



FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

Faculteit Rechtsgeleerdheid
Universiteit Gent

Academiejaar 2012-2013

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

Masterproef van de opleiding

'Master in de rechten'

Ingediend door

Janna BAUTERS

00800144

Promotor: Prof. Dr. Maarten DAMBRE

Commissaris: Dhr. David COTTENIE

I. Woord vooraf

Een masterproef schrijven is een werk van lange adem. Alle steun en hulp die ik kon krijgen, werd derhalve met open armen ontvangen. Graag wil ik even de tijd nemen om iedereen te bedanken die mij heeft geholpen bij het tot stand komen van deze masterproef.

In de eerste plaats gaat mijn dank uit naar mijn promotor, Prof. Dr. Maarten Dambre. Hij was steeds bereikbaar voor nuttige informatie en voor het aanreiken van nieuwe inzichten. De ontwikkeling van deze masterproef kon slechts met behulp van zijn deskundigheid tot stand komen.

Ook wil ik graag mijn commissaris dhr. David Cottenie alsook mevrouw Jennifer Callebaut danken. De opbouwende kritiek bij het nalezen van enkele teksten gaf me vernieuwde moed deze masterproef tot een goed einde te brengen.

Speciale dank wil ik graag richten aan mijn ouders, mijn broers, mijn partner en zijn ouders voor hun onvoorwaardelijke steun en voor het nalezen van deze masterproef. Alsook mijn hele familie en vriendengroep voor hun interesse en enthousiasme. Mijn dank gaat ook uit naar mijn collega's voor het begrip dat ze steeds hebben opgebracht voor mijn studies.

“ Acht niet hen hoog
die al uw woorden en daden
prijzen,
maar hen
die u welgemeend
op uw fouten wijzen. ”

Socrates

II. Inhoud

I.	Woord vooraf.....	1
III.	Afkortingen.....	6
IV.	Inleiding.....	7
V.	De koop van een onroerend goed	9
	A. Gemeen recht	9
	B. Andere wetgeving	9
	1/ Wet consumentenkoop	10
	2/ Wet productaansprakelijkheid.....	10
VI.	Kenmerken van verborgen gebreken.....	11
	A. Gebrek	11
	1/ Conceptuele opvatting	11
	2/ Functionele opvatting.....	12
	B. Verborgen karakter	12
	C. Ongeschikt voor het gebruik waartoe de koper ze bestemt	14
	1/ Normale bestemming	14
	2/ Ongeschikt	14
	D. Ernstig en belangrijk.....	15
	E. Bestaan op het moment van de koop	15
VII.	Bewijs inzake verborgen gebreken	16
	A. Particuliere verkoper	16
	B. Professioneel verkoper.....	16
VIII.	Vrijwaringsplicht van de verkoper	19
	A. Keuzerecht van de koper	19
	B. Schadevergoeding en de invloed van kennis.....	20
	C. Uitzondering op het keuzerecht van de koper	22
	D. Appartementen.....	23
	E. Openbare verkoop	24
IX.	Termijn	26
	A. Korte termijn.....	26
	1/ Vertrekpunt.....	26

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

2/ Duurtijd.....	27
B. Handelingen van de partijen.....	28
Aanmaning.....	29
Onderhandelingen tussen partijen	29
Aanstelling van een deskundige.....	30
C. Verval- of verjaringstermijn.....	31
X. Exoneratie voor vrijwaring	32
A. Exoneratie voor de verkoper te goeder trouw	32
1/ Particuliere verkoper	32
2/ Professioneel verkoper	32
B. Exoneratie voor de verkoper te kwader trouw.....	33
XI. Specifieke situaties.....	35
A. Bouwovertredingen.....	35
1/ Strafrechtelijk luik.....	35
Verjaringstermijn	36
- Onderscheid tussen aflopende, voortdurende en voortgezette misdrijven.....	36
- Evolutie	36
- Huidige regeling.....	38
De koper van een (gedeeltelijk) illegaal opgetrokken onroerend goed.....	39
2/ Burgerrechtelijk luik	39
Evolutie.....	39
Onderscheiden gebieden.....	41
Belang voor de koper	42
3/ Verborgten gebrek?.....	42
Kenmerken van een verborgen gebrek	42
Casuïstiek.....	43
4/ Besluit	44
B. Aansprakelijkheid voor aannemers en architecten	46
1/ Algemeen.....	46
2/ Aansprakelijkheid voor lichte gebreken	47
3/ Relatie tot de verborgen gebreken	48
C. Wet Breyne	49

1/	Algemeen	49
2/	Bescherming van de koper.....	50
3/	Relatie tot de verborgen gebreken	51
D.	Archeologische vondsten.....	53
1/	Algemeen	53
2/	Schadevergoeding	55
3/	Vordering op grond van verborgen gebreken?.....	55
	Vordering tot vrijwaring	55
	Verborgen gebrek	57
E.	Bodemdecreet	59
1/	Algemeen	59
2/	Informatie	60
3/	Overdracht	61
	Voldoen aan de kenmerken van verborgen gebreken	61
	- Ernstig en belangrijk gebrek.....	61
	- Geen kennis van het gebrek.....	61
	- In de kiem bestaan op het ogenblik van de koop.....	63
	Bodemattest	64
	- De verschillende bodemattesten.....	64
	- Relatie tot de verborgen gebreken.....	65
4/	Vordering	66
5/	Besluit	67
XII.	Verhaal of rechtstreekse vordering ten aanzien van derden	68
A.	Regres op de primaire verkoper	68
1/	Voorwaarden.....	69
2/	Keuzerecht wat betreft de vordering	70
B.	Rechtstreekse vordering.....	71
1/	Verborgen gebreken.....	71
2/	Tienjarige aansprakelijkheid en de Wet Breyne.....	71
	De aannemer of architect	71
	De verkoper	72
3/	Besluit	73

XIII. Vergelijkende studie tussen verborgen gebreken en	74
A. Niet-conforme levering	74
B. Vrijwaring voor uitwinning	75
C. Wilsgebreken	77
1/ Dwaling	77
Aard	77
Toepasselijke termijn	78
2/ Bedrog.....	78
D. Verborgen gebreken in Frankrijk	79
1/ Wetgeving	79
2/ Bespreking.....	79
Woningbouw.....	79
Korte termijn.....	81
Bewijslast.....	82
XIV. Strafrechtelijke sancties	83
XV. Conclusie	84
A. Korte samenvatting	84
B. Algemeen besluit.....	87
XVI. Bibliografie.....	88
A. Wetgeving.....	88
B. Rechtspraak	89
C. Rechtsleer	92
XVII. Bijlage 1: vergelijking tussen de Belgische en Franse wetsbepalingen inzake verborgen gebreken.	
97	

III. Afkortingen

Bodemdecreet	Decr. VI. 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, <i>BS</i> 22 januari 2007, 2579, <i>erratum BS</i> 20 februari 2007, 8236.
BW	Burgerlijk wetboek.
Decreet archeologisch patrimonium	Vlaams decreet van 30 juni 1993 houdende bescherming van het archeologisch patrimonium, <i>BS</i> 15 september 1993.
DRO	Decr. VI. 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, <i>BS</i> 8 juni 1999, 21 001.
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens.
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.
Sw.	Strafwetboek.
VCRO	Vlaamse codex ruimtelijke ordening van 15 mei 2009, <i>BS</i> 20 augustus 2009, 54 890.
V.T.Sv.	Voorafgaande titel Sv. = Wet 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, <i>BS</i> 25 april 1878.
Wet Breyne	Wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, <i>BS</i> 11 september 1971, 10 442.
Wet consumentenkoop	Wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen, <i>BS</i> 21 september 2004, 68 384.
Wet productaansprakelijkheid	Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, <i>BS</i> 22 maart 1991, 5 884.

IV. Inleiding

1. Ons rechtssysteem is gefundeerd op het Romeins recht. Hiervan kennen we verschillende beginselen nog steeds als adagia. Met betrekking tot de verkoop van onroerende goederen zijn de twee meest gekende enerzijds “*caveat emptor!*”, maar anderzijds ook “*caveat venditor!*”. De eerste waarschuwt de koper dat hij op zijn hoede dient te zijn bij de aankoop, de tweede wijst de verkoper op diens verantwoordelijkheid bij de verkoop. De verkoper was verplicht de koper te vrijwaren voor uitwinning (*evictio*) en gebreken aan het goed.
2. Het eerste adagium “*caveat emptor*” weegt zwaarder door dan het tweede¹. Hierdoor komt alle verantwoordelijkheid bij de koper te liggen. Het is hij die zichzelf ervan zal moeten vergewissen of het goed dat hij koopt voldoet aan zijn wensen. Wanneer het goed dan toch een gebrek vertoonde, had de Romeinse koper geen reden tot klagen bij zijn verkoper². Ook in het oude Germaanse recht werd een dergelijke regel overgenomen: “*Augen auf, Kauf ist Kauf*”³. De tijden waren anders dan nu. Zonder deskundigen, meetapparatuur en dergelijke meer was het zeer moeilijk aan te tonen dat een bepaald gebrek reeds bestond bij het sluiten van de verkoopovereenkomst. Om te vermijden dat een koper steeds aan een contract onderuit kon komen door een gebrek in te roepen, werd geopteerd om de grootste verantwoordelijkheid bij de koper zelf te leggen. De koper bleef zo hulpeloos achter met het gebrekkige goed, ongeacht of dit gebrek zichtbaar dan wel verborgen was.
3. Door de jaren heen werd er toch een bescherming ingevoerd voor de koper. Dit resulteerde in 1804 in artikel 1641 tot 1649 in de Code Civil van Napoleon, basis voor het huidig Belgisch Burgerlijk Wetboek.
4. In deze masterproef willen we nagaan wat als verborgen gebrek wordt beschouwd bij verkoop van onroerend goed alsook wie het risico hiervoor dient te dragen. Is dit tegenwoordig de verantwoordelijkheid van de koper dan wel van de verkoper? We gaan ook na of het een verschil uitmaakt of diegene die het risico dient te dragen een particulier, dan wel een professioneel is. Verder willen we ook enkele specifieke situaties naderbij bekijken en nagaan of de verantwoordelijke ook de vrijwaringsplicht kan doorschuiven aan een derde, zodat deze laatste tot vrijwaring is gehouden.
5. In het eerste hoofdstukken bespreken we het toepasselijk recht en de kenmerken van het begrip ‘*verborgen gebrek*’. Verder kijken we ook hoe een koper van een gebrekkig onroerend goed kan aantonen dat aan deze voorwaarden is voldaan. Vervolgens wordt besproken wie tot vrijwaring kan

¹ R. TIMMERMANS, “Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed” in *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., (XV.F - 366) XV.F – 367.

² R. ZIMMERMANN, “*The*” law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition, Oxford, University Press, 1996, 307.

³ R. ZIMMERMANN, “*The*” law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition, Oxford, University Press, 1996, 307.

worden gehouden en binnen welke termijn dit dient te gebeuren. We gaan na of het mogelijk is zich voor deze vrijwaringsplicht te exonereren en indien mogelijk: wie dit kan en hoe.

6. We bespreken bovendien enkele specifieke situaties zoals bouwovertradingen en het verplicht archeologisch onderzoek. Tot slot maken we nog de vergelijking met enkele andere juridische situaties en bekijken we de behandeling van het thema over de landsgrens heen.

V. De koop van een onroerend goed

A. Gemeen recht

7. In het Burgerlijk Wetboek wordt 'koop' gedefinieerd als: *“een overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt om een zaak te leveren, en de andere om daarvoor een prijs te betalen”*⁴. De Page stelt zich vragen bij deze definitie. Zelf geeft De Page de volgende definitie aan de 'koop': *“De koop is een overeenkomst waarbij de ene partij, genaamd de verkoper, de eigendom overdraagt van een goed of een recht aan een andere partij, genaamd de koper, middels de betaling van een prijs in gelden.”*⁵
8. De koopovereenkomst komt louter consensueel tot stand⁶. Dit houdt in dat de koop tot stand komt door de wilsovereenstemming tussen koper en verkoper⁷. Beide partijen moeten overeen komen wat betreft de prijs en het goed. Door het consensualistische karakter van de koopovereenkomst wordt het zeer moeilijk de totstandkoming van de wilsovereenstemming te bewijzen.
9. De koop wordt hoofdzakelijk⁸ geregeld in het Burgerlijk Wetboek⁹. Zoals net vermeld, is het niet eenvoudig het bewijs te leveren van de totstandkoming van de overeenkomst. Daarom werden er op het vlak van de bewijsvoering specifieke bepalingen ingeschreven¹⁰. Zo wordt bijvoorbeeld een onderscheid gemaakt tussen de authentieke en de onderhandse akte. Het moment waarop de verkoopovereenkomst schriftelijk wordt neergeschreven in een akte zal zeer belangrijk blijken. Het is namelijk aan de hand van dergelijke akten dat de verkoper en de koper kunnen bewijzen wanneer het goed werd verkocht of aangekocht. Dit is van belang om het vertrekpunt van de termijnen te bepalen waarbinnen de koper zijn vordering wegens vrijwaring voor verborgen gebreken kan instellen.

B. Andere wetgeving

10. Er is nog specifieke wetgeving die ook op de koop van toepassing is. Doch, deze zijn niet van toepassing in deze masterproef. We bespreken namelijk louter de situatie waar onroerende

⁴ Art. 1582 BW.

⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 26, nr. 8.

⁶ R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Privaatrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 767, nr. 2008.

⁷ R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Privaatrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 767, nr. 2004 a); R. TIMMERMANS, “Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed” in *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., (XV.F – 55) XV.F – 57.

⁸ Zie voor de andere wetgeving *infra* randnummer 10.

⁹ Art. 1582 BW en verder; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 23, nr. 6.

¹⁰ Art. 1317 BW en verder.

goederen worden verkocht. Van de twee belangrijkste wetgevende werken lichten we kort toe waarom ze niet op deze masterproef van toepassing zijn.

1/Wet consumentenkoop

11. De wet consumentenkoop¹¹ heeft een aantal artikelen ingevoerd in het Burgerlijk Wetboek. Met name de artikelen 1649 bis tot en met 1649 octies BW.
12. Artikel 3 wet consumentenkoop heeft het artikel 1649 bis BW ingevoerd. Hierin wordt het toepassingsgebied bepaald van de bescherming die deze wet invoert. Artikel 1649 bis §1 stelt dat het van toepassing is *“op de verkopen van consumptiegoederen door een verkoper aan een consument”*. Paragraaf 2 van hetzelfde artikel verduidelijkt de begrippen die in de eerste paragraaf worden gehanteerd. De koper van een onroerend goed zal een consument zijn in het kader van de wet consumentenkoop, wanneer hij niet handelt voor doeleinden die verband houden met zijn beroeps- of commerciële activiteit¹². Ook de verkoper van een onroerend goed lijkt onder de wet consumentenkoop te vallen voor zover dit goed verkoopt in het kader van zijn beroeps- of commerciële activiteit¹³.
13. Verder is het voor ons zeer belangrijk om te weten wat de wet verstaat onder *consumptiegoederen*. Een onroerend goed voldoet niet aan de vereisten van artikel 1649 bis §2, 3° BW aangezien het geen roerend lichamenlijk goed is¹⁴. Bij de verkoop van een onroerend goed zal dus geen toepassing plaatsvinden van de wet consumentenkoop.

2/Wet productaansprakelijkheid

14. Ook de wet productaansprakelijkheid¹⁵ zou op het eerste zicht nuttig kunnen zijn inzake vrijwaring voor verborgen gebreken. Artikel 1 van deze wet bepaalt namelijk dat *“de producent (...) aansprakelijk (is) voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product”*.
15. Deze wet is echter niet op onroerende goederen van toepassing, zo lezen we in artikel 2 wet productaansprakelijkheid¹⁶. Zo kunnen we de wet productaansprakelijkheid ook niet toepassen in deze masterproef¹⁷.

¹¹ Wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen, *BS* 21 september 2004, 68 384. (Hier ‘wet consumentenkoop’ genaamd).

¹² Art. 1649 bis §2, 1° BW definieert ‘consument’ als volgt: *“iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die geen verband houden met zijn beroepsactiviteit of zijn commerciële activiteit”*.

¹³ Art. 1649 bis §2, 2° BW definieert ‘verkoper’ als volgt: *“iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die consumptiegoederen verkoopt in het kader van zijn beroepsactiviteit of zijn commerciële activiteit”*.

¹⁴ Art. 1649 bis §2, 3°, eerste lid BW definieert ‘consumptiegoederen’ als volgt: *“Alle roerende lichamenlijke zaken”*.

¹⁵ Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *BS* 22 maart 1991, 5884 (Hier ‘wet productaansprakelijkheid’ genaamd).

VI. Kenmerken van verborgen gebreken

A. Gebrek

16. Het burgerlijk wetboek verduidelijkt niet wat een gebrek is. Hoewel algemeen aangenomen wordt dat een gebrek “een tekort in kwaliteit” of een “mankement”¹⁸ is, valt het toch te betreuren dat de wetgever geen eenduidige juridische definitie heeft gegeven aan dit begrip. Het Hof van Cassatie heeft in haar rechtspraak reeds aangegeven dat een gebrek een materieel feit¹⁹ is. Om dieper op het begrip te kunnen ingaan, dienen we het begrip gebrek op twee wijzen te benaderen: als conceptueel of als functioneel gebrek²⁰.

1/Conceptuele opvatting

17. Een gebrek in de conceptuele (intrinsieke) opvatting is een afwijkend kenmerk dat niet inherent is aan de zaak zelf²¹. Om te kunnen oordelen of de schade die door de koper wordt geleden in het kader van artikel 1641 – 1649 BW een gebrek inhoudt, moeten we nagaan of dat gebrek een abnormaal kenmerk van het verkochte onroerend goed inhoudt. Zo zullen scheuren in de muren die ontstaan zijn door een slechte fundering van de woning een gebrek uitmaken²².
18. Wanneer de schade namelijk is ontstaan door een normale gesteldheid van de zaak, kan er geen sprake zijn van een intrinsiek gebrek²³. Slijtage door normaal gebruik ingetreden, zal dan ook geen gebrek uitmaken in de zin van artikel 1641 tot 1649 BW.
19. De zaak die behept is met een gebrek zal hierdoor ongeschikt worden voor haar normale bestemming²⁴. Ook wanneer het gebruik dermate wordt verminderd dat de koper het niet had

¹⁶ Dat artikel stelt in het eerste lid: “Onder product wordt, in de zin van deze wet, verstaan elk lichamelijk roerend goed, ook indien het een bestanddeel vormt van een ander roerend of onroerend goed, of indien het door bestemming onroerend is geworden”.

¹⁷ V. HULPIAU, “Verborgen gebreken: zin en onzin van exoneratieclausules” in X., *Notariële valkuilen. Wie betaalt de rekening? VLN congres 15 december 2012*, Mechelen, Kluwer, 2012, (1) 42.

¹⁸ Van Dale Woordenboek.

¹⁹ Cass. 6 oktober 1972, *Pas.* 1973, I, 139; Cass. 3 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 989.

²⁰ F. HAUMONT, “La responsabilité environnementale et les cessions d’immeubles: aspects contractuels”, *Amén.* 2004, speciaal nummer, (41) 56, nr. 37; M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENEPOEL en K. WILLEMS, “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006”, *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1527.

²¹ M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS et al., “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006”, *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1527.

²² R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Privaatrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 767, nr. 2013;

²³ Gent (17e k.) 15 februari 2008, *T.Verz.* 2009, afl. 1, 57.

gekocht, of slechts voor een lagere prijs, is er sprake van een gebrek²⁵. Twee aspecten hiervan lichten we verder nader toe²⁶: enerzijds de ongeschiktheid en anderzijds de 'normale bestemming'.

2/ Functionele opvatting

20. Bij de functionele opvatting is het gebrek net het gevolg het gebrek zelf. Hier handelt het over een goed dat vrij is van elk intrinsiek gebrek²⁷, maar dat niet overeenstemt met het normale gebruik dat de koper voor ogen had²⁸. Bijvoorbeeld: wanneer bij de verkoop van een onroerend goed de bouw niet toegelaten is omwille van vergunningen²⁹ of door bodemverontreiniging³⁰.

Volgens de rechtbank van Koophandel te Charleroi³¹ moet dit *normale gebruik* wel onder de toepassing vallen van de overeenkomst tussen koper en verkoper. Voor zover de verkoper op de hoogte was van het voorziene gebruik van de koper, zal er sprake zijn van een functioneel gebrek van zodra het onroerend goed niet voor dit gebruik kan dienen. Hoe paradoxaal het ook kan klinken: zelfs wanneer het goed geen gebrek vertoont indien het voor een normaal niet-specifiek gebruik zou worden ingezet, kan er toch besloten worden dat een verborgen gebrek aanwezig zou zijn. Zo kunnen we bijvoorbeeld denken aan de aankoop van een onroerend goed door een particulier. Hij wenst dit goed te gebruiken als woning en hij wil er zijn hoofdverblijfplaats van maken. Deze koper laat ook expliciet aan zijn verkoper weten dat hij het als enige woning wenst te betrekken. Na de aankoop wenst de man in kwestie zijn hoofdverblijfplaats naar daar over te zetten bij de gemeente. Het blijkt echter dat het verkochte goed een handelspand is dat niet tot bewoning mag worden bestemd.

B. Verborgene karakter

21. Het gebrek heeft een verborgen karakter wanneer bij de levering een gebrek kleeft aan het onroerend goed. Dat gebrek mag niet zichtbaar zijn en door een normaal en aandachtig koper niet

²⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 193, nr. 167; M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS et al., "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1531.

²⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 193, nr. 167.

²⁶ *Infra* randnummer 25 en verder.

²⁷ *Supra* randnummer 17 en verder.

²⁸ Kh. Charleroi 12 april 1994, *JLMB* 1995, 276.

²⁹ Voor meer omtrent dit onderwerp: *infra* randnummer 100; J.-R. DIRIX, "U merkt gebreken op aan het onroerend goed dat u net kocht", <http://www.immo-particulier.be/nl/informatie/vastgoed-tips/gebreken-aan-aangekocht.html>.

³⁰ F. HAUMONT, "La responsabilité environnementale et les cessions d'immeubles: aspects contractuels", *Amén.* 2004, speciaal nummer, (41) 57, nr. 37.

³¹ Kh. Charleroi 12 april 1994, *JLMB* 1995, 276.

opgemerkt kunnen worden³². Dit houdt in dat het gebrek niet als *verborgen* kan worden gekwalificeerd indien de koper het gebrek gezien heeft voor of bij aankoop. Ook wanneer hij het gebrek niet heeft opgemerkt maar eigenlijk wel had kunnen opmerken door een normale waakzaamheid aan boord te leggen zal er geen sprake zijn van een verborgen gebrek.

