– de verzorgingskosten 1.685,34 euro beliepen;
– de verweerder de eiseres op 8 september 2017 in gebreke stelde wegens koopvernietigende gebreken en in een later schrijven tevens aanspraak maakte op schadevergoeding ten belope van 1.893,20 euro;
– de eerste rechter de vordering tot schadevergoeding van de verweerder gegrond verklaarde;
– de appelrechter het hoger beroep van de eiseres afwijst omdat te dezen er sprake is van "een levend consumptiegoed" en aan de verweerder niet kan worden verweten met het zieke dier een dierenarts en een dierenkliniek te hebben opgezocht.

4. De appelrechter die de eiseres veroordeelt tot deze schadevergoeding zonder vast te stellen dat aan de eiseres de mogelijkheid werd geboden om zelf tot het kosteloos herstel of de kosteloze vervanging over te gaan, noch vast te stellen dat deze remedies niet meer mogelijk waren, onderling abusief zijn of dat de eiseres deze niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de verweerder heeft verricht, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht. De omstandigheid dat dieren geen zaken zijn, maar wezens met gevoelens en tussen de verweerder en het hondje mogelijk een emotionele band is ontstaan, leidt niet tot een ander oordeel.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden vonnis in zoverre het de vordering tot schadevergoeding van de verweerder gegrond verklaart en oordeelt over de kosten.

(…)

Noot

Over de harde hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: kosteloos herstel en vervanging gaan voor op schadevergoeding, ook bij huisdieren

Sanne JANSEN[1]

1. INLEIDING

1. Belang van het arrest – Het geannoteerde cassatiearrest geeft een illustratie van de onderlinge hiërarchie tussen de consumentenremedies. Bijzonder aan het arrest is dat het niet gaat over hiërarchie tussen de vier klassieke consumentenkooprемedies: herstel, vervanging, prijsvermindering of ontbinding. De consument vroeg hier immers een "schadevergoeding" als sanctie. De wet regelt deze specifieke sanctie vandaag echter niet. Het Hof van Cassatie stelt ook in die situatie voorop dat kosteloos herstel en vervanging in principe voorrang hebben.

2. Onderliggende feiten – Op 24 augustus 2017 kocht een consument een pup voor 950 EUR. De consument ondertekende een exemplaar van de algemene voorwaarden van de verkoper van de pup waarin werd verwezen naar de bepalingen van artikelen 1649*bis et seq.* Oud[2] BW. Verder expliciteerden deze voorwaarden gedetailleerd de omstandigheden waarin de koper zich kon beroepen op de remedies herstel, vervanging, ontbinding of een passende prijsvermindering.[3]

---

1. Vrijwillig wetenschappelijk medewerker Instituut voor Verbintenissenrecht KU Leuven en referendaris bij het Hof van Cassatie (deze bijdrage is in eigen naam geschreven). Met dank aan mr. S. Van Loock en dr. S. De Rey voor de waardevolle suggesties en het grondige naleeswerk van deze noot.
2. Sinds de inwerkingtreding van de wet van 13 april 2019 – met de structuur van het nieuwe Burgerlijk Wetboek en met Boek 8 – op 1 november 2020, krijgt het "Oude" Burgerlijk Wetboek officieel de titel van "Oud Burgerlijk Wetboek" (hierna ook: "OBW").
3. De algemene voorwaarden gingen met betrekking tot de remedies verder als volgt: "*Indien de verkoper aansprakelijk is, zal de koper zich in eerste instantie kunnen beroepen op een kosteloos herstel (genezing) of een kosteloze vervanging van het dier (naar keuze van de koper). Slechts indien herstel en vervanging niet mogelijk zijn binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast kunnen worden uitgevoerd, kan de koper de ontbinding (terugbetaling mits teruggave van het dier) of een passende prijsvermindering vragen.*
3.4. Kosteloos herstel impliceert dat de kosten van dierenartsen en dierengeneeskundige verzorging ten laste zijn van de verkoper. De koper kan echter enkel aanspraak maken op een kosteloos herstel door het dier aan de verkoper te bezorgen, die indien nodig een beroep zal doen op een dierenarts met het oog op de genezing van het dier. Behoudens in het in de volgende alinea bepaalde geval, kan de koper dus geen aanspraak maken op een kosteloos herstel (dit is geen vergoeding verkrijgen voor de kosten van dierenarts en dierengeneeskundige verzorging) indien hij het dier niet terugbezorgt aan de verkoper voor verzorging/genezing.
In geval van hoogdringendheid (i.e. wanneer het onmogelijk is om het dier tijdig voor verzorging te bezorgen aan de verkoper, alsook in het geval waarin de verkoper niet bereikbaar is) is het de koper toegestaan om zelf een beroep te doen op een dierenarts naar keuze, die zal instaan voor de dringende verzorging. De koper moet dan wel zo snel mogelijk, liefst binnen de 24 uur, contact opnemen met de verkoper, die kan beslissen dat het dier overgebracht moet worden naar hem of een door hem aangewezen dierenarts. De miskenning van deze voorwaarden heeft tot gevolg dat verdere kosten van dierengeneeskundige verzorging niet ten laste van de verkoper kunnen worden gelegd (tenzij het onverantwoord zou zijn het dier te verplaatsen)."

De consument stelde dat de pup reeds direct na de verkoop, op weg naar huis, braakte. Aanvankelijk schreef hij dit toe aan wagenziekte. Daarop nam de consument contact op met de verkoper in verband met de eetlust van het dier. Die laatste gaf de raad om het dier gekookte rijst met kip te eten te geven. Zonder de verkoper van de pup vooraf in te lichten, consulteerde de consument op 26 en 29 augustus 2017 een dierenarts. De consument liet het dier op 2 september 2017 opnemen in de kliniek Kleine Huisdieren van de Faculteit Dierengeneeskunde te Gent. Er werd vastgesteld dat het hondje aan parvovirose leed.[4] De dierenartsen van de universitaire dierenkliniek verzorgden de pup. De kosten van deze behandeling bedroegen 1.685,34 EUR.

De consument stelde op 8 september 2017 de verkoper van de pup in gebreke en vorderde een vergoeding van 1.893,20 EUR. Uiteindelijk dagvaardde de consument de verkoper bij exploot van 6 november 2017 voor het vredegerecht van het kanton te Hoogstraten om hem te laten veroordelen tot de betaling van een bedrag van 2.499,38 EUR. De vrederechter veroordeelde de verkoper tot betaling van een "schadevergoeding" van 2.049,38 EUR.

Op 19 april 2018 stelde de verkoper van de pup tegen dit vonnis hoger beroep in bij de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Turnhout. De appelrechter bevestigde op 21 januari 2019 het bestreden vonnis integraal.

3. Procedure in cassatie – De verkoper van de pup (de eiseres in cassatie) tekende cassatieberoep aan. In essentie verwijt de eiseres in cassatie de appelrechter onmiddellijk de "schadevergoeding" te hebben toegekend, zonder voorafgaandelijk vast te hebben gesteld of de consument (de verweerder in cassatie) aan de eiseres de mogelijkheid heeft geboden om zelf tot kosteloos herstel, zoals bedoeld in artikel 1649*quinquies*, § 2, OBW, over te gaan. Verder voert de eiseres aan dat de appelrechter ook niet vaststelt dat kosteloze herstelling van de pup door de eiseres zelf niet meer mogelijk was of abusievelijk zou zijn geweest.

4. Uitspraak in cassatie – Het Hof van Cassatie stelt uiteindelijk de eiseres in cassatie in het gelijk. De appelrechter had volgens het Hof van Cassatie – vooraleer een schadevergoeding toe te kennen – vast moeten stellen dat de verkoper de mogelijkheid werd geboden om zelf tot kosteloos herstel of kosteloze vervanging over te gaan of vast moeten stellen dat deze remedies niet meer mogelijk waren, onderling abusief waren of dat de eiseres deze niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de verweerder heeft verricht.

Het dient opgemerkt te worden dat het Hof van Cassatie dit arrest heeft geveld op andersluidende conclusie van het Openbaar Ministerie.[5] De advocaat-generaal stelde in haar conclusie de door het Hof uiteengezette principes niet in vraag. Ze ging evenwel uit van een andere feitelijke lezing van het bestreden vonnis. Ze besloot dat uit beslissing van de appelrechter bleek dat het dier zeer ziek was. Daardoor kon aan de consument in deze omstandigheden niet worden verweten dat hij met het dier een arts opzocht en naar het ziekenhuis ging. Ze las in het oordeel van de appelrechter dat hij daarmee impliciet – gelet op de vastgestelde ernst van de ziektetoestand van de pup – doch zeker had geoordeeld dat er sprake was van *hoogdringendheid* en dat de verplaatsing van het dier onverantwoord zou zijn. Hierdoor kon de consument zich beroepen op artikel 3.4, tweede alinea, van de algemene voorwaarden en was het impliciet doch zeker duidelijk dat een kosteloos herstel of de kosteloze vervanging door de eiseres *niet meer mogelijk* waren. Minstens zou dit niet zonder ernstige overlast van de consument zijn kunnen gebeuren omdat deze zich geconfronteerd zag met een situatie van medische hoogdringendheid om de pup in leven te houden.

5. De plaats van schadevergoeding in de hiërarchie van de consumentenkoopremedies – Het Hof van Cassatie onderstreept aldus duidelijk dat feitenrechters, volgens de huidige regels over de consumentenkoop, een zekere volgorde of hiërarchie tussen de remedies dienen te bewaken. Kosteloos herstel en kosteloze vervanging door de verkoper genieten in principe de voorkeur. In deze noot zal bijgevolg beknopt worden ingegaan op de hiërarchische relaties tussen de remedies die ter beschikking staan van de consument. Een bijkomende moeilijkheid is dat de consument *in casu* geen "klassieke" remedie uit het sanctiepalet voor consumenten koos: hij koos niet voor de zogenaamde "secundaire" remedies, namelijk een prijsvermindering of een ontbinding. Hij eiste evenwel een (schade)vergoeding om de operatie- en zorgkosten van het dier te verhalen. Bijgevolg wordt eveneens nagegaan hoe niet uitdrukkelijk voorziene remedies in het sanctiepalet van de consument, zoals de vervangende schadevergoeding en herstel door een derde, kunnen worden ingepast in de rangorde van de consumentenkoopremedies.

6. Vrije keuze van dierenarts krachtens het KB van 27 april 2007?[6] – Artikel 30, eerste en tweede lid van het koninklijk besluit van 27 april 2007 stelt voorop dat de verantwoordelijke van een kwekerij of handelszaak bij de verkoop van een hond een waarborg geeft over de gezondheid van het dier.[7] Daartoe overhandigt hij de koper een garantie-

4. Dit is een virale ziekte die spijsverteringsstoornissen veroorzaakt. Bij pups zou de mortaliteit 40% bedragen (www.nl.wikipedia.org/wiki/Parvovirose_(hond)).
5. Zie Concl. Adv. Gen. E. HERREGODTS onder Cass. 18 juni 2020, C.19.0322.N, *ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200618.1N.10*.
6. Koninklijk besluit van 27 april 2007 houdende erkenningsvoorwaarden voor inrichtingen voor dieren en de voorwaarden inzake de verhandeling van dieren (*BS* 6 juni 2007, p. 37.170).
7. Zie hierover ook: B. TILLEMAN en F. VAN DEN ABEELE, "Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgische Kooprecht (2017-2020)", *Themis. Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020, (59) 111.

