

De koper moet de non-conformiteit deugdelijk bewijzen

Bb 2019/51

Na cassatie en verwijzing door de Hoge Raad, wees het hof te Amsterdam eindarrest in een zaak over gebrekkige tomaten, waaruit opnieuw blijkt hoe zeer het van belang is dat de koper concreet stelt wat het gebrek in een product is, dat dit gebrek voor de risico-overgang bestond en dat dit gebrek in causaal verband staat met de schade, alsook dat het uiterst relevant is dat de koper het bestaan van dit gebrek ten tijde van de aflevering kan bewijzen. Het arrest van de Hoge Raad werd destijds in Bb 2015/33 besproken; in deze bijdrage het vervolg.

1. Inleiding

In 2015 wees de Hoge Raad het arrest *koper X/Primar*.² Primar had verschillende ladingen tomaten op basis van verschillende koopovereenkomsten aan koper X verkocht en geleverd. Koper X is gevestigd in Waddinxveen. De tomaten werden vanuit Marokko naar Perpignan (Frankrijk) vervoerd. Vanuit Perpignan werden de tomaten door diverse vervoerders naar Waddinxveen vervoerd. Na de aflevering van de tomaten in Waddinxveen ging het risico daarvan over op koper X. Koper X heeft de tomaten overgeladen in andere vrachtwagens en vervolgens vervoerd naar onder andere Moskou. De ontvangers van de tomaten in Moskou klaagden bij koper X over de kwaliteit van de tomaten. Koper X klaagde op haar beurt daarover bij Primar. De vraag die partijen vervolgens sedert de herfst van 2002³ verdeeld hield is of de tomaten reeds bij aflevering in Waddinxveen gebrekkig waren. Zou dat zo zijn, dan is Primar aansprakelijk voor de schade die koper X heeft geleden. Anders niet. Aan de vraag of de tomaten bij aflevering in Waddinxveen gebrekkig waren, was het (eerste) hof naar het oordeel van de Hoge Raad ten onrechte voorbij gegaan (HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1076, *Bb 2015/33.1 (X/Primar)* r.o. 3.3.2). Na cassatie verwees de Hoge Raad de zaak daarom naar het hof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing (hierna: het 'verwijzingshof').

Het verwijzingshof heeft recent het eindarrest gewezen (Gerechtshof Amsterdam 18 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1903). Dit eindarrest illustreert op heldere wijze hoe cruciaal het is dat een koper concreet stelt i) wat het gebrek in het non-conforme product is, ii) dat dit gebrek in causaal verband staat met de geleden schade en iii) dat het cruciaal is dat de koper, bij gemotiveerde betwisting door de verkoper, in staat is om dat gebrek te bewijzen.

Ter opfrissing van het geheugen wordt eerst kort beschreven welke procedure voorafgegaan is aan het verwijzingsarrest.⁴ Daarna worden het tussen-⁵ en eindarrest van het verwijzingshof besproken. Deze bijdrage eindigt met een analyse en conclusie.

2. Gerechtshof Den Haag (het eerste hof)

Nadat het hof in een eerder stadium van de procedure al had geoordeeld dat koper X tijdig had geklaagd bij de verkoper over de gebrekkige tomaten, oordeelde het hof te Den Haag bij eindarrest dat het risico ten aanzien van de tomaten in Waddinxveen was overgegaan op koper X. Voorts oordeelde het hof dat Primar wist dat de eindbestemming van de tomaten Moskou was. Die wetenschap impliceerde dat de tomaten een zodanige kwaliteit moesten hebben dat zij de reis naar Moskou goed zouden kunnen doorstaan. Op grond van de deskundigenrapporten van vermoedelijk Cunningham Lindsey Russia had het hof vastgesteld dat de tomaten bij aankomst in Moskou niet in goede staat verkeerden.

De hamvraag die toen rees was wat de oorzaak van het gebrek in de tomaten was. Bij de beantwoording van die vraag nam het hof drie oorzaken in overweging, waarbij de mogelijkheid van andere oorzaken werd opengehouden. De eerste oorzaak was dat de tomaten bij belading in Perpignan al te oud waren. De koper had die oorzaak echter niet kunnen bewijzen. Toen bleven twee oorzaken over. Eén daarvan was dat de tomaten gebreken zouden zijn gaan vertonen door infectie van de tomaten met ziektekiemen voorafgaand aan het vervoer vanuit (vermoedelijk) Marokko. De andere oorzaak was dat de tomaten tijdens het transport van Waddinxveen naar Moskou onvoldoende (egaal) gekoeld waren gebleven. De oplettende lezer zal de spanning en het belang voor koper X voelen: de ene oorzaak ligt voor de risico-overgang; de andere daarna.