22. Het Hof van Cassatie heeft verschillende malen vastgesteld dat er sprake is van een verborgen gebrek wanneer de koper dit bij de levering niet kon of had kunnen vaststellen³³. Hieronder valt ook het gebrek dat pas zichtbaar wordt na de levering, wanneer de koper het goed dermate heeft bewerkt dat hij bepaalde voordien onzichtbare gebreken opmerkt³⁴. Wanneer de koper het gebrek na de levering kon vaststellen door louter aandachtig doch normaal onderzoek zal dit geen verborgen gebrek inhouden³⁵. Aangezien de koper het aangekochte goed ook voorafgaand aan de levering aan een dergelijke controle had kunnen onderwerpen, is de zienswijze van het Hof van Cassatie mijn inziens dan ook correct.
23. Het gebrek zal maar als *verborgen* kunnen gekwalificeerd worden indien het onmogelijk was dit gebrek te ontdekken door een normaal elementair doch aandachtig onderzoek bij de levering³⁶. Hierbij wordt rekening gehouden met de hoedanigheid van de partijen³⁷. Het verborgen karakter dient dan ook steeds *in concreto* te worden beoordeeld³⁸ naargelang de hoedanigheid van de partijen en de specificaties van het gebrek. Wanneer een zichtbaar gebrek aan een woning niet de ernstige gevolgen bij het gebruik laat vermoeden, vertoont het gebrek toch een *verborgen* karakter.
24. Om betwistingen omtrent het verborgen karakter te vermijden is het geen overbodige luxe om in de verkoopovereenkomst de bestaande gebreken duidelijk te vermelden. Zo kan daar later geen enkele discussie over bestaan. Door de opname van de gebreken in een plaatsbeschrijving die bij de verkoopovereenkomst wordt gevoegd, zal de koper bij ondertekening deze gebreken mee aanvaarden³⁹.

³² F. HAUMONT, "La responsabilité environnementale et les cessions d'immeubles: aspects contractuels", *Amén.* 2004, speciaal nummer, (41) 58, nr. 41; R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., (XV.F - 366) XV.F – 368.

³³ Cass. (1e k.) 19 oktober 2007 *JLMB* 2008 (samenvatting), afl. 27, 1202.

³⁴ Cass. (1e k.) 6 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, afl. 10, 2095.

³⁵ Cass. 29 maart 1976, *Pas.* 1976, I, 832.

³⁶ M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1536.

³⁷ *Infra* randnummer 33 en verder.

³⁸ M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1537.

³⁹ V. HULPIAU, "Verborgen gebreken: zin en onzin van exoneratieclausules" in X., *Notariële valkuilen. Wie betaalt de rekening? VLN congres 15 december 2012*, Mechelen, Kluwer, 2012, (1) 51.

C. Ongeschikt voor het gebruik waartoe de koper ze bestemt

1/Normale bestemming

25. De *normale bestemming* is deze waarvan de verkoper redelijkerwijze kan vermoeden dat het de bedoeling is van de koper om het onroerend goed hiertoe te bestemmen. Zo kan bij de verkoop van een eengezinswoning de verkoper er bijvoorbeeld redelijkerwijze van uitgaan dat de koper het als woonhuis wil gebruiken en dat deze koper zich er ook wenst te domiciliëren.
26. Wanneer de koper daarentegen een specifieke bestemming aan het onroerend goed wil geven en hij geeft dit ook aan de verkoper te kennen, dient de verkoper ook met deze specifieke bestemming rekening te houden⁴⁰. We keren terug naar het voorbeeld van de eengezinswoning. De koper geeft aan de verkoper te kennen dat hij een dokterspraktijk wil inrichten. De verkoper dient er rekening mee te houden dat de koper de woning niet louter als woonhuis, maar ook als praktijk wenst te gebruiken. Er dient steeds te worden gespecificeerd op welke wijze het gebrek een onroerend goed ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe de koper ze bestemt⁴¹.

2/Ongeschikt

27. Opdat de schade die de koper ondergaat een *gebrek* inhoudt in het kader van artikel 1641 tot en met 1649 BW, moet de zaak voor de normale bestemming ongeschikt zijn. Het gebrek zorgt voor een gehele of gedeeltelijke ongeschiktheid van het onroerend goed voor diens normale bestemming. Louter genotsverlies kan ook volstaan. Wanneer het normale gebruik van het onroerend goed zodanig wordt geminderd dat de koper de zaak niet had gekocht of slechts voor een mindere prijs, valt dit onder de 'ongeschiktheid'⁴².
28. Wanneer dit genotsverlies van korte duur is en de herstelling eenvoudig is, zal het niet worden gerangschikt als een gebrek dat de ongeschiktheid van het onroerend goed tot gevolg heeft. Ten minste een langdurig of ingrijpend genotsverlies is hiervoor vereist⁴³.

⁴⁰ *Infra* randnummer 27 en verder.

⁴¹ R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., (XV.F - 366) XV.F – 380.

⁴² Art. 1641 BW; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 193, nr. 167.

M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1531.

⁴³ A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 150, nr. 126; J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 160, nr. 344.

D. Ernstig en belangrijk

29. Om zich met succes op het bestaan van een verborgen gebrek te kunnen beroepen, dient de koper aan te tonen dat het verborgen gebrek het gebruik van de zaak in belangrijke mate belemmert⁴⁴. De verkoper dient dus niet in te staan voor elk klein gebrek aan een onroerend goed, tenzij dit contractueel bedongen wordt in de verkoopovereenkomst.
30. Wanneer een gebrek snel en eenvoudig kan worden hersteld, zal er geen grond zijn tot vrijwaring. Wat vereist wordt is dat het onroerend goed gedurende lange tijd niet kan worden gebruikt voor normaal gebruik of voor het specifieke gebruik dat de koper kenbaar heeft gemaakt aan de verkoper.

E. Bestaan op het moment van de koop

31. Het gebrek dient te bestaan op het moment dat het risico overgaat op de koper, hiermee wordt anterioriteit bedoeld⁴⁵. Het hoeft echter nog niet volkomen ontwikkeld te zijn⁴⁶. Het volstaat dat het gebrek reeds in de kiem bestaat op het ogenblik van de koop⁴⁷.
32. Met deze 'koop'⁴⁸ wordt het sluiten van het contract in gemeenrechtelijke zin bedoeld. Met name wanneer er wilsovereenstemming is tussen de partijen, eventueel na onderhandelingen. Echter, tot bewijs zal men steeds teruggrijpen naar de authentieke akte. De notaris verleent vaste datum aan een document. De partijen kunnen dit niet onderling. Daarom wordt voor het moment van de 'koop' best verwezen naar de datum waarop de authentieke akte werd verleend. Aangezien de koopovereenkomst consensueel wordt gesloten, is het moeilijk met zekerheid te zeggen wanneer de 'koop' gemeenrechtelijk is ontstaan⁴⁹.

⁴⁴ M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1540.

⁴⁵ M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1540 – 1541; R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., (XV.F - 366) XV.F – 381.

⁴⁶ F. HAUMONT, "La responsabilité environnementale et les cessions d'immeubles: aspects contractuels", *Amén.* 2004, speciaal nummer, (41) 59, nr. 45.

⁴⁷ A. KLUYSKENS, *Beginnelsen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 148, nr. 126.

⁴⁸ *Supra* randnummer 31.

⁴⁹ *Supra* randnummer 8 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 29, nr. 11.

VII. Bewijs inzake verborgen gebreken

A. Particuliere verkoper

33. De bewijslast van het verborgen gebrek ligt ten laste van de koper. Hij dient aan te tonen dat het gebrek aan alle kenmerken van een verborgen gebrek voldoet. Het moet dus gaan om een ernstig en belangrijk gebrek dat verborgen is, in de kiem bestaat op het moment van de aankoop en de normale bestemming verhindert. Of dit wel degelijk het geval is, is een feitenkwestie. Door het Hof van Cassatie⁵⁰ wordt bijgevolg gesteld dat dit bewijs door alle middelen, rechtens, getuigenissen en vermoedens mag worden geleverd.
34. De moeilijkste bewijsvoering wordt voor de koper hoogstwaarschijnlijk aantonen dat het verborgen gebrek reeds (minstens in de kiem) bestond op het moment van de aankoop. Een particulier koper beschikt niet over de nodige middelen om hier uitsluitel over te kunnen geven. Hoe later na de koop het gebrek zich manifesteert, des te moeilijker kan dit worden aangetoond. Van een vochtprobleem dat een week na aankoop reeds zichtbaar wordt, is het normaal om aan te nemen dat dit gebrek een week voordien ook reeds bestond. Aangezien de koper alle middelen mag hanteren om het bewijs te leveren⁵¹, zal hij voor de minder voor de hand liggende gebreken meestal beroep doen op een deskundige.
35. Om aanspraak te kunnen maken op de verhoogde schadevergoeding uit artikel 1645 BW zal de koper ook de kwade trouw (kortom de kennis van het gebrek) in hoofde van de verkoper moeten aantonen. Meestal komt het er op neer dat de deskundige zal nagaan of de verkoper technische maatregelen heeft getroffen om het gebrek te camoufleren⁵².

B. Professioneel verkoper

36. In principe wordt de verkoper vermoed te goeder trouw te zijn. Gebaseerd op het adagium '*spondet pertiam artis*'⁵³ geldt ten aanzien van de professionele verkoper daarentegen een weerlegbaar vermoeden van kwade trouw. Hij wordt vermoed van het vermeende gebrek kennis te hebben en moet dus steeds instaan voor de verborgen gebreken⁵⁴. Dit komt neer op een 'onoverkomelijke

⁵⁰ Cass. 6 oktober 1972, *Pas.* 1973, I, 139; Cass. 3 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 989.

⁵¹ J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 161, nr. 347.

⁵² J.-R. Dirix, "U merkt gebreken op aan het onroerend goed dat u net kocht", <http://www.immo-particulier.be/nl/informatie/vastgoed-tips/gebreken-aan-aangekocht.html>.

⁵³ Van een beroepsverkoper kan worden verwacht dat hij de nodige bekwaamheid aan de dag legt bij het uitvoeren van zijn stiel.

⁵⁴ Cass. 4 mei 1939, *Pas.* 1939, I, 223; Cass. 3 april 1959, *Pas.* 1959, I, 773; Cass. 13 november 1959, *RW* 1959 – 60, 1 445; Cass. 28 februari 1980, *RW* 1980-81, 2 319;

onwetendheid' die in abstracto beoordeeld moet worden⁵⁵. De professionele verkoper heeft aldus een opsporingsplicht ten gevolge van een resultaatsverbintenis. Ten gevolge van dat vermoeden van kwade trouw zal de professionele verkoper sneller gehouden worden tot betaling van hoge schadevergoedingen⁵⁶.

37. Dit vermoeden van kwade trouw is weerlegbaar. Om hier onder uit te kunnen komen dient de beroepsverkoper bijgevolg bewijs te leveren dat hij, hoe naarstig hij ook is geweest, geen kennis had van het gebrek of dat hij het gebrek op geen enkele mogelijke wijze had kunnen kennen⁵⁷. Aangezien deze onoverkomelijke onwetendheid *in abstracto* beoordeeld moet worden, kan hij geen eigen beperkingen inroepen om aan te tonen dat hij geen kennis had kunnen hebben van het gebrek⁵⁸. Zijn handelen moet worden vergeleken met dat van een normaal zorgvuldig beroepsverkoper. Indien het daar niet mee overeenstemt, zal er geen sprake zijn van een onoverkomelijke onwetendheid. Dit is een duidelijke uitzondering op de bewijslast die standaard op een verkoper rust. Het houdt eigenlijk een omkering van de bewijslast in.
38. Maar wie is nu volgens de rechtspraak een beroepsverkoper? Hiermee worden doorgaans de fabrikant en de professionele verkopers bedoeld. Elke professionele verkoper wordt in principe tot de beroepsverkopers gerekend, maar dit dient genuanceerd te worden. Enkel de verkoper die handel drijft in zaken van soortgelijke aard als deze die hij verkocht, zal onder het vermoeden van kwade trouw vallen⁵⁹. Het spreekt vanzelf dat op een professioneel autoverkoper geen vermoeden van kwade trouw rust, wanneer hij bijvoorbeeld een onroerend goed verkoopt.
39. Specifiek gericht op onroerende goederen dient aan twee voorwaarden⁶⁰ te worden voldaan opdat het vermoeden van kwade trouw kan worden toegepast. Enerzijds moet de verkoper op regelmatige basis onroerende goederen verkopen of voor zijn beroep werkzaam zijn in de vastgoedsector. Anderzijds dient de verkoper een onroerend goed te verkopen dat zijn eigendom is, of waarvan hij mede-eigenaar is.
40. Onder de eerste voorwaarde kunnen we onder meer notarissen, vastgoedmakelaars, bouwpromotoren, aannemers en fabrikanten-bouwers vermelden wanneer zij een onroerend goed

⁵⁵ Kh. Brugge 10 december 1996, *RHA* 1998, 75.

⁵⁶ *Infra* randnummer 47 en verder.

⁵⁷ Cass. 13 november 1959, *RW* 1959 – 60, 1 445; Cass. 6 mei 1977, *Arr.Cass.* 1977, 915; Kh. Charleroi 12 april 1994, *JLMB* 1995, 276; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 151, nr. 127; M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1540 – 1541.

⁵⁸ B. STROOBANTS, "De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen", *Notariaat* 2009, afl. 7, (1) 5.

⁵⁹ Cass. 13 november 1959, *RW* 1959 – 60, 1 445.

⁶⁰ B. STROOBANTS, "De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen", *Notariaat* 2009, afl. 7, (1) 4.

verkoop, of bemiddelen bij de verkoop. Elkeen van hen doet dit namelijk op regelmatige basis of in het kader van zijn beroepsuitoefening. Zelfs een particulier die geregeld onroerende goederen aankoopt (eventueel renoveert) en daarna weer verkoopt voldoet aan deze voorwaarde⁶¹, doch mijn inziens louter en alleen indien hij dit met voldoende regelmaat doet.

41. Door het toepassen van de tweede voorwaarde vallen een aantal personen uit bovenstaande categorie af. Een notaris en vastgoedmakelaar zullen normaliter geen eigenaar zijn van het onroerend goed dat via hen verkocht wordt. Het zijn immers bemiddelaars. Ze functioneren als tussenpersoon. Aangezien ze niet de eigenaar zijn van het goed, zijn ze derhalve ook niet de uiteindelijke verkopers. De koper zal niet de makelaar of notaris dienen aan te spreken tot vrijwaring, maar wel de eigenaar van het goed die wellicht tevens de makelaar of notaris als bemiddelaar heeft aangesteld. Bij of na de aankoop is het heel eenvoudig te weten te komen wie de eigenaar van het onroerend goed is en tegen wie de vordering dus zal moeten worden ingesteld. Het is namelijk de naam van de eigenaar die dient te worden opgenomen in de koopakte, niet deze van de tussenpersoon. De vastgoedmakelaar en notaris zijn wel gebonden aan hun informatieplicht⁶² en kunnen op grond daarvan toch aansprakelijk worden gesteld.

⁶¹ B. STROOBANTS, "De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen", *Notariaat* 2009, afl. 7, (1) 4.

⁶² S. DENOO, "Bijstand- en informatieplicht van de notaris bij de verkoop van een onroerend goed", *RW* 1999-00, 197.

VIII. Vrijwaringsplicht van de verkoper

A. Keuzerecht van de koper

42. In het geval van de artikelen 1641 en 1643 BW, heeft de koper de keuze om ofwel de zaak terug te geven en zich de prijs te doen terugbetalen, ofwel de zaak te behouden en zich een gedeelte van de prijs te doen terugbetalen. Dit gedeelte zal dan door een deskundigen worden bepaald⁶³. Ook bij vaststelling van een functioneel gebrek kan de koper een keuze maken tussen een vordering tot ontbinding van de koop (*actio redhibitoria*) of een vordering tot raming van de schade⁶⁴ (*actio aestimatoria*, ook wel *actio quanti minoris* genaamd).
43. Indien de koper bij wijze van schadevergoeding het bedrag vordert dat door de deskundige werd begroot, geeft hij te kennen dat hij voor de *actio quanti minoris* heeft gekozen. Aangezien er bij deze vordering geen sprake is van ontbinding van de koopovereenkomst, dient het onroerend goed ook niet teruggegeven te worden⁶⁵. Wanneer een koper opteert voor een *actio aestimatoria*, dient de aan de koper terug te betalen prijs vastgelegd te worden op grond van de werkzaamheden die nodig zijn om de verborgen gebreken te verhelpen. Hierbij mag geen rekening worden gehouden met de prijs waartegen het pand achteraf werd doorverkocht⁶⁶.
44. In principe is het keuzerecht een absoluut recht van de koper. Een rechter kan niet ambtshalve oordelen dat de koper een 'verkeerde' keuze heeft gemaakt en de *actio redhibitoria* vervangen door een *actio quanti minoris* omdat hij zelf vindt dat het ingeroepen gebrek onvoldoende zwaarwichtig is om de ontbinding van de overeenkomst te vragen. *Ergo*, de rechter heeft geen appreciatiebevoegdheid met betrekking tot de keuze van de koper⁶⁷. Opdat er sprake kan zijn van een 'verborgen gebrek' in het kader van artikel 1641 BW en verder, dient het ingeroepen gebrek reeds afdoende ernst en belang in te houden. Bijgevolg is er steeds voldoende ernst om een keuze voor de *actio redhibitoria* te maken. Deze keuze die tot doel heeft de koopovereenkomst te ontbinden zal dan ook geen rechtsmisbruik kunnen uitmaken⁶⁸.

⁶³ Art. 1644 BW; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "La garantie des vices cachés" in MEULEMANS, D., *L'achat et la vente d'un immeuble*, Brussel, Larcier, 1993, 317, nr. 1051; F. VAN NUFFEL, "De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen", *TMR* 2005, afl. 6, (614) 617.

⁶⁴ Kh. Charleroi 12 april 1994, *JLMB* 1995, 276.

⁶⁵ Cass. 15 september 1978, *RW* 1978-79, 1 909.

⁶⁶ Cass. 10 maart 2011, *JLMB* 2011, afl. 37, 1 809.

⁶⁷ M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1546.

⁶⁸ M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1546.

45. Aangezien de wetgever aan de koper de mogelijkheid geeft zelf te kiezen tussen de *actio redhibitoria* of de *actio quanti minoris*, houdt dit ook een beperking in. De koper kan immers ook enkel tussen beide vorderingen kiezen en geen andere vordering instellen. Een koper die van zijn verkoper herstel in natura wenst van het verborgen gebrek, zal dit niet kunnen verkrijgen. Het *next best thing* is dan de *actio quanti minoris*. Met de prijsvermindering die de verkoper dan dient terug te betalen, kan de koper zelf het gebrek herstellen of laten herstellen indien hij dit wenst.
46. In geval van de keuze voor de *actio quanti minoris* legt de wetgeving geen verplichting op het gebrek ook werkelijk te herstellen. Hoewel de koper de ernst en belangrijkheid van het gebrek zal moeten aantonen om aanspraak te kunnen maken op de vrijwaring, zal hij achteraf niet verplicht zijn de ontvangen vergoeding hiertoe aan te wenden⁶⁹.

B. Schadevergoeding en de invloed van kennis

47. Voorafgaand aan het keuzemoment van de koper om ofwel een *actio redhibitoria* ofwel een *actio quanti minoris* in te stellen, is het niet relevant of de verkoper al dan niet kennis had van het vermeende verborgen gebrek. Dit onderscheid is wel van belang voor de latere bepaling van de schadevergoeding die de verkoper verschuldigd zal zijn aan de koper.
48. In het Burgerlijk Wetboek wordt een onderscheid gemaakt met betrekking tot de vrijwaring tussen de situatie waarbij de verkoper het gebrek van de zaak kende⁷⁰, dan wel wanneer de verkoper het gebrek niet kende⁷¹. Aan de eerste situatie wordt door de wetgever vanzelfsprekend zwaardere gevolgen gekoppeld. De verkoper die geen kennis heeft van de verborgen gebreken waarmee het verkochte onroerend goed behept is, kan deze immers niet aan zijn koper meedelen. Daarentegen wordt wel van de verkoper die weet heeft van het verborgen gebrek verwacht dat hij dit ook aan de koper meedeelt. De verkoper die er kennis van heeft zal een aanvullende schadevergoeding verschuldigd zijn. Deze wordt opgelegd boven op de teruggave van de prijs van het goed (in het geval van ontbinding) of de prijsvermindering (in geval van behoud van het goed). De verkoper die geen weet heeft van enig verborgen gebrek, zal louter de door de koop veroorzaakte kosten terug moeten

⁶⁹ Naar analogie met andere burgerrechtelijke vergoedingen. Zo denken we aan de som die de gerechtigde van een verkeersongeval krijgt ter vergoeding van zijn schade aan de wagen. Ook hier wordt geen verplichting opgelegd aan de verkrijger van de som om die te gebruiken tot herstel van de schade. Indien een schadevergoeding van 1500 euro wordt toegekend, omdat dit de kosten van de blikschade kunnen dekken, is de eigenaar van de wagen niet verplicht tot herstel over te gaan. Hij mag de 1500 euro naar eigen believen spenderen.

⁷⁰ Art. 1645 BW: “Indien de verkoper de gebreken van de zaak gekend heeft, is hij niet alleen gehouden tot teruggave van de prijs die hij ervoor ontvangen heeft, maar bovendien tot vergoeding van alle schade aan de koper.”

⁷¹ Art. 1646 BW: “Indien de verkoper de gebreken van de zaak niet gekend heeft, is hij slechts gehouden tot teruggave van de prijs, en tot vergoeding aan de koper van de door de koop veroorzaakte kosten.”

betalen. Derhalve zal enkel wanneer de verkoper te kwader trouw is, de koper aanspraak kunnen maken op een integrale vergoeding⁷².