certificaat zoals vooropgesteld in de bijlage XI van het koninklijk besluit. Daarnaast kan de koper, volgens het derde lid van artikel 31 van dat koninklijk besluit, ook een beroep doen op de wettelijke rechtsmiddelen zoals in de artikelen 1641 *et seq.* OBW.[8] De bijlage XI bij het koninklijk besluit van 27 april 2007[9] stelt verder in artikel 1 van het Garantiecertificaat dat de koper in alle omstandigheden de vrijheid geniet een dierenarts te kiezen.[10] Doorkruist dit principiële recht dan niet enige hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop, waardoor – althans bij dieren die onder het KB van 27 april 2007 vallen – steeds herstel door een derde, namelijk door de zelfgekozen dierenarts en aldus het verhalen van deze kosten, mogelijk zou zijn? Niettemin dient de principiële "vrijheid" van keuze van een dierenarts niet verward te worden met een principieel recht op vergoeding door de verkoper van de kosten die gemaakt worden door de koper van het dier bij een dierenarts. Artikel 1 van het Garantiecertificaat stelt immers dat de kosten van de dierenarts en van behandeling in principe ten laste vallen van de koper. Alleen in bepaalde omstandigheden kunnen deze kosten worden verhaald op de verkoper. De koper moet namelijk de procedure in artikel 4 van het Garantiecertificaat hebben gerespecteerd. Zo moet onder meer, in het geval een hond met parvovirose (zoals *in casu* het geval was), de dierenarts binnen de periode van 10 dagen vanaf de dag van de overdracht dit in een verklaring vermelden. De koper moet een kopie van deze verklaring naar de verkoper verzenden binnen de 2 werkdagen na de vaststelling van de dierenarts. Enkel als de koper gehele procedure van in artikel 4 respecteert, verbindt de verkoper zich volgens het certificaat ertoe de dierengeneeskundige en farmaceutische kosten ten gevolge van de ziekte, bewezen aan de hand van betalingsbewijzen, terug te betalen aan de koper en dit tot een maximum van 30% van het aankoopbedrag van het dier. *In casu* was er alleszins geen sprake van een dergelijke verklaring van een dierenarts waarin werd vastgesteld dat de pup aan parvovirose leed en die (tijdig) aan de verkoper was overgemaakt. Bijgevolg kon de koper van de pup deze elementen van het Garantiecertificaat niet inroepen waardoor het niet verwonderlijk is dat hij hierop geen beroep deed om de kosten van de dierengeneeskundige zorgen te verhalen op de verkoper. Uiteindelijk valt de koper van de pup terug op de wettelijke regeling. Aangezien hij een consument is, zullen zijn rechten beheerst worden door de regeling van de consumentenkoop.[11]

7. Schadevergoeding of herstel door een derde? – Nu al dient aangestipt te worden dat in het cassatiearrest en het verzoekschrift in cassatie louter sprake was van de sanctie van "schadevergoeding". Een aandachtige lezer merkt evenwel reeds op dat er *in casu* eigenlijk sprake is van "herstel door een derde".[12] Als de koper van een dier de medische verzorging laat uitvoeren door een derde en naderhand de kosten van deze "dekkingsherstelling"[13] verhaalt op de verkoper, is er strikt genomen geen sprake van een schadevergoeding maar van een kosteloze herstelling door een derde.[14] Niettemin stellen we vast dat het middel in cassatie niet over deze kwalificatievraag ging, en de cassatierechters bijgevolg niet op dit aspect ingingen.

8. Tussen oud en nieuw consumentenkooprecht – Bij elk onderwerp zal verder kort worden ingegaan op het komende recht, namelijk de bepalingen in de nieuwe richtlijn consumentenkoop nr. 2019/771 die de lidstaten moeten omzetten tegen uiterlijk 1 juli 2021.[15] Nu al kan aangegeven worden dat de oplossingen die vandaag door de richtlijn van 1999 en de Belgische omzetting worden aangereikt, enigszins gekunsteld zullen aanvoelen, zeker met betrekking tot de remedies bij de verkoop van levende dieren. De Uniewetgever voelde deze knelpunten ook aan en heeft hiermee dan ook rekening gehouden in de nieuwe richtlijn van 2019.

Specifiek met betrekking tot de problematiek van dieren, geeft artikel 3 van de nieuwe richtlijn alleszins al enige verduidelijking. Artikel 3, 5., b), biedt de lidstaten immers de vrijheid om levende dieren uit te sluiten van de werkingssfeer van de nieuwe richtlijn. Aangezien deze richtlijn uitgaat – in tegenstelling tot de oude richtlijn consumentenkoop – van de methode van de maximumharmonisatie, lijkt deze optie het overwegen waard (op voorwaarde dat een afdoend

8. Zie hierover ook: N. DROESBEKE, "Herstel van een 'gebrekkige' hond" (noot onder Vred. Antwerpen 11 december 2014), *DCCR* 2015, (206) 207.
9. *BS* 6 juni 2007, p. 37.229 *et seq.*
10. Zie hierover beknopt: F. VAN DEN ABEELE, "Primauteit van der verkoper tot herstel … ook bij dieren" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *NJW* 2020, (832) 833.
11. Het dient opgemerkt te worden dat aan *alle* toepassingsvoorwaarden van de consumentenkoop voldaan is: er is immers sprake van de koop/verkoop van een roerend lichamelijk goed voor particulier gebruik aangeboden door een beroepsmatige verkoper (zie ook art. 1649*bis* OBW en bv.: I. SAMOY, "Het toepassingsdomein van de verschillende koopregelingen in kaart gebracht (gemeenrechtelijke koop, consumentenkoop en internationale koop), met bijzondere aandacht voor gemengd gebruik en gemengde overeenkomsten", *TBBR* 2009, (71) 75-79).
12. Kadert de gehele uitspraak in de remedie van "herstel door een derde": F. VAN DEN ABEELE, "Primauteit van de verkoper tot herstel … ook bij dieren" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *NJW* 2020, (832) 832-833.
13. Deze term wordt ontleend aan: S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, nr. 649.
14. Zie over het verschil tussen een "(vervangende) schadevergoeding" en de kostenvergoeding bij herstel door een derde: S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, nr. 598 (bv.: bij de vervanging betaalt de schuldenaar enkel een geldsom ter vergoeding van de kosten van de concrete herstelmaatregel (de effectief gemaakte kosten); de schadevergoeding is evenwel begroot in functie van de normale marktkosten; hij wijst ook op een gedoogverbintenis bij de vervanging ten titel van herstel, nr. 602). Zie ook: B. TILLEMAN en F. VAN DEN ABEELE, "Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgische Kooprecht (2017-2020)", *Themis. Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020, (59) 113.
15. Richtlijn (EU) nr. 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van verordening (UE) nr. 2017/2394 en richtlijn nr. 2009/22/EG, en tot intrekking van richtlijn nr. 1999/44/EG (*Pb.* L. 136/28, 22 mei 2019).

regime voor de verkoop van levende dieren wordt uitgewerkt). Een andere optie is de remedies van herstel/vervanging door een derde en de vervangende schadevergoeding uit te werken als autonome remedies voor alle consumptiegoederen, ook met betrekking tot levende dieren (zie ook *infra*).

Hierna zal eveneens duidelijk worden dat de nieuwe richtlijn voor een *facelift* zorgt van de (hiërarchie tussen de) remedies. Niettemin krijgen de lidstaten, ondanks de maximumharmonisatiemethode, nog veel ruimte om deze remedies, en aldus ook hun onderlinge hiërarchie, te moduleren.

2. VOORRANG KOSTELOOS HERSTEL EN VERVANGING DOOR DE VERKOPER

9. Principiële voorrang van kosteloos herstel en vervanging door de verkoper – Zoals aangegeven, dient de hiërarchie tussen de remedies die ter beschikking staan van de consument toegelicht te worden om de hoofdredenering in het geannoteerde cassatiearrest te kaderen: de voorrang van kosteloos en herstel en vervanging door de verkoper.[16] Artikel 3, 3. richtlijn consumentenkoop 1999[17] voert immers een hiërarchie in tussen de vier remedies van de consument in het geval van niet-conformiteit van de geleverde goederen. In de Belgische omzetting – hoewel de richtlijn consumentenkoop 1999 uitgaat van de minimumharmonisatiemethode[18] – werd deze hiërarchie geheel overgenomen. Dat betekent dat de consument, noch de verkoper zomaar een beroep kunnen doen op de remedie die hun persoonlijke voorkeur meedraagt. Het herstel en de vervanging door de verkoper zijn de primaire remedies terwijl de prijsvermindering en de ontbinding van het contract de secundaire remedies zijn. Ook de nieuwe richtlijn consumentenkoop 2019 stelt deze hiërarchie voorop, zij het in een iets mildere variant.

10. Plan – We zullen hierna eerst nagaan wat de verhouding is tussen de primaire remedies onderling (i.), de primaire en de secundaire remedies (ii.) en de secundaire remedies onderling (iii.). Specifiek met betrekking tot het huidige cassatiearrest rijst de bijkomende vraag hoe een vervangende schadevergoeding zich precies inpast in deze hiërarchie (iv.). Verder gaan we ook in op wat de gevolgen zouden kunnen zijn van een keuze voor de verkeerde remedie (v.) en of en hoe er contractueel afgeweken kan worden van de wettelijk vooropgestelde hiërarchie (vi.). Deze complexe verhouding tussen de consumentenkoopremedies verklaart dan ook de (op het eerste gezicht strenge) beslissing van het Hof van Cassatie (vii.).

i. Verhouding tussen de primaire remedies

11. Vrije keuze … – Artikel 3, 3. richtlijn consumentenkoop 1999 bepaalt dat de consument in de eerste plaats het recht heeft om *van de verkoper* het *kosteloze herstel* of de *kosteloze vervanging* van de goederen te verlangen, behalve als dat *onmogelijk* of *buiten verhouding* zou zijn. Die regel werd omgezet in het Belgisch recht in artikel 1649*quinquies*, § 2, eerste en derde lid, OBW. In principe heeft de consument dus het recht om te kiezen tussen deze twee "primaire" remedies als hij enige proportionaliteit respecteert. De verkoper mag uiteraard steeds aan de consument een minnelijk voorstel doen door één van de twee primaire remedies aan te bieden, maar het staat de consument vrij dit voorstel aan te nemen of te weigeren.[19]

12. … maar moet mogelijk of proportioneel zijn – Hieruit volgt dat de consument niet kan kiezen voor een primaire remedie als die remedie *onmogelijk* is geworden. En zelfs als het mogelijk is om de twee primaire remedies toe te passen, dan nog dient de keuze van de consument voor één van de twee redelijk of proportioneel te zijn. De *proportionaliteit* van die keuze wordt ingeschat aan de hand van de volgende factoren: 1) de waarde die de goederen zonder het gebrek aan overeenstemming zouden hebben; 2) de ernst van het gebrek aan overeenstemming; 3) de vraag of de alternatieve wijze van genoegdoening concreet mogelijk is zonder ernstige overlast voor de consument.[20]

16. Zie bv. uitgebreid over de hiërarchie tussen de consumentenkoopremedies: S. JANSEN, *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2018, 14 *et seq*. Zie ook recent over zowel de oude als de nieuwe richtlijn consumentenkoop: S. JANSEN en S. STIJNS, "La directive nouvelle est arrivée: conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771", *DCCR* 2020, (3) 43 *et seq*.

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

18. Met de methode van minimale harmonisatie staat het de lidstaten vrij om regels in te voeren die het beschermingsniveau versterken. Art. 8, tweede lid richtlijn consumentenkoop 1999 bepaalt immers dat de lidstaten op het door deze richtlijn bestreken gebied, strengere voorschriften kunnen vaststellen of handhaven voor zover deze met de richtlijn verenigbaar zijn, teneinde de consument een hogere graad van bescherming te verzekeren.

19. Considerans 12 richtlijn consumentenkoop 1999. Zie ook: S. STIJNS, "De remedies van de koper bij niet-conformiteit" in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (53) 58. Zie ook: P. WERY, "Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité" in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (127) 136 (dit minnelijk voorstel kan ook slaan op de prijsvermindering of de ontbinding).

20. Zie art. 3, 3. richtlijn consumentenkoop 1999 en art. 1649*quinquies*, § 2, OBW.

Artikel 3, 3. *in fine* richtlijn consumentenkoop 1999 preciseert ten slotte dat elk herstel of elke vervanging binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de consument moet plaatsvinden, rekening houdend met de aard van de goederen en het gebruik van de goederen dat de consument wenste (zie hieronder in relatie met de secundaire remedies).