Het hof te Den Haag koos een op het eerste gezicht pragmatische route. Het hof oordeelde dat het niet heeft kunnen vaststellen dat de tomaten tijdens het transport van Waddinxveen naar Moskou voldoende (egaal) gekoeld waren vervoerd. Daarom was naar het oordeel van het hof niet uit te sluiten dat de schade tijdens dit transport naar Moskou was ontstaan, zodat de schade voor rekening van koper bleef, omdat de schade kon zijn ontstaan na de risico-overgang. Anders geformuleerd, het hof twijfelde aan het causaal verband tussen het door koper X gestelde gebrek in de tomaten en de schade. Het hof ging niet nader in op de

¹ Gert Jan Boeve is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht en als buitenpromovendus verbonden aan de Universiteit Leiden.

² Zie over dat arrest G.J. Boeve, 'Onder Weens Koopverdrag draagt koper eigen schade als hij niet aantoonde dat non-conformiteit ten tijde van risico-overgang bestond', *Bb 2015/33* (p. 113-116).

³ De koopovereenkomsten zijn gesloten in de periode tussen 29 november en 19 december 2002 (zie r.o. 4.1 onder (i) van het tussenarrest van het verwijzingshof Gerechtshof Amsterdam 20 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2012).

⁴ Voor een introductie op de relevante bepalingen uit toepasselijke Weens Koopverdrag zij verwezen naar de eerdere bijdrage over het arrest *X/Primar* (G.J. Boeve, 'Onder Weens Koopverdrag draagt koper eigen schade als hij niet aantoonde dat non-conformiteit ten tijde van risico-overgang bestond', in: *Bb 2015/33* (p. 113-114)).

⁵ De vindplaats van het tussenarrest is Gerechtshof Amsterdam 20 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2012.

mogelijkheid dat de oorzaak van de gebreken was gelegen in de infectie met ziektekiemen voorafgaand aan het vervoer vanuit (vermoedelijk) Marokko.

Met die ogenschijnlijk pragmatische route passeerde het hof te Den Haag naar het oordeel van de Hoge Raad een essentiële stelling van koper X. Daarmee sloeg het de plank dus mis. Als de tomaten al gebrekkig waren door infectie met ziektekiemen voorafgaand aan het vervoer vanuit (vermoedelijk) Marokko, waren de tomaten immers voor de risico-overgang al non-conform en was verkoper Primar aansprakelijk voor de schade van koper X. Naar het oordeel van de Hoge Raad was dan niet meer van belang of de tomaten na de risico-overgang voldoende (egaal) waren gekoeld.

3. Verwijzingshof Amsterdam onderzocht de essentiële stelling van koper X

3.1 Tussenarrest verwijzingshof: bewijsopdracht koper X

Het verwijzingshof vat het geding na verwijzing kernachtig samen in het tussenarrest met de overweging dat de procedure na verwijzing door de Hoge Raad aankomt op de beoordeling van de essentiële stelling van koper X dat de tomaten bij aflevering in Waddinxveen gebrekkig waren. Meer specifiek is de vraag of de tomaten geïnfecteerd waren met ziektekiemen die verband houden met omstandigheden rondom de productie en het oogsten van de tomaten, omdat de deskundigen van Cunningham Lindsey Russia hadden geconcludeerd dat de tomaten behept waren met vijf verschillende ziekten die alle hun oorzaak vonden in de 'pre-shipment condition' van de tomaten. Van belang is dat deze deskundigen deze oorzaken hadden vastgesteld door – kort gezegd – enkel visuele inspectie van de tomaten en niet door laboratoriumonderzoek.

Primar betwistte de conclusies van de deskundigen, onder meer met de stelling dat de deskundigen deze conclusies niet hadden kunnen trekken zonder laboratoriumonderzoek. Het verwijzingshof oordeelde dat dit een relevant verweer was, omdat, als zou komen vast te staan dat laboratoriumonderzoek vereist zou zijn voor het kunnen vaststellen van de ziekten, dit gevolgen zou hebben voor de waardering van de deskundigenrapportages als bewijsmiddel in het geding. Daarom kreeg koper X de opdracht te bewijzen dat de deskundigen zonder laboratoriumonderzoek hebben kunnen concluderen dat de tomaten geïnfecteerd waren met ziektekiemen die verband houden met omstandigheden rondom de productie en oogst van de tomaten. Interessant is dat het verwijzingshof het voldoende achtte als koper X zou bewijzen dat de deskundigen met een redelijke mate van zekerheid tot de door hen getrokken conclusies hadden kunnen komen. Zou koper X in die bewijsopdracht slagen, dan zou daarmee naar het oordeel van het verwijzingshof ook vaststaan dat de tomaten bij aflevering in Waddinxveen gebrekkig waren. Met andere woorden, dan vormen de deskundigenrapportages van Cunningham Lindsey Russia naar het bewijswaarderingsoordeel van het verwijzingshof voldoende bewijs van het feit dat de tomaten non-conform wa-

ren, zodat Primar gehouden is de schade die koper X daarvoor heeft geleden te vergoeden.