49. Bij letterlijke lezing van de artikelen 1645 en 1646 BW komt een strekking in de doctrine⁷³ tot de veronderstelling dat deze artikelen enkel gelden wanneer er een *actio redhibitoria* werd ingesteld. Ze baseren zich op het gegeven dat de *actio quanti minoris* reeds de prijsvermindering ten belope van de minderwaarde beoogt. Volgens hen is geen aanvullende schadevergoeding meer mogelijk. Mijn inziens moet deze doctrine genuanceerd worden.
50. Vooreerst dient er nog een kleine schakering tussen beide artikelen te worden aangebracht. Er wordt namelijk gesproken over “*de teruggave van de prijs die hij ervoor gekregen heeft*” in artikel 1645 met daarbovenop een complete schadevergoeding. In artikel 1646 BW daarentegen is er sprake van “*teruggave van de prijs*” met daarbovenop een beperkte schadevergoeding. Door die bewoordingen lijkt het er op dat artikel 1645 BW enkel van toepassing is bij de *actio redhibitoria*, omdat bij ontbinding de volledige aankoopprijs gerestitueerd moet worden. In artikel 1646 BW wordt daarentegen enkel gesproken van “de prijs”, hetgeen op het eerste zicht doet vermoeden dat het ook om de prijs van de minwaarde kan gaan. Niettemin kan het m.i. niet de bedoeling zijn dat de koper die kiest voor een *actio redhibitoria* wel een schadevergoeding kan verkrijgen op grond van artikel 1645 BW en de koper die kiest voor de *actio quanti minoris* niet. De wetgever geeft namelijk duidelijk het keuzerecht aan de koper in artikel 1644 BW, zonder in artikel 1645 BW en 1646 BW expliciet duidelijk te stellen dat ze slechts op één van deze beide keuzes van toepassing zou zijn.
51. Beide vorderingen zorgen ervoor dat de koper van een gebrekkig goed in een situatie wordt gebracht waar hij zich had in bevonden wanneer hij kennis gehad had van het verborgen gebrek bij verkoop. Ofwel had de koper het goed niet aangekocht (situatie na de *actio redhibitoria*) ofwel had de koper het goed voor een mindere prijs gekocht (situatie na de *actio quanti minoris*). Daarom zal ook de schadevergoeding voor beide vorderingen mogelijk moeten zijn indien de verkoper te kwader trouw is. Tot deze conclusie komt ook PIRSON⁷⁴ die stelt dat ondanks de slechte woordkeuze in artikel 1645 dit een schadevergoeding betreft ter aanvulling van de ontbinding van de koop of de prijsvermindering. Wat betreft de vordering tot prijsvermindering kan er wel een beperking worden opgelegd. De redelijkheid in overweging nemende, volgen we de hogervermelde strekking van STIJNS in de doctrine wel. Ten minste waar ze verwijst naar een arrest van het Franse Hof van Cassatie. Dit arrest stelde dat een verkoper op grond van de *actio quanti minoris* er niet toe kan worden gehouden in totaal een vergoeding (prijsvermindering gecumuleerd met schadevergoeding) te betalen die de aankoopprijs te boven gaat. Deze geplafonneerde integrale schadevergoeding omvat alle schade veroorzaakt door de gebrekkige zaak: de materiële schade aan het onroerend goed, de

⁷² Art. 1645 BW; M. STIJNS, B., TILLEMANN, W., GOOSSENS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006”, *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1549.

⁷³ M. STIJNS, B., TILLEMANN, W., GOOSSENS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006”, *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1549.

⁷⁴ PIRSON, V., “Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente”, *TBBR* 2001, 421.

morele schadevergoeding, eventuele genotsderving, ... maar met een plicht ten aanzien van de koper om de schade zoveel mogelijk te beperken⁷⁵.

52. Een voorbeeld kan wat meer duidelijkheid scheppen met betrekking tot de geplafonneerde schadevergoeding. We gaan uit van de situatie waar een persoon een onroerend goed koopt voor de aankoopprijs van 100.000 euro. Het goed is behept met zware verborgen gebreken (vocht, slechte funderingen, ...). Deze gebreken doen het goed met 60.000 euro in waarde verminderen. Daarbovenop kan de persoon een jaar niet in zijn woning verblijven. De genotsderving wordt geraamd op bijvoorbeeld 30.000 euro. Daarbovenop vordert de persoon in kwestie ook een morele schadevergoeding van 20.000 euro. De gevorderde schadevergoeding bedraagt in totaal 110.000 euro. Dit zal worden beperkt tot maximaal 100.000, evenveel als de aankoopprijs.
53. Artikel 1646 BW handelt over de schadevergoeding die een verkoper te goeder trouw verschuldigd is. Deze vergoeding is uiteraard beperkter dan deze verschuldigd door de verkoper te kwader trouw. Aangezien in artikel 1646 BW de ruimere bewoording "*de prijs*" wordt gebruikt, is er nog minder discussie mogelijk over de toepassing van dit artikel op de vordering tot prijsvermindering. Echter, de schadevergoeding die de koper op grond van dit artikel kan krijgen, is beperkt tot de door de koop veroorzaakte kosten. In tegenstelling tot artikel 1645 BW gaat het hier niet om alle mogelijke kosten die het gebrek teweeg hebben gebracht, maar enkel kosten rechtstreeks aan de koop verbonden. Zo denken we aan het ereloon van de notaris, registratierechten, verhuiskosten en dergelijke meer⁷⁶.

C. Uitzondering op het keuzerecht van de koper

54. Op het absoluut keuzerecht van de koper bestaat een belangrijke uitzondering. Indien het gekochte onroerend goed niet kan worden terugbezorgd aan de verkoper, ongeacht of dit ten gevolge is van de gebreken, zal geen *actio redhibitoria* meer kunnen ingesteld worden, te weten dat deze vordering de ontbinding van de verkoopovereenkomst als oogmerk heeft. Bij ontbinding is immers teruggave langs beide zijden vereist: de koper dient het onroerend goed terug te geven aan de verkoper en deze laatste zorgt voor restitutie van de aankoopprijs. Zonder teruggavemogelijkheid langs de kant van de koper, is wederzijdse restitutie niet meer mogelijk en bijgevolg ook niet meer de *actio redhibitoria*.
55. Een onroerend goed dat bezwaard wordt met een zakelijk recht, kan geen voorwerp meer uitmaken van een vordering tot ontbinding inzake vrijwaring voor verborgen gebreken⁷⁷. Zo doet het zich geregeld voor dat de koper van een onroerend goed ter financiering hiervan een hypotheeklening aangaat. De instantie die de hypotheeklening uitschrijft zal op dat moment maximaal ten belope van

⁷⁵ M. STIJNS, B., TILLEMANN, W., GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1550.

⁷⁶ A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 151, nr. 127.

⁷⁷ M. STIJNS, B. TILLEMANN, W. GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1546.

het geleende kapitaal een hypotheek vestigen op het onroerend goed. In dat geval verliest de koper zijn keuzerecht⁷⁸ en kan hij geen *actio redhibitoria* meer instellen omdat het onroerend goed dat hij aan de verkoper dient terug te geven intussen is bezwaard met een hypotheek.

56. Een zaak die teniet gaat zal geen voorwerp meer kunnen uitmaken van de restitutie tussen partijen bij ontbinding. Hierbij zal geen onderscheid worden gemaakt naargelang het tenietgaan al dan niet geschiedt ten gevolge van de gebreken aan dit onroerend goed. Derhalve heeft de koper niet meer het recht de *actio redhibitoria* in te stellen, maar dient hij zich te beroepen op de *actio quanti minoris*. Met betrekking tot de te betalen schadevergoeding bepaalt artikel 1647 BW⁷⁹ in dit geval dat het verlies van de zaak die teniet is gegaan ten gevolge van haar slechte hoedanigheid, ten laste van de verkoper is. De verkoper is dan gehouden tot teruggave van de prijs ten aanzien van de koper, alsook tot de betaling van de schadevergoedingen bepaald in artikel 1645 BW en 1646 BW. Wanneer daarentegen het verlies door toeval werd veroorzaakt, is het voor de rekening van de koper, tenzij deze laatste op het moment van het verlies reeds zijn vordering had ingesteld⁸⁰.
57. Ter volledigheid dient eveneens te worden opgemerkt dat de koper ook geen *actio redhibitoria* zal kunnen instellen wanneer het onroerend goed vervreemd werd of veranderd is. Onder 'verandering' wordt onder meer verstaan het herstel of de verandering die de koper zelf heeft uitgevoerd zonder toestemming van de verkoper.

D. Appartementen

58. Gebouwen met meerdere wooneenheden, zoals appartementen, hebben meestal zowel privatieve als gemeenschappelijke delen. De privatieve delen zijn vanzelfsprekend bijvoorbeeld het appartement zelf en bijhorende kelder die enkel aan de eigenaar van dat appartement toebehoort. Voorbeelden van gemeenschappelijke delen zijn bijvoorbeeld de inkomhal, de trap, de traphal, eventueel een lift, het dak en zo verder.
59. Wanneer een appartement voltooid wordt verkocht, heeft de verkoper voor de privatieve delen de plicht tot vrijwaring voor verborgen gebreken. Dit in overeenstemming met wat hierboven werd uiteengezet over de 'gewone' woningen⁸¹. Voor de gemeenschappelijke delen ligt de situatie voor

⁷⁸ R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., (XV.F - 366) XV.F – 386.

⁷⁹ Dit artikel stelt: "Indien de zaak welke gebreken had, is teniet gegaan ten gevolge van haar slechte hoedanigheid, is het verlies voor rekening van de verkoper, die jegens de koper gehouden is tot teruggave van de prijs, en tot de overige schadevergoedingen in de twee vorige artikelen bepaald. Maar het verlies door toeval veroorzaakt is voor rekening van de koper."

⁸⁰ D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "La garantie des vices cachés" in MEULEMANS, D., *L'achat et la vente d'un immeuble*, Brussel, Larcier, 1993, 319, nr. 1062; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 156, nr. 130, 4°.

⁸¹ *Supra* randnummer 42 en verder.

verborgen gebruiken iets ingewikkelder. De koper die de verkoper tot vrijwaring van de gebreken wil roepen, dient er rekening mee te houden dat hij hier slechts voor een gedeelte eigenaar van is.

60. De koper van een gebrekkig onroerend goed kan de verkoper⁸² in vrijwaring roepen. Dan heeft de koper steeds de keuze⁸³ een *actio redhibitoria* dan wel een *actio quanti minoris* in te stellen. Het gemeenschappelijke deel is geen eigendom van de koper alleen. Dit valt dus niet onder artikel 544 BW⁸⁴ in die zin dat de koper niet alleen kan beslissen over wat met de gemeenschappelijke delen gebeurt.
61. Alle eigenaars samen zouden de verkoper in gebreke moeten stellen met betrekking tot de vrijwaring voor verborgen gebreken. Pas dan wordt het eigendomsrecht van elke mede-eigenaar gerespecteerd. Het is echter moeilijk – misschien zelfs onmogelijk – om dit in de praktijk te bewerkstelligen. Daarom is een gebruik ontwikkeld dat het probleem oplost. Het zal de vereniging van mede-eigenaars zijn die voor gebreken aan de gemeenschappelijke gedeelten schadevergoeding kan vorderen⁸⁵. Meestal is het de syndicus die zich over het dossier zal buigen. Dit vindt zijn oorzaak in de contractuele relatie tussen de mede-eigenaars en hemzelf. Zijn kosten kunnen dus niet mee gerekend worden in de schadevergoeding die de verkoper mogelijks gehouden zal zijn te betalen.

E. Openbare verkoop

62. Wanneer een onroerend goed openbaar wordt verkocht, vermeldt een clause in de verkoopvoorwaarden veelal dat het goed zal worden verkocht in de staat waarin het zich bevindt bij definitieve toewijzing. De koper wordt geacht het goed te hebben bezocht en pas te bieden wanneer hij voldoende tevreden is met de huidige toestand van het onroerend goed om het aan te kopen⁸⁶. Rechtspraak aanziet deze clause is echter niet als een vrijwaringsclause⁸⁷.
63. Openbare verkopen kunnen zowel vrijwillig als gerechtelijk geschieden. Met de gerechtelijke verkopen worden deze verkopen bedoeld waarbij de rechtbank dient tussen te komen in de verkoop omdat de eigenaar of een deeleigenaar van het goed hiertoe niet over afdoende

⁸² *In casu* zal de verkoper een bouwpromotor zijn die na (of tijdens) de bouw de appartementen zelf (of met behulp van bemiddeling) zal verkopen.

⁸³ *Supra* randnummer 42 en verder.

⁸⁴ Art. 544 BW definieert het begrip 'eigendom' en stelt daarover: "*Eigendom is het recht om op de meest volstreekte wijze van een zaak het genot te hebben en daarover te beschikken, mits men er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of met de verordeningen.*"

⁸⁵ Kh. Dendermonde (afd. Aalst) 29 mei 2001, *T.App.* 2002, afl. 3, 33.

⁸⁶ A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 154, nr. 130, 1°.

⁸⁷ Antwerpen 28 november 1985, *Rev.not.b.* 1986, 390, noot R. DE VALKENEER.

bekwaamheid beschikt, of wanneer de rechtbank de wil van de eigenaar dient te vervangen⁸⁸. De volgende verkopen worden beschouwd als openbare verkopen⁸⁹:

- De verkoop na onroerend beslag.
- Wanneer de eigenaar een minderjarige is.
- Een onroerend goed in geval van nalatenschap aanvaard onder voorrecht van boedelbeschrijving.
- Een onroerend goed in geval van een onbeheerde nalatenschap.
- Een onroerend goed in geval van faillissement.

64. Deze verkopen gebeuren gerechtelijk opdat er meer zekerheid zou zijn dat voor het onroerend goed een eerlijke en marktconforme prijs wordt betaald. Wanneer het bijvoorbeeld in geval van faillissement zou toegestaan zijn onderhands te verkopen⁹⁰, is het risico op benadeling van de schuldeisers van het faillissement reëel. Bij een minderjarige eigenaar daarentegen, is de maatregel er ter bescherming van de minderjarige zelf, aangezien de kans bestaat dat hij de correcte waarde van het onroerend goed niet kent.
65. Artikel 1649 BW sluit de gerechtelijke openbare verkoop uit van de vrijwaringsplicht van de verkoper inzake verborgen gebreken. Wie een goed openbaar aankoopt, draagt dus een hoger risico. Deze onttrekking van openbare verkopen aan de bepalingen omtrent verborgen gebreken heeft geen volledige aansprakelijkheidsuitsluiting van de notaris tot gevolg. Hij blijft nog steeds gebonden door zijn informatieverplichting⁹¹.

⁸⁸ J. HERBOTS, M. VERVOORT en T. BRUYNINCK, “[Koop] Veiling en openbare verkoping” in *Onroerend goed in de praktijk*, II.A.4 – 8.

⁸⁹ J. HERBOTS, M. VERVOORT en T. BRUYNINCK, “[Koop] Veiling en openbare verkoping” in *Onroerend goed in de praktijk*, II.A.4 – 8.

⁹⁰ In uitzonderlijke gevallen is de onderhandse verkoop mogelijk bij faillissement. In deze gevallen zal echter ook de onderhandse verkoop aan een verzwaarde procedure worden onderworpen om misbruik te voorkomen.

⁹¹ S. DENOO, “Bijstand- en informatieplicht van de notaris bij de verkoop van een onroerend goed”, *RW* 1999-00, 197.

IX. Termijn

A. Korte termijn

66. Artikel 1648 BW stelt: *“De rechtsvordering op grond van koopvernietigende gebreken moet door de koper worden ingesteld binnen een korte tijd, al naar de aard van de koopvernietigende gebreken en de gebruiken van de plaats waar de koop gesloten is.”*
67. Het doel van dit artikel is de problemen met betrekking tot de bewijsvoering te voorkomen⁹². De koper dient aan te tonen dat het gebrek reeds bestond bij de verkoop van het onroerend goed. Het zal voor de verkoper veel moeilijker zijn aan te tonen dat een bepaald gebrek reeds bestond bij verkoop wanneer er meer tijd er zit tussen de verkoop en het inroepen van het gebrek. Anderzijds wordt het ook moeilijker voor de verkoper om te bewijzen dat het gebrek niet aanwezig was bij de verkoop, maar het later is ontstaan zodat hij niet tot vrijwaring van het gebrek gehouden is. Daarom is het van groot belang dat de verkoper gauw zekerheid krijgt of het vermeende gebrek wel degelijk in de kiem bestond bij of vóór de aankoop van het onroerend goed⁹³.

1/Vertrekpunt

68. Er wordt algemeen aanvaard dat het vertrekpunt van de korte termijn het moment is waarop de koper van het onroerend goed het gebrek ontdekt dan wel het moment van de levering van het goed⁹⁴. Dit onderscheid heeft echter een grote impact op de vorderingsmogelijkheden van de koper. Vaak zal een gebrek namelijk slechts jaren na de aankoop tot uiting komen. De koper zal pas dan een vordering tot vrijwaring van verborgen gebreken instellen tegen de verkoper.
69. Voorstanders van het gebruik van de ontdekking van het gebrek als vertrekpunt van de korte termijn argumenteren dat het onmogelijk is een vordering in te stellen gedurende de periode dat de koper nog geen kennis heeft van het verborgen gebrek⁹⁵. Anderzijds wordt terecht vooral inzake verkoop van onroerende goederen aanvaard dat de korte termijn aanvangt op het moment van de koop of ten laatste de levering van het goed⁹⁶. Dit is een groot pluspunt inzake de rechtszekerheid voor de

⁹² Brussel (9e k.) 11 oktober 2001, *JT* 2002, 132; Gent (12e k.) 28 mei 2003, *T.Verz.* 2004, afl. 2, 355; E. DE BAERE en S. VERECKEN, “Over verborgen gebreken en korte termijnen”, *TBBR* 2011, afl. 1, 34.

⁹³ Gent (12e k.) 28 mei 2003, *T.Verz.* 2004, afl. 2, 355.

⁹⁴ Gent (12e k.) 28 mei 2003, *T.Verz.* 2004, afl. 2, 355; B. STROOBANTS, “De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen”, *Notariaat* 2009, afl. 7, (1) 6.

⁹⁵ A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1648 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4; J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 175, 405.

⁹⁶ B. STROOBANTS, “De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen”, *Notariaat* 2009, afl. 7, (1) 6; J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 175, 406.

verkoper van een onroerend goed. Het leunt ook dichter aan bij de *ratio legis* van artikel 1648 BW. De wetgever heeft getracht een proces met betrekking tot gebreken te vermijden, wanneer niet meer met zekerheid kan worden aangetoond dat het gebrek reeds in de kiem bestond ten tijde van de verkoop⁹⁷.

70. Het is een soevereine beslissing van de rechter of de levering van het goed dan wel de ontdekking van het gebrek als vertrekpunt wordt toegepast. Tot nog toe bestaat er geen eenduidige rechtspraak hieromtrent waardoor het onmogelijk is met zekerheid te stellen welk vertrekpunt nu werkelijk het correcte is. J. LIMPENS vond een oplossing in de rechtspraak van het Hof van Cassatie⁹⁸. Dat zou stellen dat de rechter die oordeelt ten gronde rekening moet houden met de aard van het gebrek. Wanneer het gebrek merkbaar wordt door normaal gebruik, zal de levering als start van de termijn worden gezien. Daarentegen zal de ontdekking van het gebrek het startpunt zijn wanneer het gebrek zich pas zeer laat onthult.

2/Duurtijd

71. De rechter beoordeelt vrij de 'korte tijd' waarbinnen de koper de rechtsvordering op grond van verborgen gebreken moet instellen. Hij dient hierbij rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak. Met name van de aard van het verkochte goed, de aard van het gebrek, de gebruiken, de hoedanigheid van partijen en de door hen verrichte buitengerechtelijke en gerechtelijke handelingen, zoals het vorderen van een gerechtelijk deskundigenonderzoek⁹⁹.
72. De rechter beoordeelt in feite en derhalve onaantastbaar of de rechtsvordering op grond van koopvernietigende gebreken binnen een korte tijd is ingesteld¹⁰⁰. Hij dient hierbij rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak, zoals beschreven in artikel 1648 BW. Of de rechter nu bepaalt dat de vordering wel of niet binnen de korte termijn werd ingediend, dit is een beoordeling van de feiten en kan geen aanleiding geven tot voorziening in cassatie¹⁰¹.
73. Enkele voorbeelden uit de rechtspraak schenken hieromtrent wat meer duidelijkheid:
- De vordering wegens verborgen gebreken van februari 1981, bijna 2 jaar na het laatste schadegeval (het eerste dateerde van september 1978, het tweede van november 1979) is niet ontvankelijk wegens laattijdig¹⁰².

⁹⁷ J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 176, 406.

⁹⁸ J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 176, 408.

⁹⁹ Cass. 23 maart 1984, *Bull.* 1984, 867.

¹⁰⁰ Cass. 23 maart 1984, *Bull.* 1984, 867; Cass. 29 januari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 693; B. STROOBANTS, "De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen", *Notariaat* 2009, afl. 7, (1) 6.

¹⁰¹ Cass. 14 januari 1841, *Pas.* 1841, I, 135.

¹⁰² Brussel 15 februari 1988, *T.Aann.* 1992, 70.

- De vordering die pas zeven jaar na de aankoop van een onroerend goed wordt ingesteld, en dit vier jaar nadat de gebreken aan het dak van de woning werden vastgesteld is niet ontvankelijk¹⁰³.

74. Er wordt slechts aan artikel 1648 BW voldaan indien binnen deze korte termijn een rechtsvordering werd ingesteld door de verkoper, met name een *actio redhibitoria* of een *actio quanti minoris*¹⁰⁴. Het blijft zo dat artikel 1648 BW vereist dat de rechtsvordering ingesteld wordt binnen een korte termijn, maar de rechter ten gronde beoordeelt deze 'korte tijd' soeverein¹⁰⁵. De rechter kan dus ter beoordeling een eventuele buitengerechtelijke actie in acht nemen. De korte termijn is aldus niet van openbare orde¹⁰⁶, en zal evenmin voor het eerst in Cassatie kunnen worden opgeworpen.
75. Geregeld wordt in de verkoopovereenkomst een korte termijn ingeschreven van bijvoorbeeld zes maanden die begint te lopen op de datum van de aankoop. Deze clausule moeten we zien als een contractuele bepaling van de korte termijn van artikel 1648 BW¹⁰⁷.

B. Handelingen van de partijen

76. Overeenkomstig artikel 1648 BW zal bij de beoordeling van de korte tijd de rechter zeker de aard van de gebreken alsook de plaats waar de koop gesloten is in rekening moeten nemen. Bij deze beoordeling dient de rechter ook¹⁰⁸ onder meer de hoedanigheid van de partijen¹⁰⁹ en de door hen verrichte buitengerechtelijke en gerechtelijke handelingen in acht te nemen¹¹⁰.
77. BOONE¹¹¹ verduidelijkt dat er in de rechtspraak wordt geponeerd dat er drie wijzen zijn waarop de onderhandelingen tussen de partijen uitwerking kunnen hebben op de korte termijn. Vooreerst kan er worden gesteld dat de korte termijn wordt verlengd door de onderhandelingen. Ten tweede wordt gesteld dat de korte termijn wordt geschorst tijdens de duur van de onderhandelingen. Tot slot kan het zo worden uitgelegd dat de korte termijn om de rechtsvordering in te stellen pas begint

¹⁰³ Bergen 28 maart 1994, *T.Vred.* 1994, 193.

¹⁰⁴ E. DE BAERE EN S. VEREecken, "Over verborgen gebreken en korte termijnen", *TBBR* 2011, afl. 1, 35.

¹⁰⁵ Cass. 8 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1000; Ph. VAN DE WIELE, *La vente d'immeubles*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 95.

¹⁰⁶ Antwerpen (5e k.) 18 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, afl. 3, 173.

¹⁰⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 209, nr. 183; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 153 - 155, nrs. 128 en 130.