13. De invloed van de zaken Weber / Putz – Het arrest *Weber / Putz* van het Hof van Justitie van de EU van 16 juni 2011 speelt op het vlak van de proportionaliteit *tussen* de primaire remedies onderling een belangrijke rol.[21] In overweging 68 van dat arrest stelt het Hof van Justitie dat artikel 3, 3., tweede lid richtlijn consumentenkoop 1999 de notie van "disproportionaliteit"[22] enkel definieert ten aanzien van de *alternatieve* vorm van (primaire) genoegdoening. Het gaat dus enkel over zogenaamde "relatieve disproportionaliteit" tussen het herstel of de vervanging van de niet-conforme goederen en *niet* tussen de primaire remedies enerzijds en de secundaire remedies anderzijds. Als er maar één van de twee primaire remedies mogelijk is, mag de verkoper deze remedie aldus niet weigeren. Niettemin is de verkoper ook in dit geval beschermd. De schadevergoeding voor de consument voor de verwijdering van het niet-conforme goed en de installatie van een vervanggoed wordt, indien nodig, beperkt zodat de verkoper maar een proportioneel deel van de kosten dient te dragen.[23] In dat laatste geval kan de consument toch nog opteren voor een secundaire remedie, namelijk de ontbinding of de prijsvermindering. Van belang is dat het Hof van Justitie van oordeel is dat niet dient overgegaan te worden tot een proportionaliteitsafweging tussen de primaire en de secundaire remedies.[24] Dat betekent ook dat het verbod op rechtsmisbruik enkel speelt tussen de primaire remedies onderling en niet tussen de primaire en de secundaire remedies.[25]

14. Eenzelfde verhouding tussen de primaire remedies onder de nieuwe richtlijn, maar … – Het herstel en de vervanging zijn ook in de richtlijn consumentenkoop 2019 de voorkeurremedies (zie ook *infra*). De consument kan vrij kiezen tussen die twee remedies op voorwaarde dat zijn keuze niet *onmogelijk* is of geen *disproportionele* kosten teweegbrengt voor de verkoper in vergelijking met de andere optie.[26] Deze regel lijkt op die in artikel 3, 3. richtlijn consumentenkoop 1999. Beide instrumenten schrijven immers voor dat voor de proportionaliteitstest rekening wordt gehouden met alle omstandigheden, in het bijzonder met: 1) de waarde van de goederen zonder gebrek aan overeenstemming; 2) het belang van het gebrek aan overeenstemming en 3) of enige andere vorm van genoegdoening mogelijk is zonder ernstige overlast voor de consument.

Met betrekking tot de proportionaliteitstoets schrijft artikel 13, 3. richtlijn consumentenkoop 2019 verder voor dat "*de verkoper kan weigeren om de goederen conform te maken als herstellingen en vervanging onmogelijk zijn of voor de verkoper onevenredige kosten met zich zouden brengen, rekening houdend met alle omstandigheden, met inbegrip van die welke zijn bedoeld in lid 2, onder a) en b)*". Deze paragraaf wijkt aldus volledig af van de leer van het *Weber / Putz*-arrest.[27] Dat betekent dat de proportionaliteitstest *niet meer exclusief speelt tussen de primaire remedies*, maar ook tussen de primaire en secundaire remedies onderling. Dit zal een belangrijke invloed hebben op de hiërarchie tussen de primaire en de secundaire remedies (zie *infra*), die nu ook de proportionaliteit tussen de remedies in rekening dient te brengen. Aldus zal de toets van het verbod op rechtsmisbruik zowel tussen de primaire remedies onderling een rol spelen, als tussen de primaire en de secundaire remedies.

ii. Verhouding tussen de primaire en de secundaire remedies

15. De richtlijn consumentenkoop 1999: strenge hiërarchie – Zoals aangehaald, hanteert artikel 3, 3. richtlijn consumentenkoop 1999 een echte hiërarchie[28] tussen de ver-

21. HvJ, C-65/09 en C-87/09, *Gebr. Weber GmbH / Jürgen Wittmer* en *Ingrid Putz / Medianess Electronics GmbH*, [2011]. Zie ook: B. TILLEMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 751.
22. Zie over de verhouding met het nationaalrechtelijke verbod op rechtsmisbruik hieronder.
23. Zie: HvJ, C-65/09 en C-87/09, *Gebr. Weber GmbH / Jürgen Wittmer* en *Ingrid Putz / Medianess Electronics GmbH*, [2011], punten 74 en 78.
24. Zie nochtans voor dit arest van het HvJ: Vred. Landen 13 september 2007, *T.Vred.* 2009, 241, noot C. DELFORGE.
25. Zie hierover ook *infra*, randnr. 15, vn. 33.
26. Art. 132, Richtlijn consumentenkoop 2019.
27. Zie ook: J.M. CARVALHO, "Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771", *EuCML* 2019, (194) 200-201; C. CAUFFMAN, "New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2019, Editorial, 2 (www.doi.org/10.1177/1023263X19865835).
28. C.M. BIANCA, "Article 3. Droits et remèdes du consommateur" in C.M. BIANCA, S. GRUNDMANN en S. STIJNS (eds.), *La directive communautaire sur la vente. Commentaire*, Brussel-Parijs, Bruylant-LGDJ, 2004, (179) 191 en 204; R.M. DSA en T. KRUMMEL, "Sale of consumer goods and associated guarantees: a minimalist approach to harmonized European Union consumer protection", *E.L.Rev.* 2001, (312) 319-320; S. STIJNS, "De remedies van de koper bij niet-conformiteit" in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (53) 55; F.E. ZOLLERS, S.N. HURD en P. SHEARS, "Consumer Protection in the European Union: An Analys of the direction on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees", *U.Pa.J.Int'l Econ. L.* 1999, (97) 110, vn. 85; A. VAN OEVELEN, "De Wet Consumentenkoop" in *CBR Jaarboek*, Antwerpen, Maklu, 2006, (117) 141; P. WERY, "Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité" in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (127) 134. Het principe van een hiërarchie tussen de remedies is ruimer aanvaard: zie C. HAWES en C. TWIGG-FLESNER, "Sales and guarantees" in G. HOWELLS, T. RAMSAY, T. WILHELMSSON ET AL. (eds.), *Handbook of research on International Consumer Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, (192) 202-203; R. SCHULZE en F. ZOLL, *European Contract Law*, München, Beck, 2016, 255.

schillende remedies van de consument in geval van niet-conformiteit van de geleverde goederen.[29] Dit artikel gaat als volgt: "*In **eerste instantie** heeft de consument het recht om van de verkoper het kosteloze herstel of de kosteloze vervanging van de goederen te verlangen behalve als dat onmogelijk of buiten verhouding zou zijn.*"[30] Dit betekent dat de consument verplicht is om *eerst* de remedies van (kosteloze) vervanging of herstel in te roepen en dat de verkoper dit ook dient uit te voeren.

We hebben reeds gezien dat de zaken *Weber / Putz* van het Hof van Justitie de consument toelaat te kiezen tussen herstel en vervanging zelfs als deze primaire remedies disproportionele kosten veroorzaken bij de verkoper in vergelijking met de remedies van prijsvermindering en ontbinding.[31] Bijgevolg is het proportionaliteitscriterium enkel van toepassing tussen de twee primaire remedies en niet tussen de primaire en de secundaire remedies. Dit betekent dat de verkoper geen exceptie kan inroepen gebaseerd op het verbod op rechtsmisbruik om één van de secundaire remedies vooruit te schuiven.[32] Hieruit volgt dat de primaire remedies het karakter krijgen van zogenaamde "discretionaire" rechten in hun verhouding ten aanzien van de secundaire remedies.

Het is pas in subsidiaire orde dat de consument kan kiezen voor de prijsvermindering of de ontbinding van het contract. Het is duidelijk dat deze remedies ondergeschikt zijn aan het herstel en aan de vervanging omdat ze enkel in de volgende twee situaties kunnen worden ingeroepen: 1) als de consument *geen recht heeft op het herstel of de vervanging* van het goed; of 2) indien de verkoper *niet binnen een redelijke termijn tot genoegdoening* is overgegaan, of indien de verkoper *niet zonder ernstige overlast* voor de consument tot genoegdoening is overgegaan (art. 3, 5. richtlijn consumentenkoop 1999). Dit betekent dat de remedies van herstel en vervanging niet enkel een recht zijn van de consument, maar ook een recht voor de verkoper. Dit impliceert een "*right to cure*" vanwege *de verkoper*.[33] Hij krijgt een tweede kans om het contract uit te voeren. We zullen zien dat deze insteek van de Europese wetgever in belangrijke mate het geannoteerde arrest zal verklaren (zie *infra*, randnr. 17).

16. Minimale harmonisatie en de Belgische omzetting – Het is van belang hier te herhalen dat de richtlijn consumentenkoop 1999 een instrument van minimale harmonisatie is. Dat betekent dat de lidstaten van de EU verregaandere maatregelen mogen aannemen of introduceren, die een hogere consumentenbescherming beogen (zie art. 8 richtlijn consumentenkoop 1999). Bijgevolg mogen de lidstaten afwijken van de strikte hiërarchie die door de richtlijn wordt vooropgesteld. Niettemin moet de gekozen hiërarchie (of het gebrek eraan) voordeliger zijn voor de consumenten in vergelijking met het regime vooropgesteld in de richtlijn consumentenkoop 1999. Zoals aangegeven (zie *supra*, randnr. 9), heeft de Belgische wetgever de organisatie van de remedies van de voornoemde richtlijn letterlijk in het Belgisch recht omgezet (zie art. 1649*quinquies* OBW). De consument kan enkel prijsvermindering of ontbinding van het contract vragen als herstel of vervanging onmogelijk zijn of de verkoper dit niet kan bewerkstelligen binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument.

17. Het geannoteerde arrest – Die regel verklaart alvast een belangrijk deel van het geannoteerde arrest. Het arrest stelt immers voorop dat de feitenrechter, onder het huidige regime van de consumentenkoop, steeds eerst moet nagaan of het herstel of de vervanging onmogelijk zijn of niet kunnen worden bewerkstelligd door de verkoper binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument. Zo wordt benadrukt dat het herstel of de vervanging door de verkoper de primaire remedies zijn.

De verwijzing in het geannoteerde cassatiearrest dat de feitenrechter moet nagaan of de remedies van herstel of vervanging "onderling" abusief zijn, is strikt genomen niet noodzakelijk om de voorrang van de primaire remedies voorop te stellen. Deze zinsnede is dan ook vermoedelijk louter voor de volledigheid opgenomen om de *Weber / Putz*-rechtspraak van het Hof van Justitie in herinnering te brengen. Het is inderdaad zo dat de proportionaliteitstoets enkel speelt tussen de primaire remedies "onderling" en niet tussen de primaire en de secundaire remedies. Door deze zinsnede toe te voegen geeft het Hof een overzicht van alle hiërarchische verhoudingen tussen de remedies onderling, niet alleen van de hiërarchie tussen de primaire en de secundaire remedies.

18. Verhouding tussen de primaire en de secundaire remedies in de nieuwe richtlijn – Terwijl de richtlijn consumentenkoop 1999 uitgaat van een strikte hiërarchie tussen de remedies, is dit niet meer het geval voor de richtlijn con-

29. Zie ook de Engelse auteur die zich na de omzetting van de richtlijn consumentenkoop 1999 afvraagt of de uitvoering *in natura* nu de normale remedie voor de consument is geworden in het Engels consumentencontractenrecht: D.R. HARRIS, "Specific performance – a regular remedy for consumers?", *L.Q.R.* 2003, vol. 119, (541) 541-544.

30. Benadrukking toegevoegd.

31. HvJ, C-65/09 en 87/09, *Gebr. Weber / Jürgen Wittmer* en *Ingrid Putz / Medianess Electronics GmbH*, [2011].

32. P. WERY, "Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité" in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (127) 150.

33. V. MAK, *Performance oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oregon, Oxford en Portland, Hart Publishing, 2009, 150. Zie ook: P. WERY,"Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité" in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (127) 144.

sumentenkoop 2019.[34] De strikte hiërarchie wordt verzacht door de voornoemde *Weber / Putz*-rechtspraak te verlaten en door de mogelijkheid voor de lidstaten[35] om bijkomende remedies te introduceren of te behouden.

