van Toelichting bij het Beneluxontwerp als in die bij het NBW. Telkens rees de vraag of als de zaak inderdaad teniet of achteruit is gegaan, niet te vrezen is dat de koper misbruik maakt van zijn recht om een rechtsmiddel te kiezen door zijn keuze te vestigen op hetgeen het meest bezwarend is voor de verkoper, nl. vervanging van de zaak of ontbinding van de overeenkomst. Telkens vond men troost bij de gedachte dat de koper slechts recht heeft op ontbinding of vervanging bij een tekortkoming van voldoende gewicht (cfr. art.6.5.4.6 en art. 7.1.3.2, cfr. Beneluxontwerp art. 12,c). Men stelde zijn hoop op de rechter die voormelde sancties wel niet lichtvaardig zal toewijzen. Tenslotte poogt een andere bepaling, art. 6.5.4.21, te verhinderen dat de koper, door van een van die rechten gebruik te maken, onredelijk voordeel geniet. Ook hier krijgt ons geval in wezen de romeinsrechtelijke oplossing! Ook die schakering ontbrak alsnog in het Nederlands vigerend recht; de concrete uitwerking zal het werk zijn van de rechter aan wie een ruime mogelijkheid is gelaten om binnen het geschetste kader rekening te houden met de omstandigheden van het geval.

c Het VN-Verdrag van 1980

Beide, zo juist besproken ontwerpen, dat van Benelux en het Nederlandse, sluiten, zoals gezegd, aan bij de LUVI. Dat Haagse Verdrag vond echter geen genade bij de U.S.A., de socialistische staten en de derde-wereldnaties: het werd afgedaan als "essentially the product of the civil law tradition of Western European nations". Er

werd ook gewezen op het betrekkelijk gering aantal staten dat aan de conferentie van 1964 had deelgenomen (slechts achtentwintig), op het gering aantal ratificaties (Zelfs niet alle EEG-landen hebben het verdrag geratificeerd: Frankrijk, Denemarken en Ierland ontbreken en Engeland maakte een ingrijpende reserve). Ook werd gewezen op het ingewikkeld karakter van de éénvormige koopwet, onder meer van art. 97 met de risicoregeling. En toch bleef, bij de steeds intenser wordende internationale economische relaties, de drang bestaan om een de gehele wereld omspannende uniforme koopwet te ontwerpen. UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) opgericht in 1966 en belast met het ontwerpen van nieuwe internationale unificatie, verleende voorrang aan de internationale koop.³⁶

Die mondiale wetgever werd onmiddellijk door de critici van de LUVI belast met een loodzwaar programma.

LUVI is mislukt, zo stelden zij: op ruime schaal wordt haar toepassing door partijen in handelskoopcontracten uitgesloten omdat zij niet strookt met de internationale handelspraktijken. LUVI is al te zeer uitgedacht vanuit de nationale regelingen en mist de aansluiting op het bestaande extranationale kooprecht (de in de internationale handel vaak op een puur inductieve wijze gevormde gewoonterechtelijke, gestandaardiseerde voorwaarden, zoals de Incoterms e.dgl.).³⁷ Nadrukkelijk werd dat euvel gesteld met betrekking tot haar risicobepalingen. In de internationale handel belopen de risico's een veelvoud van wat binnen de min of meer constante nationale verkeerspatronen kan gebeuren. Voor de verschillende internationaal gebruikelijke koop- en leveringsvormen (fob, cif, e.dgl.) ligt de risicoverdeling tussen partijen in standaardoplossingen vast. Als men dat vigerende extranationale kooprecht niet incorporeert in een poging tot unificatie, is op grote terreinen van de internationale handel systematische inconsistentie vrijwel

36 F.J.A. van der Velden, *Het Weense koopverdrag 1980 en zijn rechtsmiddelen* (Deventer 1988) 608 p.; D.L. Perrott, "The Vienna Convention 1980 on contracts for the international sale of goods", *The international contract law and Finance Review*, 1980, blz. 577-584; D. Van Hoof, "Internationale koopovereenkomsten, Het V.N.-verdrag van Wenen van 11 april 1980", *Jura Falconis*, XIX (1982-83), blz. 57-70; U. Huber, "Der Uncitral-Entwurf eines Ubereinkommens über internationale Warenkaufverträge", in: *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und internationales Privatrecht* 43 (1979), blz. 451-459, en de studies van H. Grigéria Naon, "The UN Convention on contracts for the international sale of Goods", en R. Schlechtriem, "From the Hague to Vienna-Progress in unification of the law of international sales contracts", in: *The transnational law of international commercial transactions. Studies in transnational economic law*, vol. 2, New-York, blz. 89-136.