¹⁰⁸ *Supra* randnummer 71.

¹⁰⁹ *Infra* randnummer 88 en verder.

¹¹⁰ Brussel 9 mei 1996, *AJT* 1997-98, 275; J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 177, 410.

¹¹¹ I. BOONE, "Over gordijnen en korte termijnen" (noot onder Brussel 9 mei 1996), *AJT* 1997-98, 278.

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

te lopen wanneer blijkt dat de onderhandelingen om de zaak in der minne te regelen nergens toe blijken te leiden.

Aanmaning

78. Nadat de koper het gebrek heeft ontdekt, kan hij best eerst een aanmaning sturen aan de verkoper vooraleer hij tot dagvaarding overgaat. Zo zorgt de koper er voor dat hij met de verkoper nog tot een minnelijke regeling kan komen zonder overbodige gerechtelijke kosten te maken.
79. Wanneer de koper eerst een aanmaning verstuurt en pas later – bij gebrek aan positieve reactie van de verkoper – overgaat tot dagvaarding, zal dit geen gevolgen hebben ten aanzien van de beoordeling van de korte termijn van artikel 1648 BW. Het Hof van Beroep te Gent heeft aanvaard dat de korte termijn niet overschreden wordt wanneer de koper toch nog binnen een redelijke termijn na de aanmaning (en eventueel zelfs met een dagvaarding in kort geding tussendoor) tot dagvaarding ten gronde overgaat. Hiertoe heeft het Hof geoordeeld in een zaak waar de koper is overgegaan tot aanmaning van de verkoper en tot dagvaarding in kort geding enkele weken na de vaststelling van het gebrek. Binnen de zes maand na de ontdekking van het gebrek liet de koper de dagvaarding ten gronde betekenen aan de verkoper¹¹². Doch de dagvaarding in kort geding alleen werd in de rechtspraak wel eens niet aanvaard als zijnde een voldoende grond om de korte tijd te onderbreken¹¹³.

Onderhandelingen tussen partijen

80. Proceseconomisch is het zeker interessant dat de beide partijen eerst proberen onderling overeen te komen met betrekking tot het herstel of de vergoeding van het vermeende gebrek of de ontbinding van de koop. Daarom wordt hier ook rekening mee gehouden door de rechter om de 'korte tijd' te beoordelen.
81. De onderhandelingen tussen partijen over het vermeende gebrek dienen wel effectief te zijn en niet louter oppervlakkig. De koper dient duidelijk te maken dat hij een ontbinding van de koop, dan wel een prijsvermindering wenst te verkrijgen van de verkoper. Wanneer hij zich echter laks opstelt ten aanzien van zijn verkoper en niet duidelijk maakt dat het hem menens is tot een regeling te komen, zal deze onderhandelingsfase niet de korte termijn kunnen onderbreken. Zo oordeelde de rechtspraak reeds dat wanneer een verkoper tussenkomt om door de koper gemelde fouten te verhelpen, dit geen echte onderhandelingen zijn wanneer de koper geen briefwisseling kan voorleggen waarin hij blijkt geeft van zijn voornemen een ontbinding van de koop te verkrijgen¹¹⁴. Daarom is het uitermate belangrijk voor de koper om toch tijdig te reageren indien zou blijken dat de onderhandelingen lang zouden kunnen aanslepen.

¹¹² Gent (1e k.) 8 mei 2003, *RW* 2005-06, 1057.

¹¹³ Luik 8 mei 1992, *JLMB* 1993, 85; *Vred. Asse* 27 oktober 1999, *T.Vred.* 2000, 304.

¹¹⁴ Luik 8 mei 1992, *JLMB* 1993, 85.

Aanstelling van een deskundige

82. De rechter kan bij de beoordeling van de korte tijd waarbinnen de *actio redhibitoria* of de *actio quanti minoris* moet worden ingesteld rekening houden met het deskundigenonderzoek. Zo aanvaardt het Hof van Cassatie dat de dagvaarding ten gronde pas na een dergelijk onderzoek wordt uitgebracht¹¹⁵.
83. Wanneer over de rechten van de partijen geen discussie nodig is omdat ze met zekerheid vaststaan, zal de rechter de gerechtelijke expertise niet als gerechtvaardigd zien om de korte termijn te onderbreken¹¹⁶. Ook wanneer de koper het deskundigenonderzoek vordert zonder de verkoper duidelijk mede op grond van vrijwaring voor verborgen gebreken aan te spreken, zal de korte termijn niet worden verlengd met de duur van het deskundigenonderzoek¹¹⁷.
84. Wanneer een lange termijn is verlopen tussen de dagvaarding in kort geding, het deskundigenverslag en de dagvaarding ten gronde, zal de vordering tot vrijwaring voor verborgen gebreken onontvankelijk worden verklaard wegens laattijdig ingediend¹¹⁸. *In casu* ging het over een vordering ten gronde van meer dan acht maanden na de neerlegging van het deskundigenverslag dat laattijdig werd ingediend. Hoewel een bepaalde strekking aanneemt dat aan de korte termijn is voldaan indien de vordering in kort geding tot aanstelling van een deskundige tijdig werd ingesteld¹¹⁹, is er een andere strekking waar ik ook mezelf bij aansluit die stelt dat binnen een korte termijn de dagvaarding ten gronde dient te worden ingesteld. Ter bepaling van deze korte termijn kan echter wel rekening worden gehouden met de tussentijdse aanstelling van een deskundige of met onderlinge onderhandelingen tussen de partijen. Maar het kan mijn inziens niet worden verantwoord dat een koper die tijdig de dagvaarding in kort geding instelt, na het deskundigenonderzoek de indirecte toelating krijgt te talmen bij het instellen van de dagvaarding ten gronde. De tijdspanne tussen beide dient door de koper beperkt te worden gehouden¹²⁰. Zo niet, ontstaat er een scheefgetrokken situatie waarbij de koper zowel als de verkoper in het ongewisse blijven over de uiteindelijke afloop en over de hoegrootheid van de kosten die de verkoper eventueel aan de koper moet betalen.

¹¹⁵ Cass. 19 mei 1983, *Bull.* 1983, 1052.

¹¹⁶ Bergen 28 maart 1994, *T.Vred.* 1994, 193.

¹¹⁷ Brussel 9 november 2004, *RW* 2007–08, 152.

¹¹⁸ Luik 26 mei 1992, *JLMB* 1995, 251.

¹¹⁹ M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1559 – 1560.

¹²⁰ Brussel 17 december 1998, *AJT* 1999 – 00, 882, noot S. MOSSELMANS: Zo wordt van een dagvaarding ten gronde dd. 21 mei 1992 aanvaard dat ze binnen de korte termijn werd ingesteld wanneer het eindverslag van de gerechtsdeskundige dateerde van 4 mei 1992.

Bergen (7e k.) 9 september 2003, *TBBR* 2005, afl. 1, 76 – 77: *In casu* werd geoordeeld dat er is voldaan aan de naleving van de korte termijn van art. 1648 BW wanneer de gebreken zichtbaar werden in juni 1991, een deskundige werd aangesteld in juli 1991 en de vordering ten gronde gebeurde in september 1991.

C. Verval- of verjaringstermijn

85. Er zijn twee strekkingen in de doctrine en rechtspraak die elk een ander karakter toekennen aan de korte termijn van artikel 1648 BW. Een eerste minderheidsstrekking meent dat de korte tijd een verjaringstermijn is. De laattijdige vordering zal niet onontvankelijk maar wel ongegrond verklaard moeten worden¹²¹. Deze strekking baseert zich echter op de Franse doctrine van M. BRUSCH¹²². En hoewel ons burgerlijk wetboek overgenomen is van de Franse code civil, zijn hier na de onafhankelijkheid van België toch onderlinge verschillen in ontstaan. Zo is in de Franse Code Civil de korte termijn van artikel 1648 BW bij wet van 25 maart 2009¹²³ vervangen door een tweejarige verjaringstermijn die loopt vanaf het ontdekken van het gebrek¹²⁴. Het lijkt me dan ook niet opportuun zich nog te baseren op Franse bronnen om te oordelen of de 'korte tijd' als verval- dan wel als een verjaringstermijn moet worden gezien.
86. Volgens de tweede strekking is de termijn van artikel 1648 BW een vervaltermijn¹²⁵. Het Hof van Cassatie heeft in het arrest van 2004¹²⁶ een bestreden beslissing vernietigt. Doch niet voor zoverre het Hof van Beroep oordeelde dat de korte termijn van artikel 1648 BW een vervaltermijn is die als zodanig niet vatbaar is voor verlenging, voor stuiting of voor schorsing. Een partij voerde in haar grieven aan dat een vervaltermijn overeenkomstig artikelen 48 – 51 Gerechtelijk Wetboek wel kan worden verlengd. Deze verlenging zou mogelijk zijn gedurende de periode waarin het voor de partij die de handeling moest verrichten onmogelijk was om te handelen. Het Hof volgt terecht deze stelling. Het is dus in deze context dat we de termijn van artikel 1648 BW moeten zien. Deze termijn dient bijgevolg als vervaltermijn te worden gekwalificeerd. Aangezien het onredelijk zou zijn voor de berekening van deze termijn enkel rekening te houden met de periode die is verstreken tussen de aankoop van het onroerend goed en de dagvaarding ten gronde, dienen we de termijn te verlengen tijdens de periode dat de koper nog geen zekerheid heeft over het verborgen gebrek zolang het deskundigenonderzoek nog aan de gang is. Gedurende die tijdspanne verkeert de koper namelijk in de onmogelijkheid om de dagvaarding in te stellen, ten gevolge van de onwetendheid.

¹²¹ M. STIJNS, B., TILLEMANN, W., GOOSSENS *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1557.

¹²² M. BRUSCH, "La réforme de l'article 1648, alinéa 1 du Code Civil opérée par l'ordonnance du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur", *Revue des contrats* 2005, 710.

¹²³ Art. 109 Loi du 25 mars 2009

¹²⁴ Art. 1648 Franse C.C. stelt: "*L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice*".

¹²⁵ E. DE BAERE en S. VEREecken, "Over verborgen gebreken en korte termijnen", *TBBR* 2011, afl. 1, 34; Cass. (1e k.), 29 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 1, 149.

¹²⁶ Cass. (1e k.) 29 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 1, 149.

X. Exoneratie voor vrijwaring

A. Exoneratie voor de verkoper te goeder trouw

88. Zelfs wanneer de verkoper de verborgen gebreken niet heeft gekend zal hij in principe tot vrijwaring worden gehouden, tenzij hij in dat geval expliciet heeft bedongen dat hij hier niet toe kan worden aangesproken. Artikel 1643 BW¹²⁷ geeft partijen namelijk de mogelijkheid om onderling te bedingen dat de verkoper niet zal gehouden zijn tot vrijwaring¹²⁸. Deze exoneratie is aan verschillende voorwaarden onderworpen¹²⁹.
89. Zoals hoger vermeld gaat het om de situatie waar een verkoper een gebrekkig onroerend goed verkoopt, maar hij geen kennis heeft van dit gebrek. Hij dient aldus te goeder trouw te zijn. Wanneer de koper uitdrukkelijk of stilzwijgend werd geïnformeerd over het gebrek, zal hij de verkoper niet tot vrijwaring kunnen inroepen, omdat het gebrek niet langer 'verborgen' is. Wanneer het beding in te algemene bewoordingen de verkoper ontslaat van zijn vrijwaringsplicht voor gebreken ten aanzien van de koper, zal dit beding hem evenwel niet van zijn vrijwaringsplicht ontslaan¹³⁰.

1/Particuliere verkoper

90. In bijna alle verkoopovereenkomsten met betrekking tot onroerende goederen, wordt melding gemaakt van een clause die de verkoper exonereert voor verborgen gebreken¹³¹. Het gaat weliswaar om een stijlclause, maar in de juridische wereld wordt algemeen aanvaard dat de verkoper hiermee zijn aansprakelijkheid voor verborgen gebreken kan beperken en zelfs (indien te goeder trouw) uitsluiten¹³².

2/Professioneel verkoper

91. Het exoneratiebeding "*verkochte in de staat waarin het goed zich bevindt bij verkoop, met alle zichtbare en verborgen gebreken*" is enkel van toepassing op de verkoper die te goeder trouw

¹²⁷ "Hij moet instaan voor de verborgen gebreken, zelfs wanneer hij die niet gekend heeft, tenzij hij in dat geval bedongen heeft dat hij tot geen vrijwaring zal zijn gehouden."

¹²⁸ Rb. Brussel (23e k.) 20 juni 2008, *RJI* 2009, afl. 2, 108.

¹²⁹ R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., (XV.F - 366) XV.F - 393.

¹³⁰ R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., (XV.F - 366) XV.F - 393.

¹³¹ Deze exoneratie wordt in het algemeen in de koopovereenkomst geschreven als volgt: "*verkochte in de staat waarin het goed zich bevindt bij verkoop, met alle zichtbare en verborgen gebreken*".

¹³² A. KLUYSKENS, *Beginnelsen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 155, nr. 130, 2°; J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 165, nr. 364.

verkoopt, zonder kennis te hebben van de verborgen gebreken. Artikel 1643 BW maakt geen onderscheid naargelang de hoedanigheid van de partijen. In principe kan dus zowel de particuliere als de professionele verkoper zich beroepen op een exoneratiebeding. Zoals hoger reeds vermeld¹³³, wordt van een professioneel verkoper vermoed dat hij het verborgen gebrek kende vóór verkoop en dat hij dus te kwader trouw is. Hij zal zich bijgevolg niet op een exoneratieclausule kunnen beroepen zolang hij de onoverkomelijke onwetendheid in zijn hoofde niet kan aantonen.

92. De rechtspraak van onder meer het Hof van Cassatie is in de loop der jaren licht gewijzigd wat betreft de kwade trouw van de professionele verkoper. De laatste jaren stelt de rechtspraak niet meer letterlijk dat er sprake is van een “vermoeden van kwade trouw”, maar wel spreekt het over de resultaatsverbintenis die een beroepsverkoper heeft ten aanzien van de koper om te trachten de zaak zonder gebreken te leveren en daartoe alle maatregelen te nemen om de mogelijke gebreken op te sporen¹³⁴. De negatieve connotatie die het “vermoeden van kwade trouw” inhoudt, wordt zodoende uit de weg gegaan.
93. De evoluties van een vermoeden van kwade trouw naar een resultaatsverbintenis brengt ook het dwingend karakter van de verbintenis in hoofde van de verkoper in gevaar. Het vermoeden van kennis in hoofde van de verkoper was ingevoerd om een dwingend karakter te geven aan de verbintenis. Aangezien het er nu naar uitziet dat dit vermoeden weg zal vallen, is er geen grondslag meer voor het dwingend karakter. Zo blijft er ruimte voor een exoneratiebeding, maar enkel binnen de strenge contouren van de resultaatsverbintenis.
94. Geregeld zal een professionele verkoper evenwel een garantieverbintenis invoeren in de verkoopovereenkomst. Een garantieverbintenis zorgt niettemin voor het omgekeerde effect dan een exoneratiebeding: de verkoper engageert zich aldus tot een nog zwaardere resultaatsverbintenis¹³⁵. Door deze garantieverbintenis wordt de toestand van de koper uiteraard versterkt. Het wordt gemakkelijker om de vrijwaring te vragen voor verborgen gebreken indien de verkoper van het goed de garantie gaf zijnde ‘vrij van verborgen gebreken’. Deze handelwijze lijkt op het eerste zicht geen slimme zet te zijn van de verkoper, maar vaak is het een tactiek om de koper te overhalen tot aankoop over te gaan.

B. Exoneratie voor de verkoper te kwader trouw

95. De kwade trouw handelt over de verkoper die kennis had of zou moeten hebben van een verborgen gebrek, maar dit niet aan de koper heeft meegedeeld. Indien in dit geval een exoneratiebeding is

¹³³ *Supra* randnummer 36.

¹³⁴ Cass. 19 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 840; Cass 18 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, afl. 8, 1721; Brussel 20 mei 2009, *RGAR* 2010, afl. 1, nr. 14 592.

¹³⁵ R. TIMMERMANS, “Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed” in *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., (XV.F - 366) XV.F – 407.

ingeschreven in de verkoopovereenkomst, zal deze geen uitwerking hebben omwille van deze kwade trouw¹³⁶. Een reëel voorbeeld kan hier meer duidelijkheid scheppen.

96. Zo werd de stad Z. als verkoper niet te goeder trouw geacht omdat ze een gebrek dat ze zelf hadden moeten kennen niet hebben meegedeeld aan de kopers¹³⁷. *In casu* hadden de kopers een perceel bouwgrond aangekocht om deze “met groen (te) kunnen opvullen (...) (zodat) de woning behoed (zal) worden tegen mogelijke misplaatste architecturale ingrepen, maar (...) ook het stadsbeeld van Z. een positieve impuls (zal) ervaren.” Het terrein diende destijds als locatie voor containerboxen die dienst deden als rijkswachtkantoren. In de overeenkomst werd onder het artikel ‘gebreken’ melding gemaakt van de standaardclausule “Het (goed) gaat over met al zijn zichtbare en verborgen gebreken, zonder dat de verkoper tot vrijwaring gehouden zou zijn”. Meer specifiek werd tevens opgenomen: “Het (goed) wordt bijgevolg overgedragen zonder verhaal van de koper tegen de verkoper wegens de toestand van de bodem en mogelijke burenhinder”. Verder in de overeenkomst werd ook verwezen naar de bodemsanering. De stad Z. verklaart hierbij “dat er op de grond geen inrichting gevestigd is of was of geen activiteit wordt of werd uitgeoefend die opgenomen is in de lijst van de inrichtingen en activiteiten die de bodemverontreiniging kunnen veroorzaken.” Alsook specifiek “(...) geen weet te hebben van enige bodemverontreiniging die schade kan berokkenen aan de koper of aan derden, of die aanleiding kan geven tot een saneringsverplichting, gebruiksbeperkingen of andere maatregelen die de overheid in dit verband kan opleggen.” Bij het uitvoeren van graafwerken merken de kopers allerlei afval op onder de bodemoppervlakte.
97. De kopers hebben later vastgesteld dat de grond destijds diende voor het storten van allerlei puin. Door dit puin wordt het normaal gebruik onmogelijk gemaakt. De aanplantingen die de kopers wensen aan te brengen hebben immers tot 1,5 meter vruchtbare grond nodig in de diepte, maar daar bevindt zich reeds afval. De stad Z. bleef zeer vaag over de mogelijkheid dat zij reeds kennis had over de stortplaats.
98. De rechtbank stelt vast dat de stad kennelijk op de hoogte had moeten zijn van het gebruik als stortplaats, daar ze sinds meer dan dertig jaar de eigenaar van het goed was. Ze had dan ook spontaan de kopers moeten inlichten over dit gebrek. Daarom kan het beding van niet-vrijwaring voor verborgen gebreken geen gevolg hebben¹³⁸.
99. Dit zogenaamd vermoeden van kwade trouw is een regelrechte uitzondering op de gewone contractuele verhoudingen die tussen partijen gelden. Er wordt een beperking opgelegd wat betreft de voorwaarden waaronder de overeenkomst wordt gesloten. Ook wanneer de koper met een exoneration van de verkoper instemt voor wat betreft verborgen gebreken, zal deze clausule geen uitwerking vinden ten aanzien van de verkoper. Tenminste niet voor zover de verkoper niet kan aantonen dat hij te goeder trouw handelde.

¹³⁶ Rb. Brussel (23e k.) 20 juni 2008, *RJI* 2009, afl. 2, 108.

¹³⁷ Brussel 1 april 2009, *TBBR* 2012, afl. 2, 114 – 116.

¹³⁸ Brussel 1 april 2009, *TBBR* 2012, afl. 2, 116; DHAENENS, D., “Grondvervuiling als verborgen gebrek bij de verkoop van een onroerend goed: schadeloosstelling in natura”, *Vastgoed info* 2012, afl. 10, (3) 4.

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

XI. Specifieke situaties

A. Bouwovertredingen

100. Het is algemeen geweten: de Vlaming heeft een baksteen in zijn maag. Liefst van al zouden de meesten gewoon hun droomhuis bouwen zoals ze het zelf voor ogen hebben. Maar om te bouwen of verbouwen zijn nu eenmaal vergunningen vereist¹³⁹. Vele Vlamingen volgen echter nog niet de correcte procedures in de veronderstelling dat niemand last kan hebben van iets waarvan ze het bestaan niet kennen. Of soms ook uit vrees dat ze de vergunning niet toegewezen zouden krijgen. Derhalve worden geregeld kleine ingrepen of volledige constructies uitgevoerd zonder vergunning.
101. Het plegen van bouwovertredingen kan zowel strafrechtelijk als burgerrechtelijk worden gesanctioneerd. We willen nagaan of de bouwovertreding een verborgen gebrek kan inhouden dat aan het onroerend goed is verbonden. Eerst bespreken we de gevolgen van de bouwovertreding voor de directe overtreder en verder voor de koper van een onroerend goed dat geheel of gedeeltelijk niet vergund is. Vervolgens gaan we na of de gevolgen van de bouwovertreding een verborgen gebrek kunnen uitmaken in de zin van artikel 1641 BW en verder.

1/ Strafrechtelijk luik

102. Volgens artikel 6.1.1., 1° VCRO¹⁴⁰ is degene die handelt in strijd met de vergunningsplicht, strafbaar met een gevangenisstraf van acht dagen tot vijf jaar en/of een geldboete. Zo ook degene die de bouwovertreding in stand houdt. Ook de eigenaar van een goed die toestaat dat een strafbare handeling wordt uitgevoerd, verdergezet of in stand gehouden, zal met deze straffen gesanctioneerd kunnen worden¹⁴¹. Ter vervollediging dienen we ook te vermelden dat het tweede lid van artikel 6.1.1. VCRO een strafverzwaring invoert voor bepaalde strafbare personen wanneer ze professionelen zijn. Voor de koper is het zeer belangrijk om te weten in hoeverre hij strafrechtelijk kan worden aangesproken voor een bouwovertreding van zijn aangekochte onroerend goed.

¹³⁹ Art. 4.2.1 Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (verder 'VCRO' genaamd) geeft de lijst van vergunningsplichtige handelingen weer.

¹⁴⁰ Art. 6.1.1, eerste lid, 1° VCRO: "Met een gevangenisstraf van acht dagen tot vijf jaar en met een geldboete van 26 euro tot 400.000 euro of met één van deze straffen alleen, wordt de persoon gestraft die:

1° de bij de artikelen 4.2.1 en 4.2.15 bepaalde handelingen hetzij zonder voorafgaande vergunning, hetzij in strijd met de vergunning, hetzij na verval, vernietiging of het verstrijken van de termijn van de vergunning, hetzij in geval van schorsing van de vergunning, uitvoert, voortzet of in stand houdt." (eigen onderlijning)

¹⁴¹ Art. 6.1.1, eerste lid, 3° VCRO: "Met een gevangenisstraf van acht dagen tot vijf jaar en met een geldboete van 26 euro tot 400.000 euro of met één van deze straffen alleen, wordt de persoon gestraft die:

3° als eigenaar toestaat of aanvaardt dat één van de onder 1° en 2° vermelde strafbare feiten worden gepleegd, voortgezet of in stand gehouden."