Eerst en vooral is het belangrijk om te herhalen dat de richtlijn consumentenkoop 2019 hetzelfde uitgangspunt huldigt als de richtlijn van 1999: de remedies van herstel en vervanging door de verkoper zijn de primaire remedies en de ontbinding en de prijsvermindering de secundaire.[36]

Volgens artikel 13, 4. richtlijn consumentenkoop 2019 heeft de consument enkel het recht op een prijsvermindering of een ontbinding in de volgende gevallen, namelijk als:

– de verkoper de herstelling of vervanging *niet heeft voltooid*;
– de verkoper, indien van toepassing, de herstelling of vervanging niet heeft voltooid overeenkomstig artikel 14, 2. en 3. (de goederen terugnemen op zijn kosten, de niet-conforme goederen terugnemen en vervanggoederen installeren of de kosten ervan ten laste nemen);
– de verkoper de goederen heeft geweigerd conform te maken overeenkomstig het derde lid van artikel 13 bij toepassing van de *proportionaliteitstest* tussen de (primaire en de secundaire) remedies[37];
– blijkt dat er een conformiteitsgebrek is ondanks de *poging* van de verkoper om de goederen conform te maken[38];
– het conformiteitsgebrek *zo ernstig* is dat een onmiddellijke prijsvermindering of ontbinding van de koopovereenkomst gerechtvaardigd is[39];
– de verkoper heeft verklaard of uit de omstandigheden duidelijk blijkt dat de verkoper de goederen door middel van herstelling of vervanging niet binnen een *redelijke termijn* [40] of zonder *ernstige overlast* voor de consument conform de overeenkomst zal maken.

Als we die lijst vergelijken met de richtlijn consumentenkoop 1999 dan wordt het toepassingsgebied van de prijsvermindering en van de ontbinding merkbaar uitgebreid. Verder heeft de Europese wetgever de lidstaten de vrijheid gegeven om de remedies van *schadevergoeding* en vervanging/herstel *door een derde* te regelen (zie art. 3, 6. en considerans 18 en zie ook *infra*). Daarin ligt de mogelijkheid verscholen voor de lidstaten om de hiërarchie der remedies te moduleren (en dus te verzachten).[41] Inderdaad, men kan die remedies (van schadevergoeding en vervanging/herstel door een derde) dusdanig vormgeven dat ze eenvoudiger toepasbaar zijn voor de consumenten, zonder de bijkomende toepassingsvoorwaarden van in artikel 13, 4. richtlijn consumentenkoop 2019 te vereisen die worden opgelegd om de secundaire remedies te kunnen inroepen.

Ten tweede heeft de Europese wetgever ook in de mogelijkheid voorzien dat de lidstaten hun regels van gemeen recht zouden behouden met betrekking tot *verborgen gebreken* (zie art. 3, 7. en considerans 18 richtlijn consumentenkoop 2019). De vraag rijst of de methode van de maximumharmonisatie de lidstaten zal toestaan om hun regels en remedies te behouden voor verborgen gebreken tijdens of enkel na de garantietermijn van 2 jaren. Als dit het geval zou zijn, kan de hiërarchie der remedies ook eenvoudig worden gewijzigd, althans voor wat betreft de remedies in geval van verborgen

34. Zie bv.: S. JANSEN en S. STIJNS, "La directive nouvelle est arrivée: conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771", *DCCR* 2020, (3) nrs. 76 *et seq.*; H. SLACHMUYLDERS, "Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop" (noot onder Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019), *DCCR* 2020, (135) 146; B. TILLEMAN en F. VAN DEN ABEELE, "Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgische Kooprecht (2017-2020)", *Themis. Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020, (59) 110.

35. Uiteraard was dit ook reeds mogelijk bij de richtlijn consumentenkoop 1999 vanwege de minimumharmonisatie-methode.

36. Zie in dezelfde zin: J. VANHERPE, "White Smoke, but Smoke Nevertheless : Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content", *ERPL* 2020, (251) 266, nr. 22.

37. Dit is aldus een afwijking op de *Weber / Putz*-rechtspraak. Zie bv. ook in deze zin: B. TILLEMAN en F. VAN DEN ABEELE, "Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgische Kooprecht (2017-2020)", *Themis. Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020, (59) 110.

38. Voor wat betreft de situatie waarin een gebrek aan overeenstemming opnieuw opduikt ondanks de poging tot herstel door de verkoper, stelt considerans 52 van de richtlijn consumentenkoop 2019 dat objectief moet worden bepaald of de consument moet instemmen met verdere pogingen van de verkoper om de goederen in conformiteit te brengen. Hierbij moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, zoals het type en de waarde van de goederen en de aard en de omvang van het conformiteitsgebrek. Met name voor dure en complexe goederen kan het gerechtvaardigd zijn de verkoper toe te staan nog een poging te ondernemen om het conformiteitsgebrek te verhelpen. Considerans 52 geeft een voorbeeld: als het gaat om een complex en duur goed, kan het gerechtvaardigd zijn de verkoper toe te staan nog een poging te ondernemen om het conformiteitsgebrek te verhelpen.

39. Het is ook belangrijk dat de consument het *vertrouwen* behoudt in de verkoper en dat deze in staat is om de goederen al dan niet conform te maken. Bij een zeer ernstige tekortkoming kan dit vertrouwen van de consument in de verkoper verloren zijn (zie ook considerans 52). Zie voor voorbeelden: B. TILLEMAN en F. VAN DEN ABEELE, "Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgische Kooprecht (2017-2020)", *Themis. Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020, (59) 111.

40. Considerans 55 preciseert wat de "redelijke termijn" met betrekking tot het verhelpen van een conformiteitsgebrek van het goed in dit kader betekent. Dit stemt overeen met de kortst mogelijke termijn om het herstel of de vervanging uit te voeren, rekening houdend met de aard en de complexiteit van het goed, de ernst van de tekortkoming en de noodzakelijke inspanning om het herstel of de vervanging uit te voeren. De lidstaten mogen hiertoe *vaste termijnen* invoeren die algemeen als "redelijk" zouden worden beschouwd om een herstelling of vervanging uit te voeren, en in het bijzonder voor bepaalde categorieën van goederen. Dit laatste wordt evenwel afgeraden in CRB, *Advies 2019-1660 omzetting van de Europese richtlijnen inzake consumentenkoop van zowel goederen als digitale inhoud en diensten*, 3 september 2019, 14. Is eveneens gekant tegen het invoeren van dergelijke vaste termijnen voor vervanging of herstelling: HOGE RAAD VOOR DE ZELFSTANDIGEN EN DE KMO, "Advies over de omzetting van twee richtlijnen consumentenrecht", MH/RaB/AS 808-2019, Brussel, 1 oktober 2019, 6.

41. Zie ook impliciet: B. TILLEMAN en F. VAN DEN ABEELE, "Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgische Kooprecht (2017-2020)", *Themis. Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020, (59) 109 ("*De mogelijkheid tot moduleren stopt hier niet.*").

gebreken. Er dient opgemerkt te worden dat momenteel de richtlijn consumentenkoop 1999 en haar omzetting in het Belgisch recht uitgaan van een zogenaamd "monistisch" systeem.[42] Dit betekent dat er sprake is van een eengemaakt systeem met dezelfde remedies voor zowel de niet-conforme levering als voor verborgen gebreken. Dit monistisch systeem wijkt af van het Belgisch gemeen kooprecht dat uitgaat van een dualistisch systeem.

Ten slotte maken artikel 3, 7. en considerans 19 van de nieuwe richtlijn het de lidstaten mogelijk om de consumenten toe te staan een specifieke remedie te kiezen indien binnen een periode na levering van ten hoogste 30 dagen blijkt dat de goederen een conformiteitsgebrek vertonen. Zo mag de consument de gebrekkige goederen weigeren en de overeenkomst als "opgezegd" beschouwen of verzoeken om de onmiddellijke vervanging. Deze mogelijkheid tot het weigeren van een goed dat is aangetast door een gebrek aan overeenstemming, komt eigenlijk neer op de *ontbinding* van de overeenkomst.[43] Deze vrijheid voor de lidstaten kan dus potentieel ook raken aan de hiërarchie van de remedies[44], althans tijdens de eerste 30 dagen na levering van de goederen.[45]

iii. Verhouding tussen de secundaire remedies

19. Secundaire remedies – Zoals gezegd, zijn de prijsvermindering en de ontbinding de zogenaamde "secundaire" remedies. Hoewel in het geannoteerde arrest geen sprake is van een eis tot prijsvermindering of ontbinding van de overeenkomst vanwege de consument, is het toch van belang kort in te gaan op hun onderlinge verhouding. Zo hebben we bij de bespreking van de mogelijkheid tot alternatieve sancties, zoals de vervangende schadevergoeding en herstel/vervanging door een derde (zie punt iv.), een volledige beeld van het sanctiearsenaal dat ter beschikking staat van de consument.

20. Geen ontbinding bij een gering gebrek aan overeenstemming – In principe beschikt de consument over een vrije keuze tussen de secundaire remedies.[46] Niettemin stelt artikel 3, 6. richtlijn consumentenkoop 1999 dat de consument geen ontbinding mag vragen als het gebrek aan overeenstemming gering is. Die beperking is niet voorzien in het geval van een prijsvermindering.[47] Een prijsvermindering zal net een gepaste remedie zijn in geval van een gering gebrek aan overeenstemming.[48]

In het Belgisch recht bevat artikel 1649*quinquies*, § 3, tweede lid, OBW voor wat betreft de ontbinding de voornoemde voorwaarde dat er sprake moet zijn van een zekere ernst van het gebrek aan overeenstemming. De wetgever had kunnen afwijken van deze regel – gelet op de minimumharmonisatie – om de toepassing van de ontbinding eenvoudiger te maken voor de consument. Niettemin heeft de Belgische wetgever ervoor gekozen om die beperking te behouden, wellicht omdat ze overeenstemt met het gemeen recht dat voor een ontbinding ook een voldoende ernstige tekortkoming aan het contract vereist.[49] De tekortkoming moet worden afgewogen rekening houdend met de waarde van het goed, het resterende nut van het goed voor de consument en de last die het gebrek aan overeenstemming veroorzaakt.[50] Welke partij zal evenwel de bewijslast dragen van de ernst van de tekortkoming? In het gemeen recht draagt de schuldeiser die de ontbinding vraagt de bewijslast. Dit betekent dat bij de consumentenkoop de consument moet bewijzen dat het gebrek aan overeenstemming niet gering is.[51]

---

42. Zie hierover uitgebreid: A. LENAERTS, "Het nieuwe begrip conformiteit in het Belgisch en het Duits kooprecht", *TBBR* 2006, 82 *et seq.*; L. PEETERS, "De nieuwe wetgeving voor consumentenkoop ... (eindelijk) in het B.W.", *RW* 2004-05, (441) 442-443 en 446; S. STIJNS, "De remedies van de koper bij niet-conformiteit" in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (53) 63-64; A. VAN OEVELEN, "De Wet Consumentenkoop" in *CBR Jaarboek*, Antwerpen, Maklu, 2006, (117) 127.
43. S. JANSEN en S. STIJNS, "La directive nouvelle est arrivée: conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771", *DCCR* 2020, (3) 49. Zie ook in de zin van een buitengerechtelijke ontbinding, doch met advies hier geen gebruik van te maken (ook in het licht van de duurzaamheid): CRB, *Advies 2019-1660 omzetting van de Europese richtlijnen inzake consumentenkoop van zowel goederen als digitale inhoud en diensten*, 3 september 2019, 6.
44. Zie in dezelfde zin: J.M. CARVALHO, "Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771", *EuCML* 2019, (194) 200.
45. Inderdaad, deze considerans biedt de mogelijkheid dat lidstaten in deze periode de ontbinding toestaan, in plaats van de uitvoering van het contract door herstelling of vervanging, die nochtans de voorkeurremedies zijn in de richtlijn. Zie ook impliciet: B. TILLEMAN en F. VAN DEN ABEELE, "Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgische Kooprecht (2017-2020)", *Themis. Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020 (59) 109-110 ("*De mogelijkheid tot moduleren stopt hier niet.*").
46. S. STIJNS,"De remedies van de koper bij niet-conformiteit" in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (53) 56; P. WERY, "Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité" in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (127) 152.
47. Deze beperking is evenmin voorzien voor de primaire remedies, het herstel en de vervanging.
48. Zie hierover ook: S. JANSEN, *Prijsvermindering*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 834 *et seq.*
49. P. WERY, "Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité" in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (127) 154.
50. L. PEETERS,"De nieuwe wetgeving voor consumentenkoop ... (eindelijk) in het B.W.", *RW* 2004-05, (441) 451.
51. S. STIJNS,"De remedies van de koper bij niet-conformiteit" in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (53) 77 (is van mening dat een omkering van de bewijslast voordeliger zou zijn voor de consument); in de zin dat de geest van de wet vereist dat de verkoper eigenlijk moet aantonen dat het gebrek aan overeenstemming slechts gering is: P. WERY,"Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité" in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (127) 154.