37 Bondig over de standaardisatie van standaardvoorwaarden, E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden* (Deventer 1978) vooral no. 17 met literatuuropgave.

onvermijdelijk, zo werd betoogd; internationale handel heeft niet zozeer behoefte aan eenheid van recht dan wel aan berekenbaarheid van het toepasselijk recht. De opstellers van de éénvormige wet hadden die gewoonterechtelijke regels niet verwerkt. Zij meenden dat die materie nog niet rijp was voor unificatie door internationale overeenkomst: de interpretaties van die gewoonterechtelijk ontstane normenstelsels lopen nogal uiteen en er is ook het vaak beperkte werkveld.³⁸

De nieuwe wereldwetgever zou het anders moeten aanpakken: "A unified global code of internationale sales law should contain a global consolidation of the risk provisions of four international formulations" (Comecon-, ECE- en UCC-Conditions, en LUVI), en wat de vorm betreft: "the global code should contain a point-by-point regulation of the transfer of risk - and of the other incidents - in the already standardised trade terms, similar to the regulation already provided by the UCC, the Comecon Conditions and the ECE Conditions. The specialized regulation of the effect of the already standardised trade terms should precede, and not follow, any general rules which the global code will contain. Such arrangement will at once create an atmosphere conducive to a practical and businesslike treatment of internationale trade law, motivated by the desire to provide concrete rules for the solution of problems which, in the experience of practival men, have arisen or are likely to arise. The concrete regulation of the effect of the already standardised trade terms will dispose of many problems arising in the normal transactions of international trade".³⁹ Die uit te werken risicoregeling mocht daarenboven slechts aanvullend recht zijn: ruimte moest gelaten worden voor de verdere ontwikkeling van het internationaal gewoonterecht. Maar een dergelijke detail uittekening brengt het VN-verdrag van 11 april 1980 echter niet. De risicoregeling met zijn algemeen erkend kopergezind karakter wordt er behandeld in de enkele artikelen 66-70 en volgt grotendeels de LUVI.

Art. 66 geeft het gevolg van de risico-overgang: "Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller" (cfr. LUVI, art.96). De artn. 67 en 68 situeren dan de risico-overgang bij goederen die op transport gaan resp. zijn; het art. 69 regelt die overgang in alle andere gevallen. Heel belangrijk voor ons geval, zoals we zullen zien, is het art. 70.

38 M.A. van Wijngaarden, *Compendium bijzondere overeenkomsten* (Deventer 1986) blz. 44.

39 C.M. Schmitthoff, "The risk of loss in transit", in J.O. Honnold (ed.), *Unification of the law governing international sales of goods* (Paris 1966) blz. 196-198.

Telkens wordt het risico gekoppeld aan de levering. Vandaar dat bij de verplichtingen van de verkoper, die overigens meer uitgesponnen worden dan die van de koper, de aflevering centraal staat: op dat ogenblik gaat het risico voor verlies of beschadiging van de zaak over op de koper. Dat was ook reeds zo in de LUVI en is normaal in het internationaal handelsrecht. Het is namelijk niet zozeer van belang voor partijen wanneer het abstracte eigendomsrecht overgaat, maar wel is het van primordiaal belang te weten wat de verkoper moet doen om de koper de materiële beschikking van de goederen te bezorgen, en wanneer risico en kosten op deze laatste overgaan. Meteen wordt, in navolging van de LUVI, de ontkoppeling bevestigd van eigendom- en risico-overgang, "one of the awesome relicts from the dead past to abandon", zoals Rabel reeds lang voordien als norm had aangegeven.⁴⁰