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

Verjaringstermijn

- Onderscheid tussen aflopende, voortdurende en voortgezette misdrijven

103. Het *aflopend misdrijf* doet zich voor wanneer de handeling strafbaar wordt gesteld op een bepaald ogenblik, ongeacht of het misdrijf verdere gevolgen heeft¹⁴². Zo bijvoorbeeld het oprichten van een woning zonder vergunning. Het misdrijf is voltooid van zodra de woning is opgericht.
104. Het misdrijf van instandhouding is daarentegen een *voortdurend misdrijf*¹⁴³. Dit houdt in dat er een ononderbroken en door de dader bestendigde toestand strafbaar wordt gesteld. Er doet zich één misdrijf voor zolang de strafbare handeling plaatsvindt. Pas wanneer aan de strafbare toestand een einde wordt gemaakt, is het misdrijf voltooid. We kunnen denken aan het in stand houden van een niet-vergunde woning. Doch niet in alle gevallen houdt deze instandhouding een voortdurend misdrijf in. Het in stand houden van illegale bouwwerken buiten ruimtelijk kwetsbaar gebied is immers niet langer vervolgbaar¹⁴⁴. Aldus is de instandhouding enkel in deze gebieden nog strafbaar.
105. Tot slot zijn er de *voortgezette misdrijven*, ook wel collectieve misdrijven genoemd. Dit doet zich voor wanneer er een combinatie is tussen een aflopend misdrijf en een voortdurend misdrijf¹⁴⁵. Zo bijvoorbeeld wanneer een woning wordt opgericht in ruimtelijk kwetsbaar gebied zonder vergunning. Dit is het aflopend misdrijf. Het in stand houden van deze woning houdt een voortdurend misdrijf in. Samen maken beide handelingen een voortgezet misdrijf uit.
106. Het belang van het onderscheid zit in de verjaring. Het vertrekpunt waarop de verjaringstermijn begint te lopen verschilt naargelang het om een aflopend, dan wel om een voortdurend misdrijf gaat.

- Evolutie

107. Het oude Decreet Ruimtelijke Ordening¹⁴⁶ (verder DRO) bepaalde in artikel 146 de strafsancities met betrekking tot bouw misdrijven. In 2003 werd bij decreet¹⁴⁷ de instandhouding van bouw misdrijven

¹⁴² M. MUYLLE, en E. WILLEMS, "De bouwvoertreding en de overdracht van onroerend goed op de vooravond van het wijzigingsdecreet ruimtelijke ordening. Actuele en toekomstige aandachtspunten voor het notariaat", *Not.Fisc.M.* 2009, afl. 1-2, (3) 13, nr. 25.

¹⁴³ P. LEFRANC, "Het misdrijf van instandhouding: meer strafbaar dan u denkt?", *TMR* 2008, afl. 3, (334) 334, nr. 1.

¹⁴⁴ *Infra* randnummer 107 en verder; Art. 6.1.1 derde lid VCRO; M. MUYLLE, en E. WILLEMS, "De bouwvoertreding en de overdracht van onroerend goed op de vooravond van het wijzigingsdecreet ruimtelijke ordening. Actuele en toekomstige aandachtspunten voor het notariaat", *Not.Fisc.M.* 2009, afl. 1-2, (3) 14, nr. 26; P. LEFRANC, "Het misdrijf van instandhouding: meer strafbaar dan u denkt?", *TMR* 2008, afl. 3, (334) 334, nr. 3.

¹⁴⁵ M. MUYLLE, en E. WILLEMS, "De bouwvoertreding en de overdracht van onroerend goed op de vooravond van het wijzigingsdecreet ruimtelijke ordening. Actuele en toekomstige aandachtspunten voor het notariaat", *Not.Fisc.M.* 2009, afl. 1-2, (3) 14, nr. 26.

¹⁴⁶ Decr. VI. 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, *BS* 8 juni 1999, 21 001.

niet langer strafbaar gesteld. Echter hier werden direct drie uitzonderingen op ingevoerd¹⁴⁸. Met name indien de handelingen of het strijdige gebruik gebeurden in ruimtelijk kwetsbare gebieden, hinder veroorzaakte voor omwonenden of een ernstige inbreuk vormden op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming krachtens het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg¹⁴⁹. Daardoor blijft de instandhouding strafbaar in deze drie afzonderlijke gevallen.

108. In 2004 diende het Arbitragehof te oordelen over een prejudiciële vraag inzake de instandhouding van niet vergunde bouwwerken¹⁵⁰. De vraag handelde over de grondwettelijkheid van artikel 146, derde lid¹⁵¹ van het DRO¹⁵². Het Arbitragehof oordeelde dat de uitzondering met betrekking tot de ruimtelijk kwetsbare gebieden voldoet aan de wettelijke vereisten van duidelijkheid, nauwkeurigheid en voorspelbaarheid¹⁵³. Voor de andere twee voorwaarden¹⁵⁴ is het Arbitragehof niet zo mals. Het Hof stelt dat de terminologie een ontoelaatbare onzekerheid creëert. Ten gevolge hiervan kunnen de laatste twee uitzonderingen van artikel 146, derde lid DRO geen misdrijf van instandhouding uitmaken¹⁵⁵.
109. In een arrest van 23 november 2004¹⁵⁶ heeft het Hof van Cassatie meer duidelijkheid gebracht omtrent het voormelde arrest van het Arbitragehof. De vraag rees of door het arrest van het Arbitragehof het gehele artikel 146, derde lid DRO werd vernietigd, dan wel enkel de laatste twee uitzonderingen. Het Hof van Cassatie verwijst naar de motivering van het Arbitragehof. Op basis daarvan wordt gesteld dat het Arbitragehof het artikel slechts gedeeltelijk ongrondwettig heeft verklaard en dat het artikel zijn rechtskracht behoudt¹⁵⁷.

¹⁴⁷ Decr. VI. 4 juni 2003 houdende wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, wat het handhavingsbeleid betreft, *BS* 22 augustus 2003, 41 651.

¹⁴⁸ Art. 7, eerste lid van dit decreet: *“De strafsancie voor het instandhouden van inbreuken, bedoeld in het eerste lid, 1°, 2°, 3°, 6° en 7°, (van art. 146 DRO) geldt niet voor zover de handelingen, werken, wijzigingen of het strijdige gebruik niet gelegen zijn in de ruimtelijk kwetsbare gebieden, voor zover ze geen onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder veroorzaken voor de omwonenden of voor zover ze geen ernstige inbreuk vormen op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming krachtens het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg.”*

¹⁴⁹ Artikel 7 van dit decreet, tot wijziging van artikel 146, derde lid DRO.

¹⁵⁰ Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 2004/136, *NJW* 2004, afl. 90, 1274.

¹⁵¹ Dit is het artikel van het DRO dat door art. 7 van het wijzigingsdecreet in 2003 werd gewijzigd naar de tekst vermeld in de voetnoot 148.

¹⁵² Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 2004/136, *NJW* 2004, afl. 90, 1274, nr. B.3.

¹⁵³ Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 2004/136, *NJW* 2004, afl. 90, 1274, nr. B.7.2.

¹⁵⁴ Met name enerzijds de onaanvaardbare hinder voor de omwonenden en anderzijds de ernstige inbreuk op essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming krachtens het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg.

¹⁵⁵ Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 2004/136, *NJW* 2004, afl. 90, 1275, B.7.3 – B.7.5.

¹⁵⁶ Cass. 23 november 2004, *NJW* 2005, afl. 101, 227 (verkort).

¹⁵⁷ Cass. 23 november 2004, *NJW* 2005, afl. 101, 227 (verkort).

110. Tot slot werd de discussie gesloten door een arrest van het Arbitragehof in 2005¹⁵⁸. Dit arrest vernietigt in artikel 146, derde lid DRO de woorden “voor zover ze geen onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder veroorzaken voor de omwonenden of voor zover ze geen ernstige inbreuk vormen op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming krachtens het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg”¹⁵⁹. Deze twee uitzonderingsgronden op het niet-strafbaar karakter van het instandhoudingsmisdrijf zijn dus vernietigd. Vanaf 19 januari 2005 is het bijgevolg duidelijk dat de instandhouding van een bouwmisdrijf enkel strafbaar is in ruimtelijk kwetsbare gebieden.

111. Deze evolutie in de rechtspraak (en door de vernietiging ook in de wetgeving) heeft belangrijke gevolgen ten aanzien van de verjaring. Het voortdurend misdrijf van de instandhouding zal namelijk pas verjaren wanneer de illegale constructie is geregulariseerd of afgebroken¹⁶⁰. En dat heeft dan weer een weerslag op de situatie van de koper van het onroerend goed¹⁶¹.

- Huidige regeling

112. Misdrijven van ruimtelijke ordening zijn wanbedrijven. Deze verjaren na 5 jaar overeenkomstig artikel 21, eerste lid V.T.Sv. De verjaringstermijn van het misdrijf begint pas te lopen vanaf de voltooiing van dat misdrijf. We illustreren dit aan de hand van enkele voorbeelden.

113. De heer Jansen richt een constructie op in woonzone zonder daartoe de vereiste vergunningen te hebben verkregen. Dit is een aflopend misdrijf¹⁶². De vordering kan worden ingesteld vanaf het moment dat de eerste steen illegaal wordt gelegd. Wanneer het bouwwerk afgewerkt is, is het misdrijf voltooid. Vanaf dat moment begint de verjaringstermijn van vijf jaar te lopen.

114. Anders is het wanneer de heer Jansen diezelfde constructie bouwt in ruimtelijk kwetsbaar gebied. We gaan uit van de veronderstelling dat de heer Jansen geen vergunning heeft verkregen en deze handeling dus niet mag stellen. Hij is in eerste instantie strafbaar voor het oprichten van de constructie. De verjaringstermijn voor dit aflopend misdrijf begint te lopen vanaf het moment dat er de laatste hand aan is gelegd. Daarenboven blijft de constructie staan in het ruimtelijk kwetsbaar gebied. Dit is een voortdurend misdrijf¹⁶³. Zolang de constructie blijft staan, zal de verjaring niet

¹⁵⁸ Arbitragehof 19 januari 2005, nr. 2005/15, *NJW* 2005, afl. 101, 224 (verkort).

¹⁵⁹ Arbitragehof 19 januari 2005, nr. 2005/15, *NJW* 2005, afl. 101, 227 (verkort).

¹⁶⁰ *Supra* randnummer 104 en verder.

¹⁶¹ *Infra* randnummers 116 en 117.

¹⁶² *Supra* randnummer 103.

¹⁶³ *Supra* randnummer 104.

intreden. Wanneer de constructie wordt afgebroken is het misdrijf voltooid. Vanaf dat moment begint ook de verjaringstermijn te lopen voor dit misdrijf¹⁶⁴.

115. Het is dus mogelijk dat de oprichter van het goed niet meer strafbaar is voor de oprichting, maar wel nog steeds voor de instandhouding van het illegaal opgetrokken onroerend goed.

De koper van een (gedeeltelijk) illegaal opgetrokken onroerend goed

116. Uit bovenstaande uiteenzetting kunnen we het volgende afleiden: de koper van een onroerend goed dat geheel of gedeeltelijk illegaal werd opgetrokken, kan hiervoor niet strafrechtelijk worden vervolgd als eigenaar. Hij heeft namelijk het misdrijf niet 'uitgevoerd'¹⁶⁵.

117. Dit is anders in het geval de koper werken uitvoert aan dit illegaal opgetrokken goed. Dan voert hij zelf handelingen uit aan een niet-vergunde constructie en is hij op zijn beurt strafrechtelijk vervolgbaar op grond van artikel 6.1.1., eerste lid, 1° VCRO. Zo ook wanneer hij een constructie heeft gekocht in ruimtelijk kwetsbaar gebied. De instandhouding wordt in artikel 6.1.1. VCRO afzonderlijk als handeling opgesomd die een misdrijf uitmaakt. Wanneer hij dus in ruimtelijk kwetsbaar gebied deze aangekochte constructie in stand houdt, begaat hij zelf een misdrijf en kan hij hiervoor vervolgd worden.

2/Burgerrechtelijk luik

118. Vaak zal de koper strafrechtelijk vrijuit gaan¹⁶⁶. Deze strafsanctie staat echter los van een eventuele burgerlijke herstellvordering. Het herstel in de oorspronkelijke staat is een sanctie die de betrokkene ook zwaar treft. Binnen dit luik heeft zich wat betreft de verjaringstermijnen een belangrijke evolutie voorgedaan de laatste jaren.

Evolutie

119. Vroeger¹⁶⁷ kon een herstellvordering langer dan de strafvordering worden ingesteld¹⁶⁸. De herstellvordering was zelfs nog langere tijd mogelijk nadat de instandhouding als voortdurend misdrijf buiten de ruimtelijk kwetsbare gebieden werd afgeschaft. Wat de burgerlijke vordering betreft gelden twee principes waar men rekening mee dient te houden:

¹⁶⁴ M. MUYLLE, en E. WILLEMS, "De bouwovertrading en de overdracht van onroerend goed op de vooravond van het wijzigingsdecreet ruimtelijke ordening. Actuele en toekomstige aandachtspunten voor het notariaat", *Not.Fisc.M.* 2009, afl. 1-2, (3) 13, nr. 25.

¹⁶⁵ Zoals strafbaar gesteld in art. 6.1.1., eerste lid, 1° VCRO.

¹⁶⁶ *Supra* randnummer 102 en verder: de koper zal vrijuit gaan indien het gaat om een aflopend misdrijf, gebouwd door de verkoper. Doch indien de koper een constructie in kwetsbaar gebied in stand houdt, begaat hij zelf

¹⁶⁷ Vooraleer de reeds besproken strafrechtelijke bepalingen werden gewijzigd bij decreet van 4 juni 2003.

¹⁶⁸ P. LEFRANC, "Het misdrijf van instandhouding: meer strafbaar dan u denkt?", *TMR* 2008, afl. 3, (334) 336, nr. 10.

1° *Le criminel tient le civil en état*¹⁶⁹;

2° De verjaringstermijn voor de burgerlijke vordering.

120. Voor bouwmisdrijven voltooid vóór 27 juli 1998, geldt een verjaringstermijn van 30 jaar¹⁷⁰. Tenzij men eerder de schade en de identiteit van de overtreder kent. Dan geldt een verjaringstermijn van 5 jaar vanaf het moment van kennisname van beide aspecten¹⁷¹. De vijfjarige termijn geldt echter niet wanneer de dertigjarige termijn eerder is verlopen dan de vijfjarige.
121. Voor bouwmisdrijven voltooid na 27 juli 1998 heeft men de verjaringstermijn ingekort¹⁷². De verjaring treedt vanaf dan in twintig jaar na voltooiing van het misdrijf. Tenzij men eerder de schade en de identiteit van de overtreder kent. Dan geldt opnieuw de verjaringstermijn van 5 jaar vanaf het moment van kennisname van beide aspecten.
122. Deze bepaling houdt in dat de herstellvordering nog tot vijftien jaar na de verjaring van de strafvordering mogelijk kan blijven. Gedurende deze periode blijft boven de niet langer strafbare bouwovertreiding het zwaard van Damocles hangen. Het is immers nog steeds mogelijk dat de constructie afgebroken zal moeten worden. De rechtspraak is het hier niet volledig mee eens. Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde in 2005 tweemaal dat er geen aanleiding meer was om in te gaan op de herstellvordering¹⁷³. De oprichting was strafrechtelijk reeds verjaard en er waren geen maatregelen meer mogelijk voor de instandhouding van de bouw. De constructie was immers bij beide arresten niet in ruimtelijk kwetsbaar gebied gelegen. Het Hof stelt indirect dat op een herstellvordering enkel kan worden ingegaan zolang het bouwmisdrijf niet strafrechtelijk is verjaard. Terecht stelt het Hof dat anders oordelen volkomen onlogisch zou zijn.
123. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens¹⁷⁴ diende in het arrest Hamer van 27 november 2007¹⁷⁵ te oordelen over de redelijke termijn inzake de afbraak van een illegaal gebouw vakantiehuis. Het EHRM is het niet eens met het voorgaande arrest van het Hof van Cassatie¹⁷⁶. Deze laatste stelt dat het herstel in de vorige staat geen straf is, maar een maatregel van burgerlijke aard die beoogt de gevolgen van het misdrijf te doen ophouden. Het EHRM oordeelde het tegenovergestelde. Indien de strafrechter de overschrijding van de redelijke termijn vaststelt met betrekking tot de strafrechtelijke vordering maar toch een herstel in de oorspronkelijke staat beveelt,

¹⁶⁹ Art. 26 V.T.Sv: “De burgerlijke rechtsvordering (...) kan (...) niet verjaren vóór de strafvordering”.

¹⁷⁰ Art. 2262 BW.

¹⁷¹ Art. 2262 bis BW.

¹⁷² Wet van 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *BS* 17 juni 1998, 23 544.

¹⁷³ Antwerpen 23 maart 2005, *NJW* 2005, afl. 127, 1168 (verkort); Antwerpen 13 april 2005, *NJW* 2005, afl. 127, 1169 (verkort).

¹⁷⁴ Verder afgekort tot ‘EHRM’.

¹⁷⁵ EHRM 27 november 2007, nr. 21861/03, Hamer/België, hudoc.echr.coe.int.

¹⁷⁶ Cass. 7 januari

houdt dit een schending in van artikel 6.1 EVRM¹⁷⁷. Het herstel in de oorspronkelijke staat is volgens het EHRM immers een 'straf' in de zin van het EVRM en dus kan artikel 6 hier op worden toegepast.

124. Een arrest van het Grondwettelijk Hof in 2010¹⁷⁸ stelde: *“Nu hij het in stand houden van stedenbouwmisdrijven in andere dan ruimtelijk kwetsbare gebieden niet langer strafbaar acht, vermocht de decreetgever in redelijkheid te oordelen dat het in het algemeen belang verantwoord was om ook te vermijden dat hangende publieke herstellvorderingen nog zouden worden ingewilligd met ingang van 1 september 2009”*. Het Grondwettelijk Hof is dus terecht, net als het EHRM, de mening toegedaan dat de herstellvordering niet meer kan worden toegekend wanneer het bouwmisdrijf op strafrechtelijk gebied is verjaard.

125. De wetgeving werd reeds aan deze evolutie in de rechtspraak aangepast in 2009. De huidige burgerlijke regeling maakt betreffende de verjaringstermijn een onderscheid al naargelang de bouwovertreiding heeft plaatsgevonden in ruimtelijk kwetsbaar gebied, openruimtegebied of andere gebieden dan de voorgaande.

Onderscheiden gebieden

126. Ruimtelijk kwetsbaar gebied. Artikel 6.1.41 §5, eerste lid, 1° VCRO stelt de verjaringstermijn voor de burgerlijke vordering in ruimtelijk kwetsbaar gebied op tien jaar te rekenen vanaf de dag waarop het misdrijf werd gepleegd. Aangezien in ruimtelijk kwetsbare gebieden de instandhouding nog steeds als voortdurend misdrijf kan worden aanzien, zal de burgerlijke vordering mogelijk blijven zolang de constructie er staat. Hier ligt dan ook het grootste risico voor de koper¹⁷⁹.

127. Openruimte gebied. Wat onder *openruimte gebied* moet worden verstaan kunnen we lezen in artikel 6.1.41 §5, derde lid VCRO¹⁸⁰. Het gaat voornamelijk over percelen gelegen in landbouw-, recreatie- of VEN-gebieden.

¹⁷⁷ EHRM 27 november 2007, nr. 21861/03, Hamer/België, hudoc.echr.coe.int.

¹⁷⁸ GwH 29 juli 2010, nr. 94/2010, BS 25 oktober 2010, 63 234.

¹⁷⁹ Net omdat het een voortdurend misdrijf is, zal de koper nooit rustig van zijn aangekochte onroerend goed kunnen genieten. Zolang het illegaal (gedeelte van het) opgetrokken goed niet wordt afgebroken, begaat hij nog steeds het misdrijf van instandhouding.

¹⁸⁰ Art. 6.1.41 §5, derde lid VCRO stelt dat: *“Voor de toepassing van het eerste lid, 2°, wordt onder “openruimtegebied” verstaan:*

1° de landelijke en recreatiegebieden, aangewezen op plannen van aanleg, voor zover zij geen ruimtelijk kwetsbaar gebied uitmaken;

2° de gebieden, aangewezen op ruimtelijke uitvoeringsplannen, die sorteren onder:

a) de categorie van gebiedsaanduiding “landbouw” of “recreatie”, of

b) de subcategorie “gemengd openruimtegebied”, in zoverre het gebied geen onderdeel is van het Vlaams Ecologisch Netwerk.”

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

128. In artikel 6.1.41 §5, eerste lid, 2° VCRO vinden we de verjaringstermijn terug voor illegale constructies in deze gebieden. De termijn is net als bij ruimtelijk kwetsbare gebieden tien jaar. Er is echter een groot verschil tussen de verjaring in ruimtelijk kwetsbare gebieden dan wel in openruimte gebieden. In deze laatste zal het misdrijf steeds verjaren tien jaar na voltooiing van het misdrijf. De instandhouding is hier namelijk niet langer strafbaar.

129. Andere gebieden dan ruimtelijk kwetsbare en openruimte gebieden. De verjaringstermijn in andere gebieden dan de twee bovenvermelde¹⁸¹ bedraagt vijf jaar¹⁸². Het vertrekpunt is eveneens het moment dat het misdrijf is gepleegd. Net als bij openruimte gebieden is de instandhouding hier niet langer strafbaar.

Belang voor de koper

130. De bovenstaande evolutie heeft dus uiteindelijk geleid tot de kortere verjaringstermijnen die nu gelden. Dit is zeer belangrijk geweest voor de koper van een (gedeeltelijk) illegaal opgetrokken onroerend goed. De koper zal minder lang kunnen worden gehouden tot herstel in de oorspronkelijke staat van het aangekochte goed. Wat als 'gebrek' kan worden gezien is de bouwovertreiding. De gevolgen van de bouwovertreiding wegen nu minder zwaar door op de koper. Vaak zal de herstellvordering niet meer kunnen worden ingesteld tegen de koper, omdat de verjaring reeds is ingetreden.

131. Wanneer de verjaringstermijn nog niet is verstreken, kan de koper tot herstel worden gehouden. De burgerlijke vordering hangt namelijk aan het onroerend goed vast, en niet aan de persoon van de oprichter van dit onroerend goed.

3/Verborgen gebrek?