21. Verhouding tussen de secundaire remedies in de nieuwe richtlijn – De richtlijn consumentenkoop 2019 opteert – net zoals de oude richtlijn – opnieuw voor de voorwaarde dat het gebrek aan overeenstemming niet gering mag zijn (art. 13, 5.).[52] Dit wil zeggen dat de prijsvermindering en de ontbinding, net als in de richtlijn consumentenkoop 1999, niet op voet van gelijkheid staan. Het dient opgemerkt te worden dat in de context van de maximumharmonisatie, de lidstaten niet zonder meer kunnen afwijken van deze regel. Niettemin innoveert de richtlijn van 2019 door te bepalen dat de verkoper de *bewijslast* draagt met betrekking tot de geringe aard van het conformiteitsgebrek, wat een belangrijke tegemoetkoming is ten voordele van consumenten.[53]

iv. Herstel/vervanging door een derde en schadevergoeding?

22. Alternatieve remedies? – De richtlijn consumentenkoop 1999, noch de Belgische omzetting ervan, werken enige andere remedie uit buiten het herstel en de vervanging door de verkoper, de prijsvermindering en de ontbinding van het contract. Niettemin rijst in de praktijk de prangende vraag of en hoe andere remedies toegepast kunnen worden. Vaak is een consument geneigd zelf praktische oplossingen te zoeken voor gebreken die rijzen aan het gekochte goed. *De facto* komt die démarche van de consument vaak neer op een herstel van een goed door een derde die uiteindelijk resulteert in de vraag tot schadevergoeding. Doet de consument hier wel goed aan? Ook in het geannoteerde arrest wachtte de consument het herstel of de vervanging door de verkoper niet af. De consument is immers bezorgd en wil snel de beste zorgen voor de pup waaraan hij zich heeft gehecht. Hij vertrouwt het dier dan ook niet toe aan de verkoper, maar aan een zelfgekozen dierenarts.

23. Herstel/vervanging door een derde: staat niet in de wet – De richtlijn consumentenkoop 1999 maakt geen gewag van de "vervanging of herstelling door een derde of door de koper zelf" als mogelijke oplossing bij een conformiteitsgebrek. Het ontbreken van deze mogelijkheid, gelezen in verband met de hiërarchie der remedies zal, bij een gebrek aan overeenstemming tussen de partijen hieromtrent, ertoe leiden dat die remedies moeilijker doorgang zullen vinden.[54] Hetzelfde geldt voor de rigide Belgische omzetting van de richtlijn consumentenkoop, die enkel gewag maakt van het recht van de consument "*om **van de verkoper** het kosteloze herstel of de kosteloze vervanging van het goed te verlangen*".[55] Er wordt geen gewag gemaakt van de mogelijkheid dit herstel of deze vervanging door *een derde* te laten uitvoeren.[56] Een ongeduldige consument die het goed snel ter vervanging of ter herstelling bij een derde aanbiedt, zonder eerst de verkoper de mogelijkheid te bieden om het goed te herstellen of te vervangen, kan – zoals we hebben kunnen vaststellen bij de bespreking van de hiërarchie tussen de primaire en de secundaire remedies – in het slechtste geval zijn remedies verliezen (zie evenwel voor een voorstel tot nuancering, *infra*, randnr. 29).[57] Het gebrek aan die remedie in de wettelijke regeling van de consumentenkoop staat in schril contrast met de evoluties in het gemeen contractenrecht waar het Hof van Cassatie in een arrest van 18 juni 2020 nu ook expliciet de *buitengerechtelijke* vervanging aanvaardt, althans in uitzonderlijke omstandigheden zoals bij hoogdringendheid op voorwaarde dat de schuldeiser de redelijke belangen van de schuldenaar in acht neemt.[58] Ook artikel 5.85, derde lid, van het voorgestelde Boek 5 inzake

52. Considerans 53 richtlijn consumentenkoop 2019 verklaart de "herinvoering" (in het voorstel voor een richtlijn betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen, COM/2015/0635 final – 2015/0288 (COD), was deze vereiste nl. afgeschaft) van de voorwaarde dat het conformiteitsgebrek niet gering mag zijn door het behoud van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen van de koopovereenkomst.

53. Zie bv.: S. JANSEN en S. STIJNS,"La directive nouvelle est arrivée: conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771", *DCCR* 2020, (3) 50-51.

54. S. JANSEN en S. STIJNS, "La directive nouvelle est arrivée: conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771", *DCCR* 2020, (3) nr. 67.

55. Benadrukking toegevoegd.

56. Vgl.: De Rey wijst er evenwel in zijn proefschrift op dat de kwalificatie of gelijkschakeling van "dekkingsherstelling" door een derde als een kosteloze vervanging of kosteloos herstel door de verkoper, zoals door sommige feitenrechtspraak aanvaard (bv. Antwerpen 21 mei 2012, *NJW* 2013, (122) 124, noot R. STEENNOT; Vred. Antwerpen 11 december 2014, *DCCR* 2015, 195, noot N. DROESBEKE, *NJW* 2015, 649, noot J. WILLEMS, *RW* 2015-16, 1429 en *T. Vred.* 2015, 401 (de vrederechter stelt hier, onzuiver, het herstel door een derde gelijk aan de primaire remedie van herstel door de verkoper)), er noodzakelijk toe leidt dat de primauteit van herstel en vervanging zich uitstrekt tot de "dekkingsherstelling" door een derde, hetgeen ook in het Nederlands recht uitdrukkelijk aanvaard is voor wat betreft de consumentenkoop (*cf.* art. 7:21, zesde lid, Nederlands BW): S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, nr. 650. Deze kwalificatie gaat echter voorbij aan de quasi letterlijke omzetting van de richtlijn consumentenkoop 1999 in het Belgisch recht, die deze remedie, weliswaar jammer genoeg, niet voorziet (hetgeen wel het geval is voor wat betreft het Nederlands recht).

57. Zie bv.: Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019, *DCCR* 2020, 129, noot H. SLACHMUYLDERS. Zie ook: H. SLACHMUYLDERS, "Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop" (noot onder Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019), *DCCR* 2020, (135) 143 *et seq.*, nrs. 17-18. Vgl. evenwel met: Rb. West-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 15 november 2019, *TBBR* 2020, 559, noot P. WERY.

58. Cass. 18 juni 2020, C.18.0357.N, *ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200618.3*, www.cass.be, *TBBR* 2020, 583, noot S. DE REY, *RCJB* 2021, te verschijnen, noot P. WERY.

verbintenissen voorziet dergelijke buitengerechtelijke vervanging op kennisgeving.[59]

24. Herstel/vervanging door een derde: eerste sluipweg – Nu dient opgemerkt te worden dat die remedie van herstel of vervanging door een derde misschien wel *conceptueel ontbreekt*, maar dat het eventueel wel mogelijk is om via een omweg tot hetzelfde resultaat te komen. Zo kan gedacht worden aan een constructie waarin een consument uiteindelijk overgaat tot herstel/vervanging door een derde, maar dat hij deze remedie niet als dusdanig eist. Hij zou dan de secundaire remedie van de prijsvermindering in combinatie met een aanvullende schadevergoeding kunnen eisen, indien hij in de voorwaarden verkeert dat hij een beroep kan doen op deze secundaire remedie.[60] Hij kan dan de gedeeltelijk teruggekregen koopprijs en de aanvullende schadevergoeding aanwenden om toch over te gaan tot *herstel* (of misschien zelfs van vervanging) van het goed door een derde.

Zuiver is de bovenstaande redenering evenwel niet. Zo kan een prijsvermindering (die de proportionele waardevermindering van een goed zal dekken) in combinatie met een schadevergoeding in theorie niet volledig gelijk worden gesteld met de zgn. kostenvergoeding naar aanleiding van het herstel door een derde.[61]

25. Herstel/vervanging door een derde: tweede sluipweg – De voornoemde sluipweg neemt bijgevolg niet de nood tot een *betere regeling omtrent de remedies van herstel en vervanging door een derde* in de consumentenkoop weg. Niettemin wordt deze omweg vandaag vaak in de praktijk bewandeld.

Bijgevolg zou men zich misschien wel kunnen afvragen of de omweg via de secundaire remedie van de prijsvermindering wel nodig is en of men niet gewoon herstel door een derde kan erkennen *naast* de prijsvermindering en de ontbinding. Indien dit zou worden aanvaard, zou, in de huidige stand van de wetgeving, deze remedie een zgn. "secundaire remedie" moeten zijn, net zoals de prijsvermindering en de ontbinding.

De kwalificatie van "dekkingsherstelling" als een echte *primaire* remedie (in de zin van de wettelijke regel van de consumentenkoop), die aldus voorrang heeft op de ontbinding en de prijsvermindering overtuigt bijgevolg nog niet.[62] Volgens deze laatste kwalificatie zou ook de dekkingsherstelling onmogelijk moeten zijn of niet kunnen worden bewerkstelligd binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument opdat pas een beroep gedaan kan worden op de secundaire remedies. Zo geconcipieerd, zou deze primauteit van de dekkingsherstelling zowel ten aanzien van de consument als de verkoper werken (zie *supra*). Hieruit vloeit voort dat de rechten van de consument eigenlijk worden ingeperkt: hij heeft immers reeds recht op een prijsvermindering en een ontbinding als het herstel of de vervanging *door de verkoper* onmogelijk is, of de verkoper niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument de herstelling of de vervanging heeft verricht. Als de onmogelijkheid van de dekkingsherstelling als een "extra voorwaarde" wordt vooropgesteld opdat de consument een beroep kan doen op de prijsvermindering of de ontbinding, betekent dit een niet-toegelaten beperking van de rechten van de consument, ten opzichte van de rechten die zijn toegekend aan de consument in de richtlijn van 1999.

Een erkenning van herstel/vervanging door een derde als nevengeschikte "secundaire" remedie kan dan weer wel overtuigen. Net zoals bij de toepassing van de ontbinding of de prijsvermindering moet het herstel of de vervanging *door de verkoper* onmogelijk zijn, of kan de verkoper niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument de herstelling of de vervanging verrichten. In dit geval zou de consument het *recht* hebben op een herstel/de vervanging door een derde, en aldus *niet verplicht* zijn hierop een beroep te doen.[63]

Gaat die laatste redenering in tegen de voorwaarden in het gemeen recht om een beroep te doen op de figuur van uitvoering door een derde krachtens artikel 1144 OBW? Veelal zal een consument immers een beroep doen op deze figuur, vooraleer een rechter is tussengekomen en aldus op de *buitengerechtelijke* variant van het herstel door een

59. Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/001); art. 5.85, derde lid gaat als volgt: "*Bij hoogdringendheid of in andere uitzonderlijke omstandigheden en nadat hij nuttige maatregelen heeft genomen om de niet-nakoming van de schuldenaar vast te stellen, kan de schuldeiser, op eigen risico, de schuldenaar vervangen door middel van een schriftelijke kennisgeving. Die vermeldt de tekortkomingen die hem ten laste worden gelegd en welke omstandigheden de vervanging rechtvaardigen.*" Tot deze eenzijdige vervanging kan aldus worden overgegaan om bij eender welke toerekenbare niet-nakoming te verhelpen (ongeacht de ernst ervan) in het geval van bijzondere omstandigheden (zoals een spoedeisende situatie of uitzonderlijke omstandigheden); zie ook: *MvT*, p. 94-95.

60. Zie ook: H. VYNCKE, "Het herstel door een derde bij de consumentenkoop" (noot onder Orb. Henegouwen (afd. Charleroi) 10 mei 2019), *TBBR* 2021, 261-271.

61. Zie ook in deze zin: S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, nr. 598 (bv.: bij de vervanging betaalt de schuldenaar enkel een geldsom ter vergoeding van de kosten van de concrete herstelmaatregel (de effectief gemaakte kosten); de schadevergoeding is evenwel begroot in functie van de normale marktkosten; hij wijst ook op een gedoogverbintenis bij de vervanging ten titel van herstel, nr. 602).