3.2 Eindarrest verwijzingshof: koper X slaagde niet in zijn bewijsopdracht

Bij de uitvoering van zijn bewijsopdracht heeft koper X heeft twee getuigen laten horen, waaronder degene die destijds de onderzoeken bij Cunningham Lindsey Russia had geleid. In contra-enquête heeft Primar eveneens twee getuigen laten horen. Daarnaast had Primar twee rapportages van haar ene deskundige en een schriftelijke verklaring van haar andere deskundige, alsook een e-mailbericht van een derde persoon in het geding gebracht.

Op basis van de getuigen en stukken in contra-enquête stelde het verwijzingshof eerst vast dat een tomaat zonder bacteriële verontreiniging of schimmelverontreiniging niet bestaat, maar dat die bacteriën en schimmels op een gezonde tomaat onder gunstige omstandigheden niet tot ziektes zullen leiden. De enkele aanwezigheid van bacteriën en schimmels op een tomaat maakt die tomaat dus nog niet gebrekkig, zo leidde het verwijzingshof uit deze vaststelling af.

In klare taal overwoog het verwijzingshof vervolgens op basis van de getuigenverklaringen dat ten aanzien van de bacteriën en schimmels onderscheid kan worden gemaakt tussen 'opportunisten' en 'schimmels met een boortje'. Opportunisten profiteren van beschadigingen in een tomaat (overrijpheid of kwetsingen van de tomatenhuid) en tasten die tomaat (verder) aan. Schimmels met een boortje kunnen actief een intacte gezonde tomaat binnendringen en aantasten.

Vervolgens concludeerde het verwijzingshof dat de vaststelling dat de in Moskou geconstateerde symptomen overeenkomen met beelden die passen bij de ontwikkeling van de in het rapport van Cunningham Lindsey Russia genoemde vijf ziekten, nog niet voldoende is voor het antwoord op de vraag of die infectie heeft plaatsgevonden tijdens het proces van teelt en oogst of daarna. Als het zou gaan om opportunisten, dan is de enkele aanwezigheid daarvan nog niet voldoende voor de conclusie dat de tomaten bij aflevering gebrekkig waren. De tomaten zouden dan anderszins beschadigd moeten zijn om deze opportunisten de kans te geven de tomaten aan te tasten. Het stond echter reeds als onbestreden vast dat de tomaten ten tijde van de aflevering in Waddinxveen in uiterlijk goede conditie verkeerden, althans ging het er juist om dat de ziekten zich ná controle in Waddinxveen hadden geopenbaard.

Wat resteerde was de mogelijkheid van schimmels met een boortje. Hoewel de deskundige meningen daarover verschillen, zou een bepaalde schimmel onder deze actieve groep kunnen vallen. Aangenomen dat dit zo is, zo overwoog het verwijzingshof, zou moeten komen vast te staan of de in Moskou geconstateerde gebreken door deze schimmel waren veroorzaakt én of de aanwezigheid van deze schimmel zijn oorsprong vindt in de fase van teelt en oogst. Vanwege het relevant beoordeelde verweer van Primar dat – in de kern genomen – Cunningham Lindsey Russia laboratoriumonderzoek had moeten doen, lag nog ter beantwoording

de vraag voor of de deskundigen van Cunningham Lindsey Russia zonder laboratoriumonderzoek tot de conclusie zouden hebben kunnen komen dat deze mogelijke actieve schimmel met een boortje reeds vanaf de fase van teelt en oogst in de tomaten aanwezig was en de geconstateerde gebreken had veroorzaakt.

Op basis van een afweging van hetgeen de getuigen daarover over en weer hadden verklaard, oordeelde het verwijzingshof dat deze vraag ontkennend diende te worden beantwoord. De enkele omstandigheid dat het onder schade-experts gebruikelijk is om de diagnose op basis van enkel een visuele inspectie vast te stellen, zo overwoog het hof, rechtvaardigde niet de conclusie dat de infectie met deze mogelijk actieve schimmel met een redelijke mate van zekerheid kon worden gesteld, laat staan dat daarmee met voldoende zekerheid kon worden geconcludeerd dat de infectie zijn oorsprong vond in de fase van teelt en oogst. Koper X slaagde niet in zijn bewijsopdracht en zijn vordering tot schadevergoeding wees het hof af. Het hof bekrachtigde het eindvonnis van de rechtbank van 27 augustus 2008.