Kenmerken van een verborgen gebrek

132. Door bovenvermelde strafrechtelijke en burgerrechtelijke sancties is het heel belangrijk voor de koper om te weten of hij de verantwoordelijkheid voor deze onwettigheden zelf dient te dragen. Hij zou daarentegen zijn verkoper kunnen aanspreken op grond van verborgen gebreken om hem zo tot vrijwaring te houden. Opdat er sprake kan zijn van een verborgen gebrek, moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan¹⁸³. De vraag is nu of een bouwovertreiding aan al deze kenmerken voldoet.

133. De eerste voorwaarde handelt over het gebrek. De bouwovertreiding kunnen we classificeren als een functioneel gebrek¹⁸⁴. Hoewel het onroerend goed *an sich* niet gebrekkig is, wordt het gebrekkig

¹⁸¹ *Supra* randnummers 126 tot 128.

¹⁸² Art. 6.1.41 §5, eerste lid, 3° VCRO.

¹⁸³ *Supra* randnummer 16 en verder.

¹⁸⁴ *Supra* randnummer 20 en verder.

omdat het normaal gebruik van het onroerend goed door de koper onmogelijk kan blijken. Er moet dus worden onderzocht of het onroerend goed nog kan dienen voor het normaal gebruik waar de koper het toe heeft bestemd. De mogelijkheid dat de koper zal moeten overgaan tot herstel in de oorspronkelijke staat (met name afbraak) werd door het Hof van Beroep te Antwerpen reeds aanvaard als een functioneel gebrek.

134. Het gebrek dient bovendien ook verborgen te zijn. De koper mag aldus geen kennis hebben of normalerwijze moeten hebben van de bouwovertreding. De koper die weet heeft van het gebrek en toch overgaat tot aankoop kan de verkoper nooit tot vrijwaring voor verborgen gebreken roepen. Anders zou een perverse situatie ontstaan waarbij de koper achteraf nog aanspraak kan maken op een prijsvermindering, hoewel hij van het gebrek kennis had op het ogenblik dat de aankoop prijs werd bepaald.
135. Ten derde dient het verborgen gebrek voldoende ernst en belang in te houden. Wanneer een herstellvordering nog mogelijk is, lijkt het mij correct dat de bouwovertreding een ernstig en belangrijk gebrek aan het onroerend goed inhoudt¹⁸⁵. Echter er treedt vrij snel verjaring op¹⁸⁶. Na de verjaring lijkt het in eerste instantie minder ernstig. Doch ook dan zijn de gevolgen voor de koper niet te onderschatten. Telkens wanneer de koper – in principe niet-vergunningsplichtige – handelingen stelt aan het illegale deel van het onroerend goed, is hij illegaal aan het handelen. Zo bijvoorbeeld wanneer hij de dakbedekking vernieuwt. Tot slot dient het verborgen gebrek te bestaan op het moment van de aankoop. Zeker wanneer de illegale bouw of verbouwing is gebeurd met aannemers, valt dit niet moeilijk te bewijzen.

Casuïstiek

136. Een dergelijke zaak is onder meer voorgekomen in Antwerpen in 1999¹⁸⁷. Het hof diende te oordelen over een villa met ingebouwde dokterspraktijk. Bij het bouwen van de dokterspraktijk aan de voorzijde van de woning hebben de appellanten (verkopers) de verkregen bouwvergunning geschonden. Ze kregen namelijk de toelating in 1990 om tussen de villa en de daar voor staande garage een constructie te bouwen. Tussen deze constructie en de garage diende een koer van anderhalve meter breedte behouden te blijven. Echter, de appellanten hebben deze anderhalve meter ook ingelijfd bij de praktijkruimte.
137. In 1992 stellen appellanten de woning te koop. Geïntimeerden wensten deze villa te kopen met het oog op bewoning, alsook om er de dokterspraktijk van één van beiden in onder brengen. Om te kunnen voldoen aan de noden van een dokterspraktijk met het reeds bestaande cliënteel wilden de kopers de garage omvormen tot wachtruimte. De geïntimeerden hebben in de onderhandse akte

¹⁸⁵ S. BEYAERT,, “Vorderingsmogelijkheden voor de koper van een illegaal opgetrokken goed”, *TBBR* 2000, (626) 644, nr. 34.

¹⁸⁶ *Supra* randnummer 103 en verder wat betreft de strafrechtelijke vordering, *supra* randnummer 123 en verder voor wat betreft het burgerrechtelijke luik.

¹⁸⁷ Antwerpen 28 juni 1999, *TBBR* 2000, (690) 690 (verkort).

melding gegeven dat ze “*kennis gekregen te hebben van de bestaande bouwovertreiding en van verkavelingsvoorwaarden van 18 juli 1978*”. Ze bevestigden hierbij dat ze kennis hadden van het feit dat deze bouwovertreiding een eventuele vergunning om te verbouwen in de weg stond zolang de bestaande constructies niet werden afgebroken. Geïntimeerden hebben zich echter niet bij de notaris gemeld om de authentieke akte te verlijden. Appellanten verkochten de woning aan derden. Eind 2002 leggen de geïntimeerden strafrechtelijke klacht neer en gaan ze over tot dagvaarding van de appellanten. Ze wensen hun koopovereenkomst *ex tunc* verbroken te horen verklaren. De geïntimeerden vroegen een schadevergoeding bovenop de terugstorting van de reeds betaalde voorschotten¹⁸⁸.

138. Het Hof heeft eerst uitspraak gedaan over het ‘verborgen gebrek’-karakter van de bouwovertreiding. In haar oordeel neemt het Hof in overweging dat de mogelijkheid om een dokterspraktijk op te richten in de buurt van het bestaande cliënteel en de garage om te vormen tot een wachtkamer een *wezenlijk element* was van de beslissing. Daarenboven kenden de appellanten deze bijzondere bestemming van de geïntimeerden vóór het ogenblik van verkoop. Er werd namelijk over gesproken tijdens de bezoeken, én er werd op gealludeerd in een schriftelijk bod. De appellanten hebben geïntimeerden nergens tijdens de onderhandeling kennis gegeven over de illegaliteit van de dokterspraktijk¹⁸⁹.

139. Appellanten hadden in de onderhandse koopovereenkomst reeds een exoneratieclausule ingeschreven. Het Hof oordeelt dat dit niet geldig kan worden ingeroepen aangezien appellanten het gebrek bij verkoop kenden en zelf hadden doen ontstaan.

140. De bouwovertreiding werd door het Hof aanvaard zijnde een verborgen gebrek in het kader van artikel 1641 BW en verder. De verkoper (appellanten) is tot vrijwaring voor verborgen gebreken gehouden ten aanzien van de koper (geïntimeerden). De geïntimeerde heeft aldus terecht een beroep gedaan op de verborgen gebreken om de verkoop te laten vernietigen, en het Hof heeft deze toegewezen.

4/Besluit

141. De koper zal zelden geconfronteerd worden met een strafrechtelijke vordering met betrekking tot het aangekochte onroerend goed. Meestal zal niet voldaan zijn aan de vereisten met betrekking tot de verjaring en de kennis in hoofde van de koper. Sinds de evolutie in de rechtspraak¹⁹⁰ is ook de mogelijkheid dat de koper zal worden geconfronteerd met een herstellvordering sterk gedaald. De korte verjaringstermijn zal meestal reeds verlopen zijn vooraleer het onroerend goed wordt verkocht.

¹⁸⁸ Antwerpen 28 juni 1999, *TBBR* 2000, (690) 690 (verkort).

¹⁸⁹ Antwerpen 28 juni 1999, *TBBR* 2000, (690) 691 (verkort).

¹⁹⁰ *Supra* randnummer 118 en verder.

142. Een bouwovertreding kan hoe dan ook een verborgen gebrek uitmaken in de zin van artikel 1641 BW en verder. De ongemakken van de koper gaan namelijk verder dan louter de herstelvordering en de strafsancties. Hij is ook zeer beperkt in het werken aan zijn goed, hetgeen niet met een “normaal gebruik” overeenstemt. Daarom ben ik van mening dat de koper de verkoper toch in vrijwaring kan roepen voor verborgen gebreken. Doch, het wordt volgens mij moeilijk de rechter van de ernst van het gebrek en ongeschiktheid van het onroerend goed te overtuigen.

B. Aansprakelijkheid voor aannemers en architecten

1/Algemeen

143. Het Burgerlijk Wetboek legt een verhoogde aansprakelijkheid op ten aanzien van aannemers en architecten. Dit beoogt vooreerst de bescherming van de bouwheer, maar eveneens het dienen van de openbare veiligheid¹⁹¹. Deze bepalingen – artikelen 1792 BW en 2270 BW – zijn bijgevolg van openbare orde. Ze hebben echter een contractueel karakter omdat ze hun basis hebben in de overeenkomst tussen de bouwheer en diens aannemer of architect¹⁹².
144. Artikel 1792 BW stelt dat: *“Indien een gebouw dat tegen vaste prijs is opgericht, geheel of gedeeltelijk teniet gaat door een gebrek in de bouw, zelfs door de ongeschiktheid van de grond, (...) de architect en de aannemer daarvoor gedurende tien jaren aansprakelijk (zijn)”*. Verder wordt hier nog aan toegevoegd dat de architect en de aannemer met betrekking tot de grote werken ontslagen zijn van hun aansprakelijkheid na verloop van die tien jaren¹⁹³.
145. De termijn begint te lopen vanaf het moment dat de werken worden goedgekeurd. Dit is in principe het ogenblik van de definitieve oplevering, tenzij in de overeenkomst wordt bedongen dat de voorlopige oplevering de tienjarige termijn doet aanvangen¹⁹⁴. Deze clause houdt louter een contractuele afwijking van het normale vertrekpunt van de termijn in en dus geen vroegtijdige goedkeuring van de werken¹⁹⁵. Het is niet vereist dat de vordering op grond van artikel 1792 BW binnen een redelijke termijn wordt ingesteld, voor zover dat binnen de tien jaar gebeurt¹⁹⁶. Zelfs niet wanneer het gaat om een verborgen gebrek¹⁹⁷.
146. De tienjarige termijn is een vervaltermijn. De rechter dient deze aldus van rechtswege in te roepen¹⁹⁸. Bovendien kan de termijn niet worden geschorst¹⁹⁹.

¹⁹¹ Cass. 18 oktober 1973, *Arr.Cass.* 1974, 201.

¹⁹² Cass. 17 oktober 1968, *Pas.* 1969, I, 181.

¹⁹³ Art. 2270 BW; Cass. 18 november 1983, *RW* 1984-85, 47.

¹⁹⁴ Cass. 4 maart 1977, *RW* 1976-77, 2431.

¹⁹⁵ Cass. 21 juni 1984, *T.Aann.* 1997, 323.

¹⁹⁶ Cass. 2 februari 2006, *Arr.Cass.* 2006, afl. 2, 264, nr. III.3.

¹⁹⁷ Het Hof van Cassatie stelt in bovenvermeld arrest van 2 februari 2006: *“En vertu de ces dispositions, l'action contre l'entrepreneur et l'architecte peut être introduite dans un délai de dix ans lorsqu'un édifice péricule en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol. Cette règle s'applique aussi lorsqu'un tel vice est caché. Dans ce cas il n'est pas requis que l'action soit intentée en outre dans un délai raisonnable”*.

¹⁹⁸ Cass. 4 maart 1977, *RW* 1976-77, 2431.

¹⁹⁹ Cass. 4 maart 1977, *RW* 1976-77, 2431: *In casu* werd opgeworpen dat er een vordering in kort geding werd ingesteld met het oog op een expertise. Het Hof van Cassatie heeft niet aanvaard dat dit de tienjarige termijn zou schorsen; Brussel 15 februari 1996, *JLMB* 1996, 1482.

2/Aansprakelijkheid voor lichte gebreken

147. Artikel 1792 BW legt heel duidelijk het toepassingsveld *ratione materiae* vast. Het gaat om een onroerend goed dat geheel of gedeeltelijk teniet gaat door een gebrek in de bouw. Hier valt ook de ongeschiktheid van de grond onder.
148. Het onroerend goed moet dus minstens voor een deel teniet gaan om onder het toepassingsveld te vallen. Dit houdt in dat het gebrek een ernstig karakter dient te hebben. Deze voorwaarde – ernst en belang van het gebrek – kennen we reeds uit de bepalingen inzake de verborgen gebreken²⁰⁰. Dus is de ernst zowel voor vrijwaring van verborgen gebreken als voor de tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten vereist. Dat zou inhouden dat een koper van een nieuw gebouwd onroerend goed dat lichte gebreken blijkt te bevatten²⁰¹, dit op niemand zou kunnen verhalen. De rechtsleer en rechtspraak nemen terecht een andere houding aan²⁰². Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 1985²⁰³ immers gesteld dat de aannemer ook aansprakelijk kan worden gesteld voor lichte verborgen gebreken.
149. Als een ‘licht gebrek’ wordt gezien een gebrek dat danig ernstig is dat de koper niet tot aanvaarding was overgegaan indien hij het gebrek had gekend, maar dat niet de stevigheid van de zaak betreft²⁰⁴. Deze gebreken vallen niet onder het toepassingsveld van de tienjarige aansprakelijkheid overeenkomstig artikel 1792 BW. Dit lichte gebrek kan bijvoorbeeld een uitvoeringsfout inhouden of een verkeerde verwerking van materialen. Onder meer het slecht functioneren van een schouw of de condensatie van dubbel glas werden reeds aanvaard als ‘lichte’ gebreken²⁰⁵. De aannemer of architect kan zich exonereren voor lichte verborgen gebreken. Daarbij dient hij rekening te houden dat hij zich niet kan ontdoen van zijn aansprakelijkheid²⁰⁶:
- wanneer het zou gaan over exoneratie voor zijn eigen opzet of bedrog
 - wanneer het beding elke zin aan het contract zou ontnemen
 - wanneer het beding strijdig zou zijn met de openbare orde of dwingende bepalingen.

²⁰⁰ *Supra* randnummer 29 en verder.

²⁰¹ Weliswaar hebben we het over niet-zichtbare gebreken. De zichtbare gebreken worden namelijk aanvaard bij de definitieve oplevering. Zie ook *infra* randnummer 151.

²⁰² Cass. 25 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 270; D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen in Praktijkgids voor juristen*, Leuven, Acco, 1991, 351, nr. 1105.

²⁰³ Cass. 25 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 270.

²⁰⁴ D. MEULEMANS, *Een pand bouwen en verbouwen in Praktijkgids Vastgoedrecht*, Leuven, Acco, 2005, 690, nr. 2215.

²⁰⁵ D. MEULEMANS, *Een pand bouwen en verbouwen in Praktijkgids Vastgoedrecht*, Leuven, Acco, 2005, 690, nr. 2215.

²⁰⁶ D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen in Praktijkgids voor juristen*, Leuven, Acco, 1991, 355, nr. 1119-1120.

3/Relatie tot de verborgen gebreken

150. De aannemer kan volgens Cassatie aansprakelijk worden gesteld voor lichte verborgen gebreken. In eerste instantie zijn we dan geneigd te denken dat dit een afzwakking inhoudt van de voorwaarde dat het verborgen gebrek voldoende 'ernstig en belangrijk' dient te zijn²⁰⁷. Mijns inziens dient de vordering te worden ingesteld binnen de tien jaar na de definitieve oplevering van het onroerend goed. Dit op grond van artikel 2270 BW, aangezien dit niet spreekt over de voorwaarde van geheel of gedeeltelijk tenietgaan²⁰⁸. Anderzijds valt ook wel wat te zeggen voor de vordering binnen een korte termijn. Dit naar analogie met artikel 1648 BW. Het Hof van Cassatie heeft gesteld dat artikel 1648 BW niet rechtstreeks van toepassing is op de aannemingsovereenkomst²⁰⁹. Duidelijkheid over een analogieredenering is er echter niet gekomen. Het blijft derhalve een soeverein oordeel van de rechter of de vordering tijdig werd ingesteld²¹⁰.
151. Bij definitieve oplevering van het onroerend goed, aanvaardt de koper de gebreken van dat werk en ontheft hij de aannemer voor de gebreken van dat werk. Maar dit is enkel een aanvaarding van de lichte zichtbare gebreken. Wanneer een (licht) gebrek verborgen is of het gebrek valt onder de toepassing van artikel 1792 BW, zal de koper zich hier nog succesvol op kunnen beroepen²¹¹.
152. Inzake de tienjarige aansprakelijkheid kunnen we aldus besluiten dat deze geldt, onverkort de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken²¹². De aannemer en architect zullen gedurende tien jaar vanaf de definitieve oplevering van het onroerend goed aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van artikel 1792 BW²¹³. Ook voor lichte verborgen gebreken is aansprakelijkheid mogelijk door de bovenvermelde arresten van het Hof van Cassatie in de jaren 1980.

²⁰⁷ *Supra* randnummer 29 en verder.

²⁰⁸ D. MEULEMANS (ed.), Een woning kopen en verkopen in Praktijkids voor juristen, Leuven, Acco, 1991, 352, nr. 1109.

²⁰⁹ Cass. 8 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1000; D. MEULEMANS (ed.), Een woning kopen en verkopen in Praktijkids voor juristen, Leuven, Acco, 1991, 352-353, nr. 1110-1112.

²¹⁰ Cass. 8 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1000.

²¹¹ Cass. 18 mei 1961, *Pas.* 1961, I, 1006.

²¹² Zie hieromtrent ook *infra* randnummer 165 en verder.

²¹³ Het geheel of gedeeltelijk teniet gaat door een gebrek in de bouw of de ongeschiktheid van de grond.

C. Wet Breyne

1/Algemeen

154. In 1971 heeft de Belgische wetgever de wet tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen²¹⁴ ingevoerd. Deze wet is beter gekend onder de naam “Woningbouwwet” of “Wet Breyne”. We moeten deze wet lezen samen met diens wet tot wijziging van 1993²¹⁵.
155. Artikel 1 van de Wet Breyne geeft het toepassingsveld van deze wet weer. Het gaat om de situatie waarbij aan alle volgende voorwaarden is voldaan²¹⁶:
- a) er wordt een overeenkomst tot eigendomsovergang gesloten;
 - b) met betrekking tot een te bouwen of in aanbouw zijnde huis of appartement;
 - c) waarbij de verbintenis wordt aangegaan een onroerend goed te bouwen, te doen bouwen of te verschaffen;
 - d) mits het huis of appartement tot huisvesting alleen of tot beroepsdoeleinden en huisvesting is bestemd;
 - e) waarbij de koper of de opdrachtgever verplicht is vóór de voltooiing van het gebouw een of meer stortingen te doen²¹⁷.
156. De wet is ook van toepassing wanneer de overeenkomst tot eigendomsoverdracht (1) van een reeds opgericht huis of appartement (2) bestemd tot huisvesting (4) en de koper of opdrachtgever voor voltooiing stortingen moet doen (5), een andere verbintenis inhoudt. Bij de wetwijziging van 1993 werd namelijk een tweede lid toegevoegd aan artikel 1 Wet Breyne. Dit maakt de wet ook van toepassing wanneer de overeenkomst handelt over het verbouwen of uitbreiden van het huis of het appartement. Voorwaarde is wel dat de totale prijs van de verbouwings- of uitbreidingswerken hoger dient te zijn dan een bepaald minimumbedrag²¹⁸. Dit bedrag is bij het uitvoeringsbesluit²¹⁹ in artikel 1, §5 vastgesteld op ten minste 80% van de verkoopprijs van het onroerend goed waarvan de eigendom wordt overgedragen. Bovendien wordt vereist dat de totale kostprijs van de werken hoger is dan 18.600 euro²²⁰.

²¹⁴ Wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, *BS* 11 september 1971, 10 442.

²¹⁵ Wet van 3 mei 1993 tot wijziging van de wet van 9 juli 1971 tot regeling van woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, *BS* 19 juni 1993, 14 999.

²¹⁶ Art. 1, eerste lid Wet Breyne.

²¹⁷ (Eigen onderlijning).

²¹⁸ Art. 1, tweede lid Wet Breyne.

²¹⁹ KB van 21 oktober 1971 houdende uitvoering van de wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, *BS* 4 november 1971, 88 888.

²²⁰ Art. 1, §5 Uitvoeringsbesluit Wet Breyne van 21 oktober 1971.

157. In de huidige maatschappij dient men *de facto* enkel nog rekening te houden met één van beide voorwaarden. Met name deze die stelt dat de totale kostprijs van de verbouwings- of uitbreidingswerken minimaal 80% van de verkoopprijs dienen te bedragen. Het zal in de praktijk niet (veel) meer voorkomen dat 18.600 euro minder is dan 80% van de aankoopprijs van het onroerend goed. Een huis of appartement kopen voor minder dan 23.250 euro is immers niet meer dan een illusie in het jaar 2013.
158. De Wet Breyne stelt verder ook dat de hoger vermelde overeenkomsten steeds onder de toepassing blijven vallen van het Burgerlijk Wetboek²²¹. Uiteraard enkel voor zover de Wet Breyne geen bepalingen invoert die hier van afwijken.

2/Bescherming van de koper

159. De Wet Breyne is in hoofdzaak een wet die de koper van een onroerend goed wil beschermen. De wet legt een aantal verplichtingen op aan de verkoper²²². Die plichten van de verkoper bezorgen aan de koper een sterkere rechtspositie.
160. Zo is er bijvoorbeeld de bescherming omtrent de eigendomsrechten op het onroerend goed en de overdracht van het risico²²³. De koper verkrijgt onmiddellijk de rechten van de verkoper op de grond en de bestaande opstallen. De eigendom van de te bouwen opstallen gaan direct over op de koper op het moment dat de bouwstoffen in de grond of in het gebouw worden geplaatst en verwerkt. De verkoper zal daarentegen wel het risico moeten dragen tot op het moment van de voorlopige oplevering.
161. Artikel 7 van de Wet Breyne legt een zware plicht op wat betreft de vermeldingen in de overeenkomst tot woningbouw (met eigendomsoverdracht²²⁴). Wanneer de overeenkomst deze verplichte vermeldingen niet bevat, heeft de koper of opdrachtgever het recht de nietigheid van de overeenkomst in te roepen²²⁵. Dit is een duidelijk voorbeeld van de bescherming van de koper. De verkoper krijgt namelijk niet het recht de nietigheid van de overeenkomst in te roepen.
162. Er wordt een dubbele oplevering voorzien in artikel 9 van de Wet Breyne. Deze geeft de koper in principe een jaar de tijd zijn aangekochte goed in elk seizoen te hebben bewoond en eventuele gebreken vast te stellen en aan zijn verkoper mee te delen.

²²¹ Art. 3 Wet Breyne.

²²² Dit is de verkoper, aannemer of bouwpromotor.

²²³ Art. 4 en 5 Wet Breyne.

²²⁴ Zonder eigendomsoverdracht valt een woningbouwovereenkomst namelijk niet onder de Wet Breyne. Zie hiervoor art. 1 Wet Breyne.

²²⁵ Art. 7, derde lid Wet Breyne.