62. Hierover (gebaseerd op het Nederlands recht): S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, nr. 650 (doch deze auteur concipieert het herstel door een derde als "primaire remedie" misschien enkel als een recht voor de consument en niet als een plicht en dit dus louter als een "*afdwingingswijze*" om een schuldenaar tot nakoming te dwingen en niet als een op zichzelf staande primaire aanspraak (zie ook over art. 1144 OBW als afdwingingsgrond: S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *TBBR* 2020, (539) 547)). Verwijst ook naar: Vred. Antwerpen 11 december 2014, *DCCR* 2015, 195, noot N. DROESBEKE, *NJW* 2015, 649, noot J. WILLEMS, *RW* 2015-16, 1429 en *T. Vred.* 2015, 401 (de vrederechter stelt hier het herstel door een derde gelijk aan de primaire remedie van herstel door de verkoper).

63. Vgl. ook vn. 63 (i.v.m. de conceptie van het herstel of de vervanging door een derde als loutere "afdwingingswijze").

derde.[64] Mede het cassatiearrest indachtig inzake de erkenning van de buitengerechtelijke vervanging[65] dat op dezelfde datum (18 juni 2020) als het onderhavige arrest werd geveld, dienen daartoe verschillende voorwaarden voldaan te zijn. De eerste voorwaarde is dat uitzonderlijke omstandigheden voorhanden moeten zijn. Zo kan er sprake zijn van hoogdringendheid (hoogdringendheid is aldus slechts een voorbeeld van de uitzonderlijke omstandigheden)[66], manifeste onbekwaamheid van de schuldenaar, de kwade trouw van de schuldenaar of de situatie waarin de schuldenaar aangeeft zijn verbintenis niet te willen uitvoeren.[67] Verder wordt voor de buitengerechtelijke vervanging een ingebrekestelling vereist (zoals bij alle sancties), een laatste uitvoeringstermijn, een tegensprekelijke vaststelling over de niet-nakoming[68] en ten slotte een kennisgeving[69] van de beslissing om de buitengerechtelijke vervanging door te voeren. Zijn die voorwaarden verenigbaar met de – hierboven vooropgestelde – plaats die de buitengerechtelijke vervanging inneemt in de consumentenkoop? De belangrijkste vereiste is die van de uitzonderlijke omstandigheden. Er kan worden verdedigd dat indien aan de voorwaarden is voldaan om over te gaan naar de secundaire remedies – namelijk dat het herstel of de vervanging *door de verkoper* onmogelijk is, of de verkoper de herstelling of de vervanging niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument kan verrichten – er vaak sprake zal zijn van een zogenaamde "uitzonderlijke omstandigheid".[70] Dit is zeker het geval indien een verkoper weigert zelf te herstellen of te vervangen, de herstelling of de vervanging door de verkoper veel tijd vergt (omdat het bv. niet in zijn expertise ligt om deze uit te voeren) of ernstige overlast met zich teweegbrengt voor de consument (bv. in het geval de herstelling of de vervanging hoogdringend is). Veelal zal een laatste uitvoeringstermijn zijn gegeven door middel van de vraag van de consument aan de verkoper om zelf herstel of vervanging door te voeren. Verder zijn de ingebrekestellingsplicht door de consument en de kennisgevingsplicht bij buitengerechtelijke remedies algemene voorwaarden die voor elke sanctie gelden. Bijgevolg kan worden gesteld dat de voorwaarden van de gemeenrechtelijke buitengerechtelijke vervanging meestal verenigbaar zullen zijn met de – hierboven vooropgestelde – plaats die de buitengerechtelijke vervanging inneemt in de consumentenkoop: namelijk als een secundaire remedie op voet van gelijkheid met de ontbinding en de prijsvermindering. Een remedie waar de consument – indien aan de voorwaarden van het inroepen van een secundaire remedie voldaan zijn – een recht heeft, maar geen plicht heeft.

26. Vervanging en herstelling door een derde in de nieuwe richtlijn – Terwijl de richtlijn consumentenkoop 1999 hierover jammer genoeg niets bepaalt[71], leest men in considerans 54 van de richtlijn consumentenkoop 2019 dat de lidstaten kunnen bepalen in welke omstandigheden de prestaties van de schuldenaar/de verkoper door een *andere* persoon *kan worden uitgevoerd*.[72] Het gaat hier over de situatie waarin de herstellings- of vervangingsplicht van de verkoper door de consument zelf of door een derde wordt uitgevoerd, op kosten van de verkoper. Dat betekent dat de nieuwe richtlijn consumentenkoop 2019 de lidstaten expliciet uitnodigt dit te regelen. Aldus kunnen lidstaten een systeem invoeren dat gunstiger is voor de consumenten dan het systeem dat in de nieuwe richtlijn werd uitgewerkt. De vraag blijft evenwel hoe de invoering van herstel/vervanging door een derde de vooropgestelde hiërarchie tussen de remedies zal beïnvloeden (zie *supra*, randnr. 18).[73]

27. Schadevergoeding – Net zomin de richtlijn consumentenkoop 1999 vervanging en herstelling door een derde

64. Zie evenwel voor een toepassing van de gerechtelijke vervanging in de consumentenkoop: P. WERY, "L'application du remplacement judiciaire à la garantie légale des biens de consommation" (noot onder Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 15 november 2019), *TBBR* 2020, (560) 560-561 en Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 15 november 2019, *TBBR* 2020, 559, noot P. WERY (ook hier legt de rechter pas de vervanging door een derde op indien de verkoper niet vrijwillig zelf uitvoert; in dit geval kan worden geargumenteerd dat men zich inderdaad in de voorwaarde van de secundaire remedies bevindt, namelijk dat de verkoper niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument de herstelling of de vervanging kan verrichten).

65. Cass. 18 juni 2020, C.18.0357. *N, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200618.3*, www.cass.be, *TBBR* 2020, 583, noot S. DE REY (zie p. 539), *RCJB* 2021, te verschijnen, noot P. WERY.

66. S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *TBBR* 2020, (539) 551.

67. *O.c.*, (539) 551.

68. Dit aspect wordt niet vooropgesteld in voornoemde cassatiearrest van 18 juni 2020; doch kan worden gelinkt aan de overweging dat de redelijke belangen van de schuldenaar in acht moeten worden genomen: S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *TBBR* 2020, (539) 551.

69. Deze voorwaarde wordt evenmin geëxpliciteerd door het voornoemde cassatiearrest van 18 juni 2020; maar ook hier kan aanknoping worden gezocht bij de overweging dat de redelijke belangen van de schuldenaar in acht moeten worden genomen: S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *TBBR* 2020, (539) 552.

70. Dit is zeker vaak het geval bij de verkoop van levende dieren die ziek worden; zie hierover ook *infra*, randnr. 32.

71. Over de gerechtelijke en de eenzijdige vervanging in de consumentenkoop, zie P. WERY, "Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité" in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (127) 145-146.

72. Wel te verstaan dat dit gebeurt op initiatief van de schuldeiser/de consument.

73. Zie ook over deze vraag: H. SLACHMUYLDERS, "Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop" (noot onder Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019), *DCCR* 2020, (135) 147.

regelt, bevat deze richtlijn een expliciete bepaling in verband met schadevergoeding. Desalniettemin bepaalt considerans 6 dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de nationaalrechtelijke beginselen en bepalingen inzake contractuele en niet-contractuele aansprakelijkheid.

In de omzetting naar het Belgisch recht heeft de wetgever in artikel 1649*quinquies*, § 1, OBW de opsomming van de vier reeds besproken remedies ingeleid met de woorden: "*Naast desgevallend schadevergoeding (...)*". Zodoende kan de consument zeker een *aanvullende schadevergoeding* eisen voor de door hem geleden schade en dit, *naast* de andere wettelijke remedies. Hij kan dus twee remedies cumuleren[74] wanneer hij bijkomende schade leed en deze kan bewijzen.

Aangezien in dit arrest enkel gewag gemaakt wordt van een "schadevergoeding" en niet van een vergoeding van de kosten naar aanleiding van het herstel door een derde (zie *supra*, randnr. 7), is het ook interessant na te gaan of de consument enkel aanspraak kan maken op een (vervangende) schadevergoeding, zonder één van de wettelijk voorziene consumentenkooprемedies te eisen.[75] Kan de vervangende schadevergoeding in een consumentenkoop met andere woorden ook aangewend worden als een *autonome remedie*? Een *systematische* toepassing van een dergelijke benadering zou evenwel een omzeiling inhouden van de hiërarchie der remedies die de Europese wetgever invoerde en die de Belgische wetgever letterlijk heeft omgezet (zie *supra*, randnr. 16). Bijgevolg kan de consument niet zomaar aanspraak maken op schadevergoeding als zelfstandige remedie, wanneer de andere wettelijke remedies nog kunnen worden toegepast.[76] Dit geldt zeker indien de remedies van het kosteloze herstel en de kosteloze vervanging door de verkoper nog mogelijk zijn en binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de consument kunnen worden verricht.

Het eerder aangehaald arrest van het hof van beroep van Gent van 19 oktober 2012 bevestigt dat standpunt in grote lijnen.[77] Het hof oordeelt immers dat wanneer *de vier remedies niet meer zinvol zijn*, de consument nog een schadevergoeding kan bekomen van de verkoper. In dit geval had de koper zijn voertuig reeds doorverkocht aan een derde. Toch merken wij op dat het hof van beroep van Gent over het hoofd heeft gezien dat een prijsvermindering theoretisch nog mogelijk was en dat zij zelfs kon worden gecumuleerd met een schadevergoeding voor de bijkomende schade die de consument leed en die niet wordt vergoed door de proportionele prijsvermindering. Een vonnis van de rechtbank van koophandel van Antwerpen van 4 juni 2014 gaat in dezelfde zin als de uitspraak van het hof van beroep te Gent.[78] De vervanging van een hond die leed aan een waterhoofd en de ontbinding van het contract waren niet gewenst door de consument die zich reeds gehecht had aan het dier. De "herstelling" van de hond was onmogelijk. In dit geval oordeelde de rechter dat de consument recht had op een schadevergoeding, terwijl de consument nochtans de teruggave van de koopprijs vorderde, naast de vergoeding van de medische kosten[79] en een morele schadevergoeding (wat een tweevoud bedroeg van de betaalde koopprijs). De rechter achtte deze vordering abusief en herleidde de eis tot de medische kosten. De consument krijgt een erg beperkte schadevergoeding. Maar ook hier lijkt de rechter te vergeten dat de remedie van de prijsvermindering bestaat (eventueel te combineren met schadevergoeding).

De vervangende schadevergoeding, indien ze mag bestaan als autonome remedie naast de vier wettelijk voorziene consumentenremedies, moet in ieder geval – net zoals herstel en vervanging door een derde – minstens voldoen aan de voorwaarden die voorop worden gesteld voor de secundaire remedies: de remedies van het kosteloos herstel en de kosteloze vervanging door de verkoper mogen niet meer mogelijk zijn of deze kunnen niet meer binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de consument worden verricht (zie ook over de schadevergoeding als laatste remedie voor de consument bij het niet respecteren van de hiërarchie van de remedies, *infra*, v.).

28. Schadevergoeding in de nieuwe richtlijn – Aangaande het recht op schadevergoeding verduidelijkt considerans 61 van de nieuwe richtlijn consumentenkoop 2019 de toepassing van het beginsel van integrale schadevergoeding als volgt: "*Die schadevergoeding moet de consument zo veel mogelijk in de positie brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien de goederen conform zouden zijn*

74. P. WERY,"Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité" in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (127) 134. Zie ook (met een voorbeeld in de rechtspraak): B. TILLEMAN en F. VAN DEN ABEELE, "Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgische Kooprecht (2017-2020)", *Themis. Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020, (59) 120. Zie bv. ook recent in: P. WÉRY,"L'application du remplacement judiciaire à la garantie légale des biens de consommation" (noot onder Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 15 november 2019), *TBBR* 2020, (560) 562.

75. Zie over het verschil tussen een (vervangende) schadevergoeding en de kostenvergoeding bij herstel door een derde: S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, nr. 598 (bv.: bij de vervanging betaalt de schuldenaar enkel een geldsom ter vergoeding van de kosten van de concrete herstelmaatregel (de effectief gemaakte kosten); de schadevergoeding is evenwel begroot in functie van de normale marktkosten; hij wijst ook op een gedoogverbintenis bij de vervanging ten titel van herstel, nr. 602).