4. Analyse en conclusie

Koper X kwam vermoedelijk van een koude kermis thuis. Nadat hij bij de rechtbank en het (eerste) hof te Den Haag bot had gevangen, trof hij de Hoge Raad aan zijn zijde met de overweging dat zijn essentiële stelling niet had mogen worden gepasseerd door het hof te Den Haag. Overigens op zichzelf een terechte overweging van de Hoge Raad, omdat het causaal verband tussen de tekortkoming en de schade niet wordt aangetoond door het oordeel dat de schade geen andere oorzaken heeft dan de gestelde oorzaak, zoals het hof te Den Haag leek te hebben gedaan door te overwegen dat de schade meerdere oorzaken kon hebben, waaronder de voor rekening en risico van koper X komende mogelijke oorzaak tijdens het transport van Waddinxveen naar Moskou.

Koper X kreeg van de Hoge Raad dus een nieuwe kans om te bewijzen dat de tomaten gebrekkig waren bij aflevering. Alleen wanneer hij zou slagen in dat bewijs, zou vast komen te staan dat de tomaten bij aflevering niet beantwoordden aan de overeenkomst en dus non-conform waren in de zin van art. 35 lid 1 Weens Koopverdrag. Het is niet ondenkbaar dat koper X de verwijzingsprocedure voor het verwijzingshof te Amsterdam met veel vertrouwen tegemoet trad, rekenend op de deskundigenrapportages van Cunningham Lindsey Russia, op basis waarvan hij mogelijk in de veronderstelling verkeerde dat daaruit bleek dat de tomaten bij aflevering in Waddinxveen gebrekkig waren. Niets bleek minder waar, toen Primar de deugdelijkheid van de conclusies van de deskundigen gemotiveerd betwistte door de wijze waarop het onderzoek door Cunningham Lindsey Russia was uitgevoerd ter discussie te stellen. Dat Primar niet bij het onderzoek van Cunningham Lindsey Russia aanwezig was geweest, maakte niet dat zij dit verweer niet (meer) mocht voeren. Sterker nog, het verweer slaagde, waardoor de bewijswaarde van de deskundigenrapportages naar het oordeel van het verwijzingshof onvoldoende was. Aldus konden de tomaten

bij aflevering in Waddinxveen gebrekkig zijn geweest, maar koper X was er niet in geslaagd dat te bewijzen.

Evenals in *Bb 2015/33* bij het arrest *koper X/Primar* van de Hoge Raad aan de orde kwam, zal een koper moeten stellen en zo nodig bewijzen dat het goed niet beantwoordde aan de overeenkomst op het moment dat het voor zijn risico kwam, door concreet het gebrek in het product en daarmee de tekortkoming van de verkoper aan te tonen. Als hij daarin slaagt, dan is de verkoper aansprakelijk voor de dientengevolge geleden schade. De verkoper kan zich verweren door enerzijds te stellen dat de oorzaak van de non-conformiteit gelegen is een feit dat zich na de risico-overgang heeft voorgedaan of anderzijds te stellen dat het risico reeds op koper was overgegaan, nog voordat het door de koper als oorzaak van het gebrek aangewezen feit zich voordeed. In het eerste geval voert de verkoper een alternatieve oorzaak voor de schade aan en in het tweede geval stelt de verkoper het moment van risico-overgang ter discussie. Als die verweren slagen, dan beantwoordde het goed op het moment van de risico-overgang wel aan de overeenkomst, althans kan de non-conformiteit niet bewezen worden, en is de verkoper niet aansprakelijk.

Het is dus onverminderd van belang voor de koper om zich te realiseren dat het moment van risico-overgang leidend is voor de vraag of het ontvangen goed aan de koopovereenkomst beantwoordde. Ten aanzien van dat moment dient aandacht besteed te worden aan het – al dan niet bij voorbaat – *deugdelijk* vastleggen van bewijs van de schade en de oorzaak daarvan, wat kan betekenen dat laboratoriumonderzoek dient plaats te vinden. Als direct laboratoriumonderzoek niet mogelijk of in de markt ongebruikelijk is (vgl. art. 9 Weens Koopverdrag), kan een koper bijvoorbeeld ook samples van de producten bewaren (hetgeen bij consumptiegoederen als tomaten minder voor de hand ligt), zodat een eventueel later laboratoriumonderzoek mogelijk is, als de noodzaak voor dergelijk (aanvullend) onderzoek in een later stadium aan het licht komt, bijvoorbeeld tijdens een procedure.