163. Tot slot voert artikel 12 van de Wet Breyne een waarborgvereiste in. De erkende verkoper, aannemer of bouwpromotor wordt verplicht een zekerheid te stellen²²⁶. Dit reduceert aanmerkelijk het financiële risico van de bouwheer of koper²²⁷. De niet-erkende aannemer moet een voltooiingswaarborg of een terugbetalingswaarborg verstrekken ten belope van 100% van de prijs van de constructie²²⁸. Een financiële instelling zal zich dan hoofdelijk borg stellen ten aanzien van de koper of bouwheer om respectievelijk de sommen voor voltooiing van de bouw voor te schieten²²⁹, dan wel de reeds betaalde sommen terug te betalen aan de koper of bouwheer²³⁰.

3/Relatie tot de verborgen gebreken

164. De Wet Breyne is slechts een aanvulling op de artikelen van het Burgerlijk Wetboek die handelen over de koop of de huur van werk en diensten²³¹. Het Burgerlijk Wetboek blijft aldus van toepassing voor zover de Wet Breyne er niet van afwijkt. Artikelen 1641 BW tot en met 1649 BW²³², 1792 BW en 2270 BW²³³ zullen ook doorwerken in de overeenkomsten die onder het toepassingsveld vallen van de Wet Breyne.

165. Boven op de bescherming die de Wet Breyne biedt, zal de koper zich ook op het gemeen recht kunnen blijven beroepen wanneer hij gebreken vaststelt aan zijn onroerend goed. De koper zal vooreerst de aannemer of de architect in vrijwaring kunnen roepen op grond van hun tienjarige aansprakelijkheid. Zoals hoger uiteengezet²³⁴, kunnen ze worden aangesproken voor het geheel of gedeeltelijk tenietgaan door een gebrek in de bouw.

166. De verkoper van een onroerend goed dat onder de Wet Breyne valt, zal tot vrijwaring voor verborgen gebreken²³⁵ kunnen gehouden worden op grond van de artikelen 1641 tot en met 1649 BW. Dit kan

²²⁶ Art. 12, eerste lid Wet Breyne.

²²⁷ A.-L. VERBEKE EN K. VANHOVE, *De Wet Breyne Sans Gêne*, Gent, Larcier, 2003, 39, nr. 64.

²²⁸ Art. 12, tweede lid Wet Breyne; A.-L. VERBEKE EN K. VANHOVE, *De Wet Breyne Sans Gêne*, Gent, Larcier, 2003, 38, nr. 63.

²²⁹ Indien de aannemer de constructie niet kan voltooien, of de werken zeer lang stilliggen omdat de verkoper of aannemer ze niet meer kan voorfinancieren, kan de koper de waarborg aanspreken. De financiële instelling is dan verplicht de werken die nog nodig zijn voor de afwerking van het gebouw voor te financieren.

²³⁰ Indien de ontbinding van de overeenkomst wordt gevraagd omdat de constructie niet kan worden afgewerkt, zal de financiële instelling de voorschotten die de bouwheer of koper aan de aannemer of verkoper reeds betaald heeft, terugbetalen.

²³¹ Art. 3 Wet Breyne.

²³² Inzake verborgen gebreken.

²³³ Inzake de tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten.

²³⁴ *Supra* randnummer 143 en verder.

²³⁵ Het toepassingsveld is *ratione materiae* ruimer inzake verborgen gebreken dan louter de lichte gebreken zoals bij de tienjarige aansprakelijkheid.

slechts gedurende een korte termijn²³⁶. Deze korte termijn houdt echter niet in dat de vordering niet meer zou kunnen worden ingesteld na verstrijken van de tienjarige termijn van artikel 1792 BW²³⁷. De koper zal bovenop de vrijwaring voor verborgen gebreken de verkoper ook op grond van artikelen 1792 BW en 2270 BW kunnen aanspreken. Artikel 6, eerste lid van de Wet Breyne bepaalt immers dat deze artikelen eveneens op de verkoper van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen van toepassing zijn. Dit houdt dus een verruiming van het toepassingsveld *ratione personae* in. Zodoende kan de koper zijn verkoper ook voor lichte gebreken aanspreken inzake woningbouw gedurende tien jaar²³⁸.

²³⁶ Art. 1648 BW.

²³⁷ Cass. 10 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, afl. 10, 1839.

²³⁸ Toepassing van art. 1792 en 2270 BW inzake de tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten.

D. Archeologische vondsten

1/Algemeen

167. In 1993 heeft het Vlaams Parlement een decreet goedgekeurd houdende de bescherming van het archeologisch patrimonium²³⁹. Voor personen die een onroerend goed aankopen en hier werken willen aan uitvoeren kan dit decreet grote gevolgen hebben, vooral artikel 4 §2²⁴⁰, verder gespecificeerd door artikel 7²⁴¹ en artikel 8, eerste en tweede lid²⁴² kunnen tot een financieel zware dobber leiden voor de koper.
168. Bijvoorbeeld bij het uitgraven van funderingen voor een nieuwbouw na aankoop van een perceel bouwgrond, bestaat de kans dat men als koper een vondst doet waarvan deze kan vermoeden dat het archeologische waarde heeft. Overeenkomstig artikel 8, eerste lid decreet archeologisch patrimonium is de koper verplicht aangifte te doen van de vondst binnen de drie dagen bij “het agentschap”²⁴³. Hiermee werd voor 1 juli 2011 het Agentschap ruimte en erfgoed van de Vlaamse overheid bedoeld²⁴⁴. Sinds 1 juli 2011 is een nieuw agentschap opgericht: het Agentschap Onroerend Erfgoed. Dit is ontstaan uit een samensmelting van het deel ‘erfgoed’ van het vroegere agentschap ruimte en erfgoed enerzijds, en het Vlaams Instituut voor het Onroerend Erfgoed (VIOE) anderzijds²⁴⁵.

²³⁹ Vlaams decreet van 30 juni 1993 houdende bescherming van het archeologisch patrimonium, BS 15 september 1993. (Verder: “decreet archeologisch patrimonium”).

²⁴⁰ “De eigenaar en de gebruiker zijn ertoe gehouden de archeologische monumenten die zich op hun gronden bevinden te bewaren en te beschermen en ze voor beschadiging en vernieling te behoeden.”

²⁴¹ Dit artikel stelt: “De Vlaamse Regering kan het uitvoeren van een opgraving tot algemeen nut verklaren en daartoe de tijdelijke bezetting van de gronden bevelen. Zij bepaalt de grenzen van deze gronden en de duur van de bezetting. Zij kan de voorwaarden bepalen waaronder intussen andere werken en handelingen op deze gronden mogen worden uitgevoerd, alsook kan zij het stilleggen van die werken en handelingen of een opschorting of intrekking van verleende verkavelings-, bouw- en exploitatievergunningen bevelen.”

²⁴² Art. 8, 1^e en 2^e lid van dit decreet bepalen: “Eenieder die, anders dan bij het uitvoeren van vergunde archeologische opgravingen een goed vindt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat het een archeologisch monument betreft, is verplicht hiervan binnen drie dagen aangifte te doen bij het agentschap. Het agentschap stelt de eigenaar en de gebruiker, in geval zij niet de vinder zijn, en de betrokken gemeente(n) hiervan in kennis.

De gevonden archeologische monumenten en hun vindplaats moeten tot de tiende dag na de melding in onveranderde toestand door de eigenaar, gebruiker en vinder bewaard blijven, beschermd worden tegen beschadiging of vernieling en toegankelijk gesteld worden voor onderzoek door het agentschap zonder dat dit aanleiding kan geven tot het vorderen van enige schadevergoeding.”

²⁴³ Art. 3, 8^o van het decreet definieert “het agentschap” als: “de entiteit die door de Vlaamse Regering belast wordt met taken van beleidsuitvoering inzake onroerend erfgoed”.

²⁴⁴ X, “Archeologische opgravingen”, NJW 2011, afl. 244, 420.

²⁴⁵ X, Onroerend erfgoed, s.d., www.rwo.be.

169. Artikel 4 §2 van het decreet archeologisch patrimonium houdt een algemene zorgplicht in die de rechten van de houder van een bouwvergunning kan inperken zoals bepaald in artikel 7 en 8 van het decreet. Er kan uit de zorgplicht niet worden afgeleid dat de koper op eigen kosten archeologische opgravingen dient te doen alvorens hij zijn vergunde bouwwerken kan aanvatten indien de Vlaamse regering geen beroep doet op haar recht voorzien in artikel 7 decreet archeologisch patrimonium. Met name wanneer de regering noch de opgraving tot algemeen nut verklaart, noch de tijdelijke bezetting van de gronden beveelt²⁴⁶. Eens een vondst per toeval wordt gedaan, moet ook rekening worden gehouden met de vormvoorschriften die voorzien zijn in het decreet²⁴⁷.

170. Twee concrete voorbeelden kunnen deze problematiek duidelijker schetsen.

Voorbeeld 1: toevalsvondst. Een persoon koopt een stuk grond om daar zijn toekomstige woonst op te bouwen. Het perceel is bouwgrond en hij verkrijgt een stedenbouwkundige vergunning, dus lijkt alles in orde. De man in kwestie vat de bouwwerken aan en start met het graven van de funderingen. Tijdens de graafwerken stoot hij op iets wat een antieke vaas lijkt te zijn. De man dient hiervan aangifte te doen binnen de drie dagen na het vinden van de vaas bij het Agentschap Onroerend Erfgoed van de Vlaamse overheid. De vaas moet hij minstens tot tien dagen na de melding in bewaring houden en beschermen tegen schade, alsook ter beschikking stellen van het Agentschap Onroerend Erfgoed. De Vlaamse Regering beveelt in ons fictief voorbeeld de tijdelijke stopzetting van de huidige bouwwerken teneinde verder archeologisch onderzoek op de site mogelijk te maken. Drie weken later wordt het perceel terug vrijgegeven omdat geen (verdere) vondsten werden gedaan.

Voorbeeld 2: opgraving van algemeen nut. We beginnen het voorbeeld met dezelfde persoon die een stuk bouwgrond heeft gekocht om daar een nieuwbouw op te plaatsen. Nu, in dit geval verklaart de Vlaamse regering na het verlenen van de bouwvergunning²⁴⁸ een opgraving van algemeen nut. Hiertoe wordt ook de tijdelijke bezetting van de gronden bevolen. Drie weken later wordt het perceel terug vrijgegeven omdat de archeologen geen vondsten deden.

171. De vermelde opgravingen die uiteindelijk niets hebben opgeleverd, hebben voor de eigenaar van het perceel bouwgrond wel verregaande gevolgen. De kosten voor de opgravingen dienen door hem te worden gedragen²⁴⁹ en zijn bouwwerken lopen aanzienlijke vertraging op. In artikel 10 van het decreet archeologisch patrimonium is er sprake van mogelijke schadevergoeding, maar deze vergoeding is zeer beperkt²⁵⁰.

²⁴⁶ Cass. (1e k.) 23 februari 2012, *NJW* 2012, afl. 270, 675.

²⁴⁷ Hier gaan we verder niet op in omdat dit ons te ver zou drijven.

²⁴⁸ VAN HOORICK, G. en BEKE, K., "Archeologiedecreet. Impact op het bouwproces", *NJW* 2012, afl. 255, 40.

²⁴⁹ VAN HOORICK, G. en BEKE, K., "Archeologiedecreet. Impact op het bouwproces", *NJW* 2012, afl. 255, 41.

²⁵⁰ *Infra* randnummer 172.

2/Schadevergoeding

172. Artikel 10, eerste lid van het decreet archeologisch patrimonium voorziet in een beperkt aantal gevallen een schadevergoeding voor wie schade ondervindt door deze reglementering. Het stelt dat:

“ Een vergoeding kan worden gevorderd voor eventuele schade, voor zover door de schade-eiser wordt bewezen voortvloeiend uit:

1° de toepassing van artikel 7 voor zover de stillegging van werken en handelingen of de opschorting van verleende verkavelings-, bouw- en exploitatievergunningen dertig dagen overschrijdt;

2° de intrekking van verleende verkavelings-, bouw- en exploitatievergunningen zoals vermeld in artikel 7;

3° de verlenging van de termijn van tien dagen zoals vermeld in artikel 8, voor zover de totale termijn dertig dagen overschrijdt.”

173. De Vlaamse regering dient deze vergoeding vast te stellen en uit te keren²⁵¹, tenzij de eigenaar en uitvoerder van de werken tijdens dewelke de toevalsvondst gebeurde, zich niet van hun meldingsplicht hebben gekweten²⁵².

174. Zoals duidelijk te lezen staat in artikel 10 decreet archeologisch patrimonium, zal de persoon uit ons voorbeeld²⁵³ geen aanspraak kunnen maken op de schadevergoeding. De werken duurden namelijk slechts drie weken en dus niet de vereiste dertig dagen. Bovendien werd zijn voordien verkregen bouwvergunning niet ingetrokken. De man ondervindt dus duidelijk schade, maar hij kan deze niet op de Vlaamse regering verhalen. Binnen het thema van deze masterproef is de volgende vraag dus een logisch gevolg van bovenvermelde problematiek: kan de koper deze schade verhalen op de verkoper van wie hij het eigendom heeft gekocht, met name van de verkoper, op grond van artikel 1641-1649 BW eisen dat hij zijn vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken zou nakomen.

3/Vordering op grond van verborgen gebreken?

Vordering tot vrijwaring

175. Hoewel er momenteel nog geen praktijkvoorbeelden zijn waarbij de koper van een onroerend goed zijn verkoper tot vrijwaring voor verborgen gebreken roept omdat de koper schade heeft opgelopen door het archeologisch onderzoek dat er verplicht moest op worden uitgeoefend, lijkt deze situatie ons niet onwaarschijnlijk. Een koper zal zich wellicht onrechtvaardig behandeld voelen wanneer hij met de financiële last, alsook met de vertragingen van zijn bouwwerken wordt geconfronteerd. Aangezien hij geen soelaas zal vinden in het decreet archeologisch patrimonium om zich op de

²⁵¹ Art. 10, tweede lid decreet archeologisch patrimonium.

²⁵² Art. 10, derde lid decreet archeologisch patrimonium.

²⁵³ *Supra* randnummer 170.

Vlaamse regering te beroepen, zal hij wellicht op zoek gaan naar een andere ‘zondebok’: de verkoper.

176. Zoals hoger reeds besproken kan de koper twee vorderingen instellen tegen zijn verkoper: enerzijds de *actio redhibitoria* die de ontbinding van de koopovereenkomst beoogt, inclusief de teruggave van het goed en de prijs, of anderzijds de *actio quanti minoris* die tot doel heeft een prijsvermindering te verkrijgen ten belope van de geleden schade.
177. Wanneer de rechtspraak zou aanvaarden dat een *actio quanti minoris* in deze situatie ontvankelijk kan worden verklaard, is het vanzelfsprekend dat bij de schadebegroting rekening zal moeten worden gehouden met de eventuele schadevergoeding die de koper reeds verkregen heeft op grond van artikel 10 decreet archeologisch patrimonium. Hij zal geen twee maal schadevergoeding kunnen krijgen voor eenzelfde schade. Wanneer het stuk bouwgrond van een koper bijvoorbeeld 35 dagen door de Vlaamse regering bezet werd, kan hij aanspraak maken op een dergelijke vergoeding. De verkoper is dan niet meer gehouden tot betaling van een schadevergoeding, daar de schade reeds door een andere instantie, met name de Vlaamse regering, werd vergoed.
178. Wanneer de koper niet akkoord is met het bedrag dat de Vlaamse regering vaststelt ter vergoeding van de schade, heeft hij nog steeds de mogelijkheid deze te betwisten²⁵⁴. In dat geval zal een rechter de schadevergoeding vaststellen. Wanneer de koper de vergoeding van de Vlaamse regering niet afdoende vindt en hij stelt een *actio quanti minoris* in tegen de verkoper op grond van de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken voor de “meerschade” die hij meent opgelopen te hebben, zal deze vordering mijn inziens onontvankelijk moeten worden verklaard. Hij heeft namelijk reeds de mogelijkheid gehad deze vergoeding te betwisten, hetgeen hij nagelaten heeft te doen.
179. Zo ook wanneer de koper zijn meldingsplicht niet heeft nageleefd. Van een goed huisvader kan worden verwacht dat hij de schade ten aanzien van de verkoper zoveel mogelijk tracht te beperken. Wanneer de koper geen tijdige melding deed van de toevalsvondst, verhindert hij zelf dat hij geen schadevergoeding zal kunnen verkrijgen op grond van artikel 10, eerste lid decreet archeologisch patrimonium²⁵⁵ van de Vlaamse regering. Hij heeft duidelijk de schade ten aanzien van de verkoper niet als een goed huisvader beperkt, en zal dus ook geen aanspraak meer kunnen maken op een schadevergoeding vanuit die hoek.
180. Er blijven dus nog twee mogelijke situaties over waarin de koper toch zijn verkoper in vrijwaring zou kunnen roepen. Enerzijds de *actio redhibitoria* en anderzijds de *actio quanti minoris*, er van uitgaande dat de koper zich niet bevindt in één van de twee situaties die *supra* werden uiteengezet. Bijvoorbeeld wanneer de bezetting van het perceel minder dan dertig dagen heeft geduurd en de

²⁵⁴ Art. 10, tweede lid decreet archeologisch patrimonium: “De Vlaamse Regering stelt die vergoeding onverwijld vast en keert ze dadelijk uit. Bij betwisting stelt de rechter de vergoeding vast.”.

²⁵⁵ Dit staat namelijk in art. 10, derde lid decreet archeologisch patrimonium: “Schade voortvloeiend uit de toepassing van artikel 7 kan evenwel niet gevorderd worden wanneer de eigenaar en de uitvoerder van de werken tijdens dewelke de toevalsvondst gebeurde, zich niet van hun meldingsplicht hebben gekwetend.”.

koper al zijn verplichtingen correct is nagekomen. In dat geval kan hij geen aanspraak maken op een schadevergoeding van de Vlaamse regering, maar loopt hij wellicht toch schade op.

Verborgten gebrek

181. De belangrijkste vraag in deze hele discussie is wellicht of er al dan niet sprake is van een verborgen gebrek? We toetsen de voorwaarden om te spreken van een 'verborgen gebrek' af aan de situatie waarin we ons hier bevinden.
182. Gebrek. Vooreerst moeten we ons afvragen of het onroerend goed met een gebrek behept is. Dit kan zowel een intrinsiek als een functioneel gebrek inhouden. Het gaat mijn inziens om een kenmerk dat niet inherent is aan het onroerend goed zelf en niet overeenstemt met de normale gesteldheid van de zaak. Ook zal quasi altijd kunnen worden nagegaan of er sprake is van een functioneel gebrek. Hier houdt namelijk het gevolg het gebrek in, en niet de oorzaak. Wanneer bijvoorbeeld een bouwvergunning op grond van het decreet archeologisch patrimonium wordt ingetrokken, zal dit duidelijk een functioneel gebrek van het onroerend goed uitmaken.
183. Verborgten. Een toevalsvondst is mijn inziens geen zichtbaar gebrek van een onroerend goed aangezien de vondst bedekt is met een laag grond. Er kan van een normaal voorzichtig persoon niet worden verwacht dat hij met metaaldetectoren of grondscanners voorafgaand aan de koop probeert te achterhalen of er mogelijks archeologische vondsten onder de grond verscholen liggen. Daarentegen kan er wel discussie zijn met betrekking tot de archeologische zones²⁵⁶. Wanneer het algemeen gekend is, dan wel gemakkelijk achterhaalbaar of een perceel binnen een archeologische zone ligt is het een gebrek dat de koper kende of had kunnen kennen indien hij een normale waakzaamheid aan boord had gelegd. Op de website van het Agentschap Onroerend Erfgoed is een zoekmachine te vinden waar je de archeologische zones kan opzoeken²⁵⁷. Op het moment van schrijven werkt deze website nog niet optimaal, waardoor het nog steeds niet gemakkelijk is voor de koper om te achterhalen of het perceel in zo'n zone ligt. Wanneer de zoekmachine volledig operationeel zal zijn, wordt deze opzoeking heel eenvoudig. Dan zal ook van een koper kunnen worden verwacht dat hij deze opzoeking ook werkelijk doet. In dat geval zal het geen verborgen gebrek meer kunnen uitmaken dat een bepaald onroerend goed binnen een archeologische zone ligt.
184. Ongeschikt voor het gebruik waartoe de koper het bestemt. Er dient rekening gehouden te worden met de normale bestemming van het onroerend goed, tenzij de koper zijn specifieke bestemming te kennen heeft gegeven aan de verkoper ten laatste op het moment van het sluiten van de koop. In het kader van de archeologische opgravingen en toevalsvondsten is het dus vereist dat het *normaal* is dat de koper de oppervlakte van de bodem zal bewerken óf dat de koper dit te kennen heeft gegeven. Zo is het normaal dat de koper van een bouwgrond de grond zal moeten bewerken om

²⁵⁶ Art. 3, 3° decreet archeologisch patrimonium definieert deze zones als volgt: "alle gronden die van wetenschappelijk en cultuurhistorisch belang zijn wegens de mogelijk aanwezige archeologische monumenten, met inbegrip van een bufferzone."

²⁵⁷ De archeologische zones kunnen worden opgezocht op de volgende website: <https://inventaris.onroenderfgoed.be/cai/zone/zoeken>.

funderingen voor een nieuwbouw te plaatsen. Wanneer daarentegen de koper een reeds bewoonbare woning koopt, is het niet vanzelfsprekend dat de koper het grondoppervlak nog zal bewerken. Het is echter wel denkbaar dat de koper aan de verkoper te kennen geeft dat hij nog een aanbouw wil maken aan de woning en daarvoor ook de grond zal moeten bewerken.