In tegenstelling tot de LUVI, geeft het VN-verdrag geen, overigens moeilijk te formuleren algemene bepaling van "levering". Het maakt, zoals reeds aangeduid, enkel het onderscheid tussen koopcontracten met en zonder vervoer door derden. In de vervoergevallen (artn. 67-68) moet de verkoper de goederen overdragen aan de vervoerder; in de andere gevallen moet hij de goederen ter beschikking stellen van de koper (art. 69). Het risico nu gaat over resp. op het ogenblik waarop de verkoper de goederen overdraagt aan de vervoerder, resp. op het ogenblik waarop de koper bezit neemt, ofwel de goederen te zijner beschikking staan. Wat de conformiteit van de goederen betreft, is de verkoper aansprakelijk voor om het even welk gebrek - omschreven in art. 35 - aan conformiteit dat bestaat wanneer het risico op de koper overgaat, zelfs als de non-conformiteit pas later kon ontdekt worden (art. 36). Het art. 38 laat overigens toe dat het onderzoek naar de conformiteit wordt uitgesteld tot bij de aankomst van de goederen.

En wat nu in het verdrag met ons geval: een geleverde gebrekkige zaak gaat teloor door toeval?

Een dergelijke niet-conforme levering kan een "fundamental breach oncontract by the seller" zijn, zoals bepaald in art. 25.⁴¹ Het belangrijkste verhaal dat de koper

40 "The Hague conference on the Unification of Sales Law", in *AJCL* (1952) blz. 61. Daarover reeds J. Hamel, "Les efforts pour l'unification du droit privé en matière de vente, méthode et résultats", in: *Etudes H. Capitant* (Paris 1939) blz. 307. Zie ook: T. Ionasco et I. Nestor, "Le risque de perte en transit: existe-t-il des différences quant aux effets de certaines clauses similaires concernant le risque", in: J.O. Honnold, *Unification* (1966) blz. 164-167, en J.C. Schultz, *Eigendomsverkrijging bij koop van roerende goederen in het Westeuropes Internationaal Privaatrecht* ('s Gravenhage 1955) blz. 108-109 met literatuuropgave.

41 Art. 25: "A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result".

dan heeft is het recht de ontbinding van de overeenkomst te eisen: "declare the contract avoided" artn. 45 en 49. De verklaring tot ontbinding moet gebeuren binnen een redelijke termijn (art. 49, 1a) en veronderstelt de integrale restitutie vanwege de koper (art. 82). Op dat laatste vereiste formuleert art. 82,2 echter een drietal uitzonderingen waaronder a) "if the impossibility of making restitution of the goods or of making restitution of the goods substantially in the condition in which the buyer received them is not due to his act or omission" (cfr. LUVI, art. 79 en art. 79 2d).

Art. 70 - en dit is voor ons zeer belangrijk - behandelt nu het gevolg van contractbreuk door de verkoper op de risico-overgang: "If the seller has committed a fundamental breach of contract, articles 67, 68 and 69 do not impair the remedies available to the buyer on account of the breach".⁴² We treffen hier dezelfde grondgedachte aan als in de LUVI: bij een wezenlijke tekortkoming vanwege de verkoper behoudt de koper onverkort een hem in beginsel al toekomende bevoegdheid tot eenzijdige ontbinding (of een aanspraak op levering van vervangingsgoederen) indien hij door een later opkomende omstandigheid, die niet aan hem te verwijten valt, niet meer in staat is om aan zijn verplichting te voldoen tot volledige restitutie van het reeds geleverde. Het feit dat die omstandigheid zich eerst voordeed, nadat het risico op hem was overgegaan, doet daar niet aan af. Dus ook hier: *actiones manent*. Art. 70 zegt niet dat in geval van "fundamental breach" het risico bij de verkoper blijft, maar wel dat koper's middelen onaangetast blijven. Het enige middel waarbij het risico blijft of terugkeert bij de verkoper is dat van de ontbindingsverklaring, maar die heeft dan wel drastische gevolgen. Aan J.O. Honnold, een van de belangrijkste architecten van het verdrag, zijn daartoe twee voorbeelden ter illustratie ontleend.⁴³

- Een contract voorziet dat de verkoper 1000 zakken sojabonen per schip zal laten toekomen bij de koper. Conform art. 67 gaat hierbij het risico over op de koper bij de overdracht van de goederen aan de vervoerder. Bij aankomst blijken 200 zakken waardeloos en 200 andere zijn van mindere kwaliteit (te interpreteren

42 Specifiek over deze problematiek: A. Herber, "The rules of the convention relating to the buyer's remedies in cases of breach of contract", in: *Problems of unification of international sales law* (New York 1980) blz. 104-129; J.O. Honnold, "Risk of Loss", in: N.M. Galston-H. Smit (ed.) *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (New York 1984) Chap. 8; B. Nicholas, in C.M. Bianea-M.J. Bonell, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna Sales Convention* (Milan 1987) art. 70, p. 508-512.