76. S. STIJNS en S. JANSEN, "Remedies bij consumentenkoop" in I. CLAEYS en E. TERRYN (eds.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (181) 202. Zie evenwel voor een weinig transparant vonnis: Rb. Eupen 11 mei 2009, *JLMB* 2011, 283 ("*Le tribunal se fonde sur les articles 1649ter et s. du Code civil pour accorder au demandeur une indemnité de 4.000 euros ex aequo et bono correspondant à la perte de valeur du véhicule.*". Hier is het onduidelijk of de rechter nu een prijsvermindering toekent of schadevergoeding als autonome remedie).

77. Gent 12 oktober 2012, *NJW* 2014, 32, noot R. STEENNOT.

78. Kh. Antwerpen, AR A/13/01751, 5 juni 2014, *NJW* 2014, 950, noot R. STEENNOT, *RW* 2016-17, 830, noot.

79. Het zij opgemerkt dat ook de kwalificatie van "herstel door een derde" hier op zijn plaats zou zijn.

geweest."[80] Aangezien het bestaan van een dergelijk recht op schadevergoeding al is gewaarborgd in alle lidstaten, preciseert deze considerans dat de richtlijn geen afbreuk mag doen aan nationale voorschriften omtrent schadevergoeding aan consumenten wegens een inbreuk op die regels. Ten slotte is de Europese wetgever van oordeel dat het de lidstaten vrij moet blijven staan het recht van de consument op schadevergoeding te regelen in geval van herstelling of vervanging met significante ongemakken of vertraging tot gevolg.

Dat betekent dat een schadevergoeding sowieso kan worden gecombineerd of gecumuleerd met de andere remedies, indien een schade is ontstaan die niet wordt gedekt door de toepassing van de remedie.[81] Het gaat dan om een *aanvullende* schadevergoeding. De prangende vraag of schadevergoeding als *autonome* remedie – *i.e.* "vervangende schadevergoeding" – kan worden aangewend wordt positief beantwoord door de nieuwe richtlijn.[82] Volgens considerans 61 is geen twijfel mogelijk: de lidstaten mogen deze autonome remedie invoeren, naast de andere remedies. Deze considerans geeft immers, op het vlak van de schadevergoeding, een zeer ruime vrijheid aan de lidstaten. De enige vraag die nog openblijft, is de verhouding tot de andere remedies binnen de hiërarchie der remedies zoals uitgetekend door de nieuwe richtlijn.

v. Gevolgen van keuze voor de verkeerde remedie

29. Miskenning van de hiërarchie – Wat als de koper de hiërarchie tussen de remedies miskent? Hij kiest bijvoorbeeld verkeerdelijk voor een prijsvermindering of een ontbinding van de overeenkomst (of ook: de vergoeding van de kosten door een herstel van een derde[83]). Verliest de consument dan al zijn rechten? Blijft hij steeds achter met lege handen? De rechters zijn vaak streng, want soms beslissen zij dat een consument door deze verkeerde beslissing eveneens zijn recht op een toekenning van een (aanvullende) schadevergoeding verliest.[84] Deze rechtspraak wordt evenwel bekritiseerd. Het is inderdaad redelijker de consument louter dat deel van de schadevergoeding te ontzeggen dat overeenstemt met diens schending van zijn schadebeperkingsplicht.[85] Dit laatste aspect – namelijk het rekening houden met de schadebeperkingsplicht van de consument – zal er ook toe leiden dat men de (autonome) schadevergoeding niet als remedie gaat *gebruiken* om de primaire remedies te omzeilen (zie *supra*, randnr. 27).[86] Uiteraard mag bovendien – opdat een schadevergoeding toegekend kan worden – de houding van de consument er niet toe leiden dat het concrete bewijs van bestaan van het gebrek zelf (bv. door tegensprekelijke vaststellingen) bij een overhaaste (buitengerechtelijke) toepassing van een secundaire remedie (zoals het doorverkopen van het goed, het doorgebruiken van het goed of het herstel door een derde) onmogelijk wordt gemaakt.[87]

Het toekennen van een schadevergoeding bij de keuze van een "verkeerde remedie" kan overigens in verband worden gebracht met de beslissing van het Hof van Cassatie inzake het verkeerdelijk toepassen van een buitengerechtelijke vervanging in het gemeen contractenrecht.[88] Als een schuldeiser de verbintenis zonder voorafgaandelijke machtiging laat uitvoeren door een derde, zonder dat daartoe grond bestaat of op een onzorgvuldige wijze, kan de schuldeiser de gemaakte kosten niet verhalen op de schuldenaar.[89] Hij kan aldus geen beroep doen op de remedie van het buitengerech-

80. Naar Belgisch recht komt dit neer op de toepassing van het gemeen recht en de vergoeding van het positief contractbelang. Zie over de schadevergoeding in het Belgisch recht uitgebreid: B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie*, Brugge, die Keure, 2017, 1147 p.

81. Zoals de prijsvermindering, de ontbinding, de vervanging, de herstelling of de schorsing.

82. S. JANSEN en S. STIJNS, "La directive nouvelle est arrivée: conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771", *DCCR* 2020, (3) 40-41. Zie ook: B. TILLEMAN en F. VAN DEN ABEELE, "Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgische Kooprecht (2017-2020)", *Themis. Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020, (59) 120 ("*Het gaat hierbij om een integrale schadevergoeding.*").

83. Zie ook specifiek hierover: R. STEENNOT,"Consumentenkoop in Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014)", *TPR* 2015, (1311) 1835 *et seq.*, nr. 546.

84. Zie bv. Gent 27 mei 2009, *NJW,* 2010, 200, noot R. STEENNOT, *RW* 2010-11, 540, noot S. MARYSSE, *TGR-TWVR* 2009, 300. Zie ook met verwijzing naar deze rechtspraak: Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019, *DCCR* 2020, (129) 133, noot H. SLACHMUYLDERS.

85. Zie voor deze opvatting: S. MARYSSE,"De Wet Consumentenkoop: enkele beschouwingen" (noot onder Gent 27 mei 2009), *RW* 2010, (545) 547; H. SLACHMUYLDERS,"Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop" (noot onder Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019), *DCCR* 2020, (135) 144; R. STEENNOT, "Garantietermijn tweedehandsgoederen" (noot onder Gent 27 mei 2009), *NJW* 2010, (204) 204. Zie ook: S. JANSEN, "Hiërarchie in de remedies bij consumentenkoop: bescherming van consumenten en verkopers?" (noot onder Gent 20 oktober 2010), *DCCR* 2012, (132) 144; R. STEENNOT, "Consumentenkoop in Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014)", *TPR* 2015, (1311) 1835 *et seq.*, nr. 546. (zeer uitgebreid en gestoffeerd); S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, "Consumentenkoop" in B. TILLEMAN en E. TERRYN (eds.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, Deel 1, vol. B, Brussel, die Keure, 2011, (1295) 1318. Vgl. Gent 12 december 2011, *NJW* 2012, 602, noot R. STEENNOT (de consument heeft nog recht op een schadevergoeding; deze beslissing miskent evenwel de hiërarchie der remedies door te stellen dat de consument recht heeft op herstel *in natura*, maar niet de verplichting).

86. Zie de bovenstaande redenering m.b.t. de erkenning van de schadevergoeding als autonome remedie in de consumentenkoop.

87. Zie ook: Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019, *DCCR* 2020, (129) 133, noot H. SLACHMUYLDERS (de consument weigerde halsstarrig de wagen te laten onderzoeken door de verkoper, waardoor geen tegensprekelijke vaststellingen zijn gedaan).

88. Lijkt terecht in vraag te stellen of het herstel door een derde in situaties waarin dit niet door de hiërarchie van de consumentenremedies toegelaten zou zijn, steeds zou moeten leiden tot het "verbeuren" van het recht: B. TILLEMAN en F. VAN DEN ABEELE, "Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgische Kooprecht (2017-2020)", *Themis. Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020, (59) 113-114.

89. Cass. 18 juni 2020, C.18.0357.N, *ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200618.3*, www.cass.be, *TBBR* 2020, 583, noot S. DE REY (zie p. 539), *RCJB* 2021, te verschijnen, noot P. WERY. Zie uitgebreid hierover: S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *TBBR* 2020, (539) nrs. 44 *et seq.*

telijk herstel door een derde. Hij kan volgens het Hof van Cassatie dan wel een schadevergoeding vragen die het gevolg is van de wanprestatie.[90] Hierbij zou nog moeten worden gepreciseerd dat hij dan enkel recht heeft op het deel van de schadevergoeding dat niet overeenstemt met de schade die de schuldenaar lijdt ten gevolge van de schending van de schadebeperkingsplicht door de schuldeiser.

vi. Contractuele afwijkingen van de hiërarchie?

30. Contractuele afwijkingen en preciseringen van de hiërarchie – Maar wat als de partijen onderling een afwijkende hiërarchie opnemen in hun consumentenkoopovereenkomst? Met betrekking tot het geannoteerde arrest dient opgemerkt te worden dat de partijen uitdrukkelijk een bepaling opnamen in verband met de toepassing van de remedies.

Considerans 22 van de richtlijn consumentenkoop 1999 schrijft voor dat partijen *niet contractueel mogen afspreken* de rechten die aan de consument zijn toegekend, *in te perken of uit te sluiten* omdat dit de wettelijke bescherming zou uithollen.[91] Artikel 1649*octies* OBW herhaalt dit principe en schrijft voor dat de contractuele clausules of overeengekomen afspraken die zijn gemaakt vooraleer het gebrek ter kennis is gebracht aan de consument en die rechtstreeks of onrechtstreeks de rechten van de consument beperken of uitsluiten, nietig zijn.[92] Dit betekent dat de consument en de verkoper in geen geval een strengere hiërarchie in het contract mogen vooropstellen.

In casu werd in de algemene voorwaarden van de verkoper van de pup verwezen naar de bepalingen van artikelen 1649*bis et seq.* OBW.[93] Verder bepaalden deze voorwaarden gedetailleerd:

"*Indien de verkoper aansprakelijk is, zal de koper zich in eerste instantie kunnen beroepen op een kosteloos herstel (genezing) of een kosteloze vervanging van het dier (naar keuze van de koper). Slechts indien herstel en vervanging niet mogelijk zijn binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast kunnen worden uitgevoerd, kan de koper de ontbinding (terugbetaling mits teruggave van het dier) of een passende prijsvermindering vragen.*

3.4. Kosteloos herstel impliceert dat de kosten van dierenartsen en dierengeneeskundige verzorging ten laste zijn van de verkoper. De koper kan echter enkel aanspraak maken op een kosteloos herstel door het dier aan de verkoper te bezorgen, die indien nodig een beroep zal doen op een dierenarts met het oog op de genezing van het dier.[94] *Behoudens in het in de volgende alinea bepaalde geval, kan de koper dus geen aanspraak maken op een kosteloos herstel (dit is geen vergoeding verkrijgen voor de kosten van dierenarts en dierengeneeskundige verzorging) indien hij het dier niet terugbezorgt aan de verkoper voor verzorging/genezing.*

In geval van hoogdringendheid (i.e. wanneer het onmogelijk is om het dier tijdig voor verzorging te bezorgen aan de verkoper, alsook in het geval waarin de verkoper niet bereikbaar is) is het de koper toegestaan om zelf een beroep te doen op een dierenarts naar keuze, die zal instaan voor de dringende verzorging. De koper moet dan wel zo snel mogelijk, liefst binnen de 24 uur, contact opnemen met de verkoper, die kan beslissen dat het dier overgebracht moet worden naar hem of een door hem aangewezen dierenarts. De miskenning van deze voorwaarden heeft tot gevolg dat verdere kosten van dierengeneeskundige verzorging niet ten laste van de verkoper kunnen worden gelegd (tenzij het onverantwoord zou zijn het dier te verplaatsen)."

Uit deze bepalingen kan voornamelijk een precisering van de hiërarchie tussen de remedies zoals vooropgesteld in artikel 1649*quinquies* OBW worden afgeleid. Het lijkt alleszins geen strengere regeling dan wettelijk voorzien.[95] Niettemin wordt in deze algemene voorwaarden wel een soort van herstel door een derde[96] of vergoedingsregeling[97] uitgewerkt indien het dier naar een dierenarts naar keuze van de koper

90. Hetgeen veelal zal neerkomen op een vergoeding die gelijk is aan de kost van het herstel, alsof het herstel door de verkoper zelf werd uitgevoerd (en niet door de derde): B. TILLEMAN en F. VAN DEN ABEELE, "Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgische Kooprecht (2017-2020)", *Themis. Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020, (59) 114 en F. VAN DEN ABEELE, "Primauteit van de verkoper tot herstel … ook bij dieren" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *NJW* 2020, (832) 833. Zie ook: S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *TBBR* 2020, (539) 557 (spreekt over de "interne productiekosten": nl. de kosten die de schuldenaar had moeten maken indien hij de prestatie zelf had geleverd).

91. Meer, hetzelfde principe is van toepassing op clausules die veronderstellen dat de consument alle gebreken van het goed kende op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Zie ook art. 7, 1. richtlijn consumentenkoop 1999 ("*Contractuele bedingen of afspraken die zijn overeengekomen met de verkoper voordat het gebrek aan overeenstemming ter kennis van de verkoper is gebracht en die direct of indirect voorzien in afstand of beperking van uit deze richtlijn voortvloeiende rechten, binden, onder de in het nationale recht geldende voorwaarden, de consument niet.*").

92. Zie bv.: Antwerpen 28 september 2009, *RABG* 2013, 641.

93. Nog los van de remedies (mits het volgen van welbepaalde procedures) die opgenomen zijn in de garantiecertificaat krachtens de bijlage XI van het KB van 27 april 2007 (zie hierover *supra*, randnr. 6).

94. *In casu* rijst de vraag wat de verhouding is tussen art. 1 van het garantiecertificaat waarin de principiële vrijheid van dierenarts door de koper voorop wordt gesteld en de algemene verkoopvoorwaarden waarin het kosteloos herstel door de verkoper gelijk wordt gesteld aan het bezorgen van het dier aan de verkoper die een beroep doet op een dierenarts met het oog op genezing van het dier.

95. Schetst een gelijkaardige situatie waarin de contractuele bedingen verenigbaar worden geacht door de rechter met de hiërarchie van de remedies: H. SLACHMUYLDERS, "Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop" (noot onder Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019), *DCCR* 2020, (135) 144 en 145.

96. Namelijk een beroep doen op een dierenarts naar keuze van de consument.

97. Uit de zinsnede "*De miskenning van deze voorwaarden heeft tot gevolg dat verdere kosten van dierengeneeskundige verzorging niet ten laste van de verkoper kunnen worden gelegd (tenzij het onverantwoord zou zijn het dier te verplaatsen)*", kan *a contrario* een recht op een vergoeding worden afgeleid m.b.t. de kosten van dierengeneeskundige verzorging als de consument zich aan de voorwaarden houdt.

wordt gebracht. Verder kan worden gesteld dat deze algemene voorwaarden geen soepelere hiërarchie tussen de remedies hebben voorzien (hetgeen toegelaten is), en bijgevolg voor wat betreft de hiërarchie de wettelijke regeling, zoals voorzien in artikel 1649*quinquies* OBW, geldt (zie ook *supra*, randnr. 16).

vii. Toepassing van de geschetste hiërarchie in het geannoteerde cassatiearrest

31. Respect voor de hiërarchie tussen de remedies – Het Hof van Cassatie houdt in het geannoteerde arrest de voornoemde lijn helemaal aan. De Europees geïnspireerde mantra van voorrang van herstel en vervanging door de verkoper wordt door de cassatierechters aldus in herinnering gebracht. Hoewel het Hof van Cassatie terecht oog heeft voor de penibele situatie van de consument die een zieke pup kocht – het Hof overweegt immers dat dieren geen zaken zijn, maar wezens met gevoelen waarmee een emotionele band kan ontstaan – moeten de cassatierechters het doen met het rigide stelsel van remedies, zoals voorzien in de omzettingswet van de richtlijn consumentenkoop 1999. Het is een streng stelsel, waar de *verkoper* de gelegenheid moet krijgen om zelf tot kosteloos herstel of de kosteloze vervanging over te gaan. Een rechter die een andere remedie oplegt, moet volgens het Hof eerst vaststellen dat deze remedies niet meer mogelijk zijn, dat zij onderling[98] disproportioneel (of abusief)[99] zijn of dat de verkoper deze primaire remedies niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument heeft verricht. Het Hof van Cassatie maakt alleszins duidelijk dat de consument steeds de – hierboven uiteengezette – hiërarchie tussen de remedies te respecteren heeft. Dit geldt sowieso in de verhouding tussen de primaire (herstel en vervanging door de verkoper) en de secundaire remedies (de prijsvermindering en de ontbinding). Het Hof van Cassatie trekt deze redenering nu ook door voor een vergoeding die de kosten van dierengeneeskundige zorgen dekt, die als "schadevergoeding"[100] wordt gekwalificeerd.

Kan hieruit worden afgeleid dat de vervangende schadevergoeding of de vergoeding van de kosten naar aanleiding door herstel door een derde, als autonome remedies, misschien vandaag reeds een plaats hebben in de consumentenkoop?[101] Voor de volledigheid moet in herinnering worden gebracht dat ook de algemene voorwaarden in het contract tussen de consument en de verkoper impliciet dergelijke "vergoeding" voorzag bij een herstel van het dier door een zelfgekozen dierenarts in bepaalde omstandigheden.[102] Misschien dat het Hof van Cassatie dit aspect mee in rekening heeft gebracht? Wat er ook van zij, een vervangende schadevergoeding of een herstel door een derde zouden als autonome sancties niet afhangen van de vormgeving van de prijsverminderingsremedie waarbij de waardevermindering van het goed proportioneel wordt berekend (en inherent beperkt is door de totale koopprijs). Bij een vervangende schadevergoeding wordt immers de integrale schade vergoed en bij herstel door een derde wordt een "dekkingsvergoeding" verleend. De wetgever zou er alleszins goed aan doen om bij de omzetting van de nieuwe richtlijn 2019 klaarheid te scheppen over het autonome karakter van de vervangende schadevergoeding en het herstel/vervanging door een derde.

32. Maar menselijke invulling is mogelijk – Is de redenering van het Hof van Cassatie harteloos naar de eigenaar van de zieke pup toe?[103] Niet noodzakelijk, alles zal uiteindelijk afhangen van de verdere beoordeling door de feitenrechter. Zo zou de welwillende lezing van de advocaat-generaal (zie *supra*) van het bestreden arrest een inspiratiebron kunnen zijn voor feitenrechters om de bovenstaande regels toe te passen. Niettemin moeten de feitenrechters er wel over waken om dergelijke redenering duidelijk op te nemen in hun vonnis of arrest.

Er moet immers vooreerst worden nagegaan of de remedie van vervanging en of herstelling van het dier al dan niet *onmogelijk* is. Zo kan men concreet bij een ziek dier oordelen dat er sprake is van hoogdringendheid en dat de verplaatsing van het dier onverantwoord zou zijn. Bijgevolg zou kosteloos herstel of de kosteloze vervanging door verkoper onmogelijk zijn. Verder zou ook gedacht kunnen worden aan de emotionele hechtingscomponent van de consument aan het dier waardoor de *vervanging* van het dier *onmogelijk* zou kunnen worden geacht door een rechter.[104] Ook kan geargumenteerd worden dat een welbepaalde hond een "uniek" goed is, dat *niet voor vervanging* vatbaar is. Met

98. De term "onderling" slaat aldus op de verhouding tussen de primaire remedies herstel of vervanging en niet op de verhouding tussen de primaire en de secundaire remedies en is een herinnering aan de *Weber-Putz*-rechtspraak; zie hierover *supra*.

99. De cassatierechters hanteren hier de term "abusief", de term in de richtlijn consumentenkoop 1999 en de omzetting is "buiten verhouding"; al deze termen wijzen op een proportionaliteitstoets.

100. Doch eigenlijk neerkomt op een kostenvergoeding in het kader van een herstel door een derde; zie *supra*.

101. Oppert terecht dat het Hof van Cassatie niet echt ingegaan is op de vraag of de consument nu uiteindelijk recht heeft op een vergoeding: F. VAN DEN ABEELE, "Primauteit van de verkoper tot herstel … ook bij dieren" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *NJW* 2020, (832) 832.

102. Uit de zinsnede "*De miskenning van deze voorwaarden heeft tot gevolg dat verdere kosten van dierengeneeskundige verzorging niet ten laste van de verkoper kunnen worden gelegd (tenzij het onverantwoord zou zijn het dier te verplaatsen)*", kan *a contrario* een recht op schadevergoeding worden afgeleid m.b.t. de kosten van dierengeneeskundige verzorging als de consument zich aan de voorwaarden houdt.

103. Zie ook uitgebreid over de toepassing van de consumentenkoopremedies op (zieke) dieren: R. STEENNOT, "Consumentenkoop in Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014)", *TPR* 2015, (1311) 1835-1839, nr. 547.

104. Dit aspect wordt ook in verband gebracht met de vereiste dat de vervanging dient te geschieden zonder ernstige overlast van de consument: N. DROESBEKE, "Herstel van een 'gebrekkige' hond" (noot onder Vred. Antwerpen 11 december 2014), *DCCR* 2015, (206) 211 (deze auteur wijst op de onzekerheid van het lot van het dier en het gemis aan het dier).

betrekking tot de *herstelling* van een dier zou ook gekeken kunnen worden naar het garantiecertificaat waarin de principiële keuzevrijheid van een dierenarts door de koper in artikel 1 vooropgesteld wordt, waardoor "herstelling" door de verkoper door middel van de raadpleging van een eigen dierenarts van de verkoper ook onmogelijk zou geacht kunnen worden.[105]

Ook zal een rechter kunnen nagaan of een *herstelling* door de verkoper zelf wel *zonder* enige *overlast* voor de consument kan worden verricht wanneer een dier bijvoorbeeld spoedeisend medische zorgen nodig heeft. Ook het aspect herstelling "binnen een *redelijke termijn*" kan erg flexibel worden ingevuld in het geval van spoedeisende zorgen, waarbij het dier in levensgevaar is. In dat geval is het wellicht onredelijk om van de consument te vragen de verkoper enige dagen de tijd te geven vooraleer deze tot "herstelling" overgaat. Indien de verkoper zelf niet over een kwalitatief opvangcentrum voor spoedeisende zorgen beschikt, kan van een consument niet worden verlangd dat hij zich in een spoedeisende situatie tot de verkoper richt. De redenering van het Hof van Cassatie laat met andere woorden voldoende soepelheid toe voor de feitenrechters om zelf de vooropgestelde criteria menselijkerwijze in te vullen. Zodoende zal men niet systematisch uitkomen bij de primaire remedies kosteloos herstel of kosteloze vervanging door de verkoper.

3. BESLUIT

33. Menselijke interpretatie van de voorrang van herstel en vervanging – Het geannoteerde cassatiearrest geeft aldus een bijzondere illustratie van de onderlinge hiërarchie tussen de consumentenremedies. Het gaat deze keer niet over de hiërarchie tussen de vier klassieke consumentenkoopremedies: herstel, vervanging, prijsvermindering of ontbinding. De consument vraagt hier immers een "schadevergoeding" voor de operatiekosten van zijn zieke pup. Ondanks het feit dat die sanctie vandaag niet specifiek wordt geregeld in de regelgeving over de consumentenkoop, stelt het Hof van Cassatie voorop dat kosteloos herstel en vervanging in principe voorrang hebben op een "schadevergoeding", net zoals de primaire remedies voorrang hebben op de andere secundaire remedies zoals de prijsvermindering en de ontbinding. Hoewel weliswaar een "vergoeding" indirect als sanctie was voorzien in de algemene verkoopvoorwaarden, sluit het Hof van Cassatie in dit arrest niet uit dat de vervangende schadevergoeding of het herstel door een derde als autonome remedies een plaats zouden kennen in het sanctiepalet van de consumentenkoop. In ieder geval zal een menselijke invulling van de criteria die bepalen wanneer er kan worden overgegaan naar de secundaire remedies, en aldus ook in geval van een eis tot "(schade)vergoeding" met betrekking tot medische kosten, in de context van de verkoop van levende dieren excessen vermijden waartoe een te strikte invulling van de hiërarchie aanleiding kan geven.

105. *In casu* rijst de vraag wat de verhouding is tussen art. 1 van het garantiecertificaat waarin de principiële vrijheid van dierenarts door de koper voorop wordt gesteld en de algemene verkoopvoorwaarden waarin het kosteloos herstel door de verkoper gelijk wordt gesteld aan het bezorgen van het dier aan de verkoper die een beroep doet op een dierenarts met het oog op genezing van het dier.