43 *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (Deventer 1982) blz. 367-390 (no. 358-383). Honnold was reeds lid van de delegatie van de USA op de Haagse conferentie van 1964. In 1969-1974 was hij secretaris van UNCITRAL.

als "fundamental breach"), van de 600 andere zakken werd de helft vernield door toeval tijdens het transport. De koper kan nu ofwel vervangingsgoederen vragen ofwel het contract ontbonden verklaren. Kiest hij voor die verklaring, dan heeft dit voor de verkoper tot gevolg dat hij de gehele prijs verliest voor alle goederen.

- Een contract voorziet directe levering aan de koper, zonder tussenkomst van derden. Art. 69 doet het risico hier overgaan wanneer de koper de goederen in bezit neemt. Kort na de levering ontdekt de koper dat de goederen gebrekkig zijn; even later beschadigt of vernielt een brand in zijn stapelhuis de goederen. Zo de non-conforme levering geldt als een "fundamental breach", kan de koper het contract ontbonden verklaren met het voor de verkoper zelfde drastische gevolg.

Aanvaardt de koper, in de gestelde voorbeelden, toch de goederen, en vraagt hij slechts vervanging of vergoeding, dan zal hij die slechts bekomen voor de niet conforme exemplaren maar niet voor de door toeval beschadigde of vernielde exemplaren. Bij een gebrekkige levering, die een wezenlijke tekortkoming inhoudt vanwege de verkoper, zal de koper zijn keuze wel weten te maken! En tegenover de toch wel drastische sanctie voor de verkoper, staat er slechts de vrij wankelende verrijksingsactie uit art. 84,2: "The buyer must account to the seller for all benefits which he has derived from the goods or part of them", cfr. art. 6.4.3.1 en 6.5.4.16 NBW.

Die algemene principiële risico-regeling laat de voorstanders van de detail-conceptie op hun legalistische honger. Hun oordeel over die regeling is gewoon vernietigend te noemen: ook die bepalingen bestempelen zij als simplistisch, irrealistisch, zonder aansluiting op het "echte" recht van de internationale handelskoop, zelfs met een ontwrichtende strekking ten aanzien van de in de praktijk traditioneel beproefde taak- en risicoverdelingsmechanismen.⁴⁴ Zij verwachten dan ook - en er zijn reeds aanwijzingen in die zin - dat ook dit verdrag, zoals destijds de LUVI, op vrij uitgebreide schaal zal uitgesloten worden.⁴⁵ Zij koesteren nog wel de hoop dat het VN-verdrag "er de stoot toe zou geven dat de vigerende schriftelijke regels voor internationale koopcontracten nog eens aan een kritische analyse zouden worden onderworpen, met zin voor een evenwichtige verdeling van risico's, rechten en plichten tussen partijen om aldus te komen tot een

44 Zie o.a. de zeer scherpe kritiek van H. de Vries, in: *Internationale koop van roerende zaken naar materieel en internationaal privaatrecht* (Zwolle 1982) blz. 3-98, vooral blz. 53-61. Milder is M.S. Meijer, eod. blz. 101-208, vooral blz. 182-184; H. de Vries, "The Passing of risk in international sales under the Vienna Sales Convention 1980 as compared with traditional Trade Term", in: *Europees Vervoersrecht XVII* (1982) blz. 485-528.

45 R. van Delden, *Overzicht van de handelskoop* (Deventer 1983) blz. 4 en 105.

opstelling, waarin het VN-verdrag en het echte recht van de internationale handel in vrede naast elkaar kunnen leven".⁴⁶ Die hoop is misschien niet onverzoenbaar met het verweer van de architecten van het VN-verdrag:

"The function of a uniform law which prescribes a statutory norm is not the same as that of standard definitions which the parties may voluntarily adopt. And a law designed for world-wide use requires greater flexibility than a merely regional formulation. It is from the combination of a global uniform law, regional measures and commercial practices that what Schmitthof has called the new law merchant derives its character and makes its contribution. There may be scope for UNCITRAL to assume a coordinating role in the preparation of a body of trading terms of general acceptance. But that is a task distinct from the drafting of a uniform law of sale. The Convention on Contracts for the International Sale of Goods will serve to provide a general referent in case of need, and establish, in the words of one of its architects, ... a framework on which a common body of international doctrine and caselaw can be built".⁴⁷

Maar het is zeer de vraag of die hoop nog wel realistisch is, of die "studeerkamer-constructie"⁴⁸ wel de kaderwet wordt waarin voor privaatrechtelijke koopovereenkomsten op het internationale vlak het regelend recht wordt vastgelegd als pendant van wat de titel over het koopcontract in nationale wetboeken beoogt te betekenen voor binnen het betrokken territoir na te leven koopcontracten. Te vrezen valt inderdaad dat de echte internationale unificatie van regels terzake van de koopovereenkomst voorbij is. Handelskringen verwachten meer van eigen normering (standaardcontracten en -voorwaarden: die zijn voor specifieke problemen geschikt, vlug invoerbaar en soepel aanvaardbaar).⁴⁹ Maar, meer beschouwingen daaromtrent behoren niet tot de opzet van dit opstel dat we nu kunnen besluiten als volgt.

⁴⁶ H. de Vries, *Internationale koop*, blz. 76.

⁴⁷ P.M. Roth, "The passing of Risk", *AJCL* 27 (1979) 310.

⁴⁸ De uitdrukking is van H. de Vries, *Internationale koop*, blz. 3.

⁴⁹ Zie daarover laatst: C.W. Dubbink, *Wereldrecht en wereldconflictenrecht voor de internationale koopovereenkomst*, *Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie voor Wetenschappen, Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks*, dl. 50, nr. 2, Amsterdam 30 p., met een historisch overzicht van de activiteiten op het vlak van de unificatie van het eigen substantieel recht van de grensoverschrijdende koop, cfr. recensie door J. Erauw, R.W. 1988-'89, blz. 829-830; en D. van Hoof, o.c., blz. 69-70.

4 Besluit

De oude romeinsrechtelijke regeling *periculum est emptoris* vindt enerzijds nog steeds hardnekkige verdedigers,⁵⁰ terwijl ze anderzijds, zoals ook haar variante *periculum est domino*, in de internationale en mondiale teksten verdrongen wordt door de koppeling van het risico aan de levering. Daartegenover is er de vaststelling dat de voor ons geval in het Romeins recht uitgewerkte oplossing, weggelaten door verschillende negentiende-eeuwse nationale wetgevers, nu opnieuw èn door de nationale (NBW) èn internationale wetgever (LUVI, VN-verdrag) wordt verwoord. Zoals de Romeinse koper van een gebrekkige zaak bij verlies door toeval zijn verhaalsbevoegdheid behield en dat verlies kon afwentelen op de verkoper, zo voorzien ook nu de hierboven onderzochte nationale en internationale wetgevende teksten ten behoeve van de koper verhaalsmogelijkheden die bij een wezenlijke tekortkoming vanwege de verkoper het toevalsverlies voor diens rekening laat. Waarlijk: *actiones manent!* Ook al krijgen die teksten niet de verwachte praktische toepassing, die vaststelling blijft het vermelden waard. De blijvende discussies bevestigen enkel "the subject of risk as one of the most serious problems for the draftsmen".⁵¹

G. MACOURS

KORTRIJK

50 O.m. G. Guda-Oly in haar recensie van R. van Delden, *o.c.*, supra n. 41, in *WPNR* 1988, 535-537; zie ook J.C. Schultsz, *o.c.* en *l.c.* en Snijders, 316.

51 *Diplomatic Conference on the Unification of Law Governing the International Sale of Goods*, The Hague, 2-25 April (1964), II Documents 43 (1966): "Report of the Special Commission 1956" par. 6, geciteerd door P.M. Roth, *o.c.* 291.