185. Ernstig en belangrijk. Wanneer een perceel een tijdlang wordt bezet en de koper hierdoor – hoewel tijdelijk – niets kan aanvangen met zijn aangekocht onroerend goed, kan dit mijn inziens worden gekwalificeerd als een gebrek dat het gebruik in belangrijke mate belemmert. De rechter zal uiteraard wel rekening moeten houden met de duurtijd van de bezetting. Indien de bezetting zo kort is dat de koper hier quasi geen last van heeft ondervonden, zal niet aan de voorwaarde zijn voldaan omdat er onvoldoende ernst kan worden aangetoond.
186. In de kiem bestaan op het moment van de koop. Aangezien het gaat om archeologische vondsten is het voor de koper eenvoudig om de anterioriteit aan te tonen.
187. Het is derhalve mogelijk dat de rechter zal oordelen dat het onroerend goed behept is met een verborgen gebrek indien na verkoop blijkt dat de grond (tijdelijk) zal worden geoccupeerd ten voordele van archeologisch onderzoek na een toevalsvondst. De verkoper is overeenkomstig artikel 1641 BW gehouden tot vrijwaring voor verborgen gebreken. In bijna elke verkoopovereenkomst van onroerende goederen wordt opgenomen dat de verkoper niet gehouden is tot vrijwaring voor verborgen gebreken. Zoals hoger reeds vermeld en bepaald in artikel 1643 BW houdt dit enkel de exoneratie in voor verborgen gebreken die de verkoper zelf niet kende op het moment van verkoop.
188. Hier lijkt het grootste probleem zich te situeren met betrekking tot het in vrijwaring roepen van de verkoper voor verborgen gebreken. Aangezien het gaat om archeologische (toevals)vondsten, zal de vorige eigenaar wellicht geen idee hebben gehad over de bijzondere toestand van het grondoppervlak. Bijgevolg zal de verkoper in geval er een exoneratieclausule is ingeschreven in de verkoopovereenkomst, niet gehouden zijn tot de vrijwaring. De koper zal aldus geen aanspraak kunnen maken op de ontbinding van de overeenkomst of een prijsvermindering.
189. Toch zijn er twee situaties denkbaar waarin de *actio redhibitoria* of de *actio quanti minoris* toch kans op slagen hebben. Vooreerst de situatie waarin de verkoopovereenkomst wordt gesloten met een professionele verkoper. Op hem rust namelijk een vermoeden van kwade trouw totdat hij het tegendeel heeft kunnen aantonen²⁵⁸. De professionele verkoper zal dus expliciet moeten bewijzen dat hij geen kennis had van de bodemgesteldheid. Kan hij dit niet, zal de koper van het onroerend goed hem tot vrijwaring voor verborgen gebreken kunnen vorderen. Ten tweede is er de omstandigheid waarbij een verkoper bij eigen werken reeds een toevalsvondst heeft gedaan, maar niet heeft gemeld om de verplichte lasten te ontlopen. De verkoper zal bijvoorbeeld zelf het grondoppervlak van zijn vroegere eigendom bewerkt hebben en daarbij een toevalsvondst hebben gedaan. Daarbij is het niet uitgesloten dat de verkoper de vondst in de grond en zijn kop in het zand steekt.

²⁵⁸ *Supra* randnummer 36 en verder.

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

E. Bodemdecreet

1/Algemeen

190. De impact van onze moderne maatschappij laat soms sporen na op het milieu. De wetgever is de mening toegedaan dat vervuiling moet worden vermeden. Het milieu moet beschermd worden in het belang van de gemeenschap²⁵⁹. Vervuiling raakt immers eenieder, rechtstreeks dan wel onrechtstreeks. Dit beschermend inzicht heeft in 1995 geleid tot het Bodemsaneringsdecreet²⁶⁰. Gezien de snelle evolutie van de moderne maatschappij had het decreet gauw een facelift nodig. Reeds in 2006 werd het Bodemdecreet²⁶¹ ingevoerd. Sindsdien staat niet alleen de bodemsanering, maar ook de bodembescherming centraal²⁶². De basisprincipes van het Bodemsaneringsdecreet werden overgenomen in het Bodemdecreet²⁶³. Dit decreet trad samen met uitvoeringsbesluit VLAREBO²⁶⁴ in werking op 1 juni 2008.

191. We bespreken in deze masterproef de verborgen gebreken aan onroerende goederen. Zoals we reeds hebben besproken in hoofdstuk V²⁶⁵ gaat het om verkoop van onroerende goederen, en dus handelt het over eigendomsoverdrachten. In het Bodemdecreet worden afdeling I en afdeling II van titel VIII aan de overdracht van gronden gewijd. Afdeling I (artikel 101 Bodemdecreet) handelt over de overeenkomst betreffende de overdracht van gronden. Hier worden de informatieverplichtingen en rechten in vermeld²⁶⁶. Afdeling II (artikelen 102 tot en met 115 Bodemdecreet) handelt over de overdracht van risicogronden²⁶⁷.

192. Sporadisch ontdekt een koper na aankoop dat zijn aangekochte grond verontreinigd was vóór de aankoop en dat dit niet was vermeld in de koopovereenkomst. Of er wordt in de overeenkomst wel gesproken over een bodemverontreiniging, maar niet van een dergelijke omvang of vervuilingsgraad. Daarom is het interessant de bodemverontreiniging te onderzoeken in het kader van de plicht van de verkoper om de koper te vrijwaren voor verborgen gebreken. De bodemverontreiniging kan een

²⁵⁹ J. CEENAEME en M. DEWEIRD, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen in Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, 6.

²⁶⁰ Decr. VI. 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering, *BS* 29 april 1995, *erratum BS* 3 oktober 2005.

²⁶¹ Decr. VI. 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, *BS* 22 januari 2007, 2579, *erratum BS* 20 februari 2007, 8236.

²⁶² In de titel staan sinds het Bodemdecreet beide termen en niet meer enkel 'bodemsanering' zoals dat wel het geval was in het Bodemsaneringsdecreet.

²⁶³ J. CEENAEME en M. DEWEIRD, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen in Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, 5.

²⁶⁴ B.VI.Reg. 14 december 2007 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, *BS* 22 april 2008, 21 354.

²⁶⁵ *Supra* randnummer 7 en verder.

²⁶⁶ *Infra* randnummer 193 en verder.

²⁶⁷ *Infra* randnummer 198 en verder.

verborgen gebrek uitmaken in intrinsieke of functionele zin²⁶⁸. Enerzijds kan de bodem danig vervuild zijn dat het onmogelijk wordt de grond (tijdelijk) nog verder te gebruiken. In dit geval zal er sprake zijn van een intrinsiek gebrek. Anderzijds is het ook mogelijk dat de grond wel degelijk vervuild is, maar nog steeds mag worden gebruikt voor bepaalde bestemmingen. De verwerver die een stuk grond heeft gekocht met het oog op een bepaalde bestemming bevindt zich in deze situatie indien de grond niet meer voor die specifieke bestemming mag worden gebruikt²⁶⁹.

2/Informatie

193. Artikel 101 Bodemdecreet handelt over de overeenkomst met betrekking tot de overdracht van gronden. Wat met deze “overdracht van gronden” wordt bedoeld vinden we terug in het begin van het Bodemdecreet bij de definities in artikel 2. We krijgen een limitatieve opsomming van acht juridische handelingen die verder onder titel VIII²⁷⁰ zullen vallen in artikel 2, 18° eerste lid Bodemdecreet²⁷¹. Het tweede lid noemt drie gevallen waarin er in afwijking van het eerste lid geen sprake kan zijn van overdracht van gronden²⁷².
194. Artikel 101 Bodemdecreet bevat drie paragrafen die in chronologische volgorde plichten oplegt met betrekking tot het bodemattest. Paragraaf 1 legt aan de overdrager van de grond de precontractuele plicht op het bodemattest te vragen en de inhoud ervan mee te delen aan de verwerver. Vervolgens zal in de onderhandse akte van de overdracht de inhoud van het bodemattest moeten worden opgenomen²⁷³. Tot slot wordt ook een informatieplicht opgelegd aan de instrumenterende ambtenaar²⁷⁴. Hij dient de inhoud van het bodemattest op te nemen in alle akten betreffende de overdracht. Daar bovenop moet hij ook de verklaring van de overdrager noteren stellende dat de verwerver op de hoogte is van deze inhoud.

²⁶⁸ J. CEENAEME en M. DEWEIRD, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen* in *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, 94.

²⁶⁹ Zo bijvoorbeeld indien op een stuk grond geen woning meer mag worden gebouwd.

²⁷⁰ Art. 101 Bodemdecreet en verder.

²⁷¹ Zo bijvoorbeeld de overdracht van het eigendomsrecht op een grond tussen levenden (a), het vestigen onder levenden van vruchtgebruik (b), het aangaan of beëindigen van een concessie op een grond (c), ...

²⁷² Zo bijvoorbeeld de inbreng in een gemeenschappelijk huwelijksvermogen.

²⁷³ Artikel 101 §2 Bodemdecreet.

²⁷⁴ Artikel 101 §3 Bodemdecreet.

3/Overdracht

Voldoen aan de kenmerken van verborgen gebreken

195. Opdat de bodemverontreiniging een verborgen gebrek inhoudt, moet het voldoen aan alle kenmerken van een verborgen gebrek die hoger reeds werden besproken²⁷⁵. De bodemverontreiniging zal aldus enkel een verborgen gebrek kunnen uitmaken van het onroerend goed indien door deze vervuiling het normaal gebruik of het gebruik waartoe de koper het onroerend goed bestemt, niet meer mogelijk is. De koper mag geen kennis hebben van het gebrek. Daarenboven mag het niet dat de koper op de hoogte had moeten zijn van een mogelijke verontreiniging, bijvoorbeeld omdat hij de vervuilende activiteiten van de verkoper kende²⁷⁶. Vervolgens moet de bodemverontreiniging een ernstig en belangrijk karakter hebben. Tot slot dient de verontreiniging ook reeds te hebben bestaan op het ogenblik van de aankoop.

- Ernstig en belangrijk gebrek

196. Een (lichte) verontreiniging van de bodem die niet schadelijk is voor mens, dier of planten, zal geen verborgen gebrek kunnen inhouden²⁷⁷. Vooreerst is het onzeker of het als gebrek zal kunnen gekwalificeerd worden. Maar zelfs indien de verontreiniging een gebrek inhoudt zal ze niet voldoende ernstig zijn indien de grond voor haar normale bestemming mag blijven gebruikt worden.

197. Een koper koopt een onroerend goed om de bestaande woning te verbouwen en deze nadien te bewonen. Wanneer het goed jarenlang niet verder kan worden verbouwd aangezien asbestdraailingen werden aangetroffen in de aangekochte woning, zal dit goed “ongeschikt zijn voor het gebruik dat de koper ervan wenste te maken”²⁷⁸. Deze jarenlange onbruikbaarheid was voor de rechtbank te Brussel voldoende om te oordelen dat er sprake was van ongeschiktheid, ongeacht het feit dat de koper na enkele jaren het goed toch verder kan gebruiken voor de normale bestemming.

- Geen kennis van het gebrek

198. Om de kennis in hoofde van de koper te beoordelen dienen we een onderscheid te maken tussen de aankoop van een risicoground, dan wel van een niet-risicoground.

199. Een risicoground is in het kader van het Bodemdecreet een “grond waarop een risico-inrichting gevestigd is of was”²⁷⁹. Welke inrichtingen hier mee worden bedoeld wordt limitatief opgesomd²⁸⁰.

²⁷⁵ *Supra* randnummer 16 en verder.

²⁷⁶ J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen in Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, 95.

²⁷⁷ J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen in Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, 96.

²⁷⁸ Rb. Brussel (23e k.) 6 april 2007, *TMR* 2008, afl. 3, 344.

²⁷⁹ Artikel 2, 13° Bodemdecreet.

Het gaat om fabrieken, werkplaatsen, opslagplaatsen, machines, installaties, toestellen en een lijst handelingen die worden opgesomd in bijlage 1²⁸¹ van Vlare I²⁸². Een stortplaats voor afvalstoffen²⁸³, installaties voor de productie van glaswol, zijn een aantal van de handelingen die een risicoground veroorzaken in het kader van de indelingslijst²⁸⁴. Het onroerend goed wordt pas als 'risicoground' aanzien wanneer de risico-inrichting werkelijk werd geëxploiteerd op het perceel²⁸⁵. Wanneer er dus een vergunning is afgeleverd voor een risico-inrichting op dat perceel, maar de inrichting is er nooit geweest is er geen sprake van een risicoground. Wanneer daarentegen een exploitatie van een risico-inrichting is gebeurd zonder de vereiste vergunningen, zal het perceel toch risicoground zijn in het kader van het Bodemdecreet.

200. De persoon die een risicoground wenst over te dragen, is volgens artikel 102 Bodemdecreet verplicht voorafgaand aan de overdracht een oriënterend bodemonderzoek uit te voeren. Het verslag van dit onderzoek dient hij over te maken aan de OVAM²⁸⁶. In voormeld geval zal de koper redelijkerwijze op de hoogte zijn van de toestand van het onroerend goed, inclusief de mogelijke verontreiniging²⁸⁷. In dit geval zal worden aangenomen dat de koper geen vordering kan instellen tegen de verkoper wegens vrijwaring voor verborgen gebreken.
201. We wensen de lezer er op te wijzen dat de situatie met betrekking tot de risicogrounden nog kan afwijken van wat we zonet hebben uiteengezet. Deze afwijkende situatie doet zich voor wanneer de koper heeft gespecificeerd aan welke normen het aangekochte onroerend goed moet voldoen²⁸⁸. In dat geval kent de verkoper de eisen van de koper en dient hij hier rekening mee te houden.

²⁸⁰ Artikel 2, 14° Bodemdecreet.

²⁸¹ Deze bijlage is beter gekend onder haar naam "indelingslijst" van Vlare I.

²⁸² B.VI.Reg. 19 september 2008 tot wijziging van (...) het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2007 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering en de bodembescherming ter doorvoering van technische actualisering, BS 27 januari 2009, 4420.

²⁸³ Rubriek 2.3.6 Indelingslijst (Bijlage 1 Vlare I).

²⁸⁴ Je kan de risicogrounden in de indelingslijst herkennen aan de achtste (en laatste) kolom: "Vlarebo". Wanneer een letter in deze kolom staat, houdt dit in dat het gaat om een inrichting waarvoor conform het Bodemdecreet en het Vlarebo een oriënterend onderzoek verplicht is bij overdracht, onteigening, sluiting, faillissement en vereffening. Bij "O" dient dit enkel op deze momenten te gebeuren. Bij A of B moet dit ook gebeuren bij overdracht, onteigening, sluiting, faillissement en vereffening, maar ook respectievelijk om de twintig, dan wel om de tien jaar.

²⁸⁵ J. DE PAUW, "De overdracht van een risicoground met een blanco bodemattest", *Notariaat* 2008, nr. 11, (1) 3.

²⁸⁶ Artikel 103 Bodemdecreet.

²⁸⁷ J. CEENAEME en M. DEWEIRD, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen in Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, 95.

²⁸⁸ J. CEENAEME en M. DEWEIRD, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen in Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, 95.

202. De overdracht van een grond die geen risicogrand is, wordt in het Bodemdecreet niet expliciet geregeld. Enkel artikel 101 Bodemdecreet is van toepassing op alle overdrachten van grond, dus ook op deze die geen risicogrand zijn.
203. Niettegenstaande de afwezigheid van het 'risico' moet de koper van een niet-risicogrand steeds een aandachtig doch normaal onderzoek uitvoeren om na te gaan of er sprake kan zijn van een vervuild onroerend goed²⁸⁹. De verontreiniging zal als zichtbaar worden aanschouwd indien de koper bij zijn onderzoek bepaalde opmerkelijke vaststellingen kon doen. Zo dient hij te letten op de kleur en geur van de bodem en de aarde, eventuele afwezigheid van vegetatie en eventuele aanwezigheid van afval²⁹⁰. Zo moet ook de verkoop aan een abnormaal lage prijs de aandacht van de koper trekken. Van een normaal zorgvuldig persoon kan men in alle redelijkheid verwachten dat hij in dat geval onderzoekt of er al dan niet sprake is van verontreiniging²⁹¹.
204. Dat de koper een aandachtig onderzoek van het onroerend goed moet doen, vereist niet dat de koper een bodemonderzoek moet laten uitvoeren wanneer er geen aanwijzingen zijn die op een mogelijke verontreiniging duiden²⁹². Bovendien is het in eerste instantie aan de verkoper en niet aan de koper om een bodemonderzoek te laten uitvoeren.

- In de kiem bestaan op het ogenblik van de koop

205. Het volstaat dat een begin van het gebrek aanwezig is op het moment van de koop. Het typevoorbeeld hierbij is de barst in een ondergrondse brandstoftank²⁹³. De barst is niet zichtbaar en ook de gevolgen van het lekken kunnen nog niet worden waargenomen. Dit gebrek zal zich echter verder ontwikkelen en zich pas later vertonen. Op dat moment komt het verborgen gebrek tot uiting en kan de koper alsnog de verkoper tot vrijwaring roepen.
206. De verkoper kan vóór de verkoop zelf aan de koper meedelen welke verontreiniging aanwezig is op het perceel, eventueel aan de hand van een bodemonderzoek. In dit geval zal de verdere evolutie

²⁸⁹ J. DE PAUW, "De overdracht van een risicogrand met een blanco bodemattest", *Notariaat* 2008, nr. 11, (1) 6; F. VAN NUFFEL, "De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen", *TMR* 2005, afl. 6, (614) 617.

²⁹⁰ F. HAUMONT, "La responsabilité environnementale et les cessions d'immeubles: aspects contractuels", *Amén.* 2004, speciaal nummer, (41) 58, nr. 42; J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen in Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, 96; F. VAN NUFFEL, "De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen", *TMR* 2005, afl. 6, (614) 618.

²⁹¹ RvS (7e k.) 6 maart 2008, *TMR* 2008 (verkort), afl. 6, 866.

²⁹² RvS (7e k.) 6 maart 2008, *TMR* 2008 (verkort), afl. 6, 866.

²⁹³ RvS (7e k.) 6 maart 2008, *TMR* 2008 (verkort), afl. 6, 866; Antwerpen 17 januari 2000, *Amén.* 2001, 241 – 244; J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen in Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, 95.

van deze stoffen geen verborgen gebrek meer kunnen uitmaken in de zin van artikel 1641 BW en verder, aangezien de koper redelijkerwijze kan weten dat er bodemverontreiniging aanwezig is²⁹⁴.

Bodemattest

- De verschillende bodemattesten

207. Zowel voor risicogronden als voor niet-risicogronden is het voor de verkoper verplicht een bodemattest aan te vragen bij OVAM²⁹⁵. De inhoud hiervan dient ook in de latere akten te worden opgenomen²⁹⁶. We kunnen vier soorten bodemattesten onderscheiden. Drie daarvan zijn bodemattesten die stellen dat *“er geen gegevens beschikbaar zijn in het register van verontreinigde gronden”*. In het vierde geval wordt de verontreiniging ter kennis gegeven. In de eerste drie gevallen is er geen verontreiniging die aanleiding geeft tot een verplichte sanering.
208. Ten eerste is het mogelijk dat er *“geen gegevens bij de OVAM beschikbaar”* zijn. Dit houdt in dat er tot nog toe geen bodemonderzoek heeft plaatsgevonden. De partijen weten aan de hand van een dergelijk bodemattest niets met betrekking tot de kwaliteit van de bodem²⁹⁷. Hier moeten we wel een onderscheid maken tussen de risicogronden en andere. Hoewel dit blanco bodemattest voor beide kan worden afgeleverd, bestaat er voor de koper van een risicogrond een extra zekerheid. De overdrager van een risicogrond waarvoor vroeger reeds een blanco bodemattest werd afgeleverd, zal toch een bodemonderzoek moeten laten uitvoeren en dit overmaken aan de OVAM²⁹⁸. Zo kent de koper van een risicogrond steeds de kwaliteit van de bodem. Bij niet-risicogronden is de kans op bodemverontreiniging minimaal en mag de koper er dan ook van uitgaan dat er geen verontreiniging in de bodem aanwezig is²⁹⁹.
209. Bij de tweede en derde soort werd reeds een bodemonderzoek uitgevoerd vooraleer het bodemattest wordt afgeleverd. De tweede soort bodemattesten stelt dat *“bij het bodemonderzoek (...) geen overschrijding van de achtergrondwaarden (werd) vastgesteld. (En dat er) niet tot bodemsanering (dient) te worden overgegaan”*. Dit is een zeer goed bodemattest. Na onderzoek is namelijk gebleken dat er geen verontreiniging werd aangetroffen in de bodem³⁰⁰. Tot slot is een

²⁹⁴ J. CEENAEME en M. DEWEIRD, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen in Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, 97.

²⁹⁵ Artikel 101 §1 Bodemdecreet.

²⁹⁶ Artikel 101 §2 en §3 Bodemdecreet.

²⁹⁷ J. CEENAEME, *“Het blanco bodemattest: geen sluitende garantie, wel waardevol”*, *Vastgoed info* 2002, afl. 15, (6) 6.

²⁹⁸ *Supra* randnummer 200; J. DE PAUW, *“De overdracht van een risicogrond met een blanco bodemattest”*, *Notariaat* 2008, nr. 11, (1) 2.

²⁹⁹ J. CEENAEME, *“Het blanco bodemattest: geen sluitende garantie, wel waardevol”*, *Vastgoed info* 2002, afl. 15, (6) 6.

³⁰⁰ J. CEENAEME, *“Het blanco bodemattest: geen sluitende garantie, wel waardevol”*, *Vastgoed info* 2002, afl. 15, (6) 6.

gunstig bodemattest mogelijk met de vermelding dat “bij het bodemonderzoek (...) verhoogde concentraties (werden) vastgesteld (...). (Maar dat er) niet tot bodemsanering (dient) te worden overgegaan”. Hier is de grond reeds licht verontreinigd, maar blijven de opgemeten waarden binnen de wettelijke normen³⁰¹.

210. De vierde mogelijkheid is een negatief bodemattest. Dit vindt inzake de verborgen gebreken minder toepassing aangezien de koper bij de overdracht kennis heeft van de bodemverontreiniging.

- **Relatie tot de verborgen gebreken**

211. Indien een blanco bodemattest wordt afgeleverd, kan de verkrijger van het goed er redelijkerwijze van uitgaan dat het onroerend goed dat het voorwerp uitmaakt van de overeenkomst, niet verontreinigd is in die mate dat er een sanering kan worden opgelegd³⁰². Wanneer de wettelijke bodemsaneringsnormen niet zijn overschreden, zal de verontreiniging normaalgezien geen verborgen gebrek uitmaken³⁰³.

212. De verwerver van een onroerend goed met een gunstig bodemattest mag er dus redelijkerwijze van uitgaan dat hij niet tot sanering zal worden gehouden. Indien bij de latere overdracht blijkt dat door de ontwikkeling van de bodem sanering toch verplicht is, zal hij als eigenaar van het onroerend goed verplicht zijn de sanering uit te voeren³⁰⁴. Er is echter een mogelijkheid geschreven in het Bodemdecreet om aan deze verplichting onderuit te komen³⁰⁵. De eigenaar kan zich binnen één maand op de vrijstelling beroepen³⁰⁶. Hij dient zijn ‘*onschuldigheid*’ aan te tonen³⁰⁷. Hiertoe moet hij kunnen aantonen dat hij geen kennis had van de verontreiniging. Hij zal dit door het blanco bodemattest kunnen staven. Wanneer het verontreinigde goed wordt overgedragen, is de verwerver wel op de hoogte van de verontreinigde toestand van de bodem. Deze nieuwe eigenaar zal verplicht worden te saneren en zal zich niet op de ‘*onschuldigheid*’ kunnen beroepen, ten gevolge van de kennis die hij bij verwerving heeft³⁰⁸.

³⁰¹ J. CEENAEME, “Het blanco bodemattest: geen sluitende garantie, wel waardevol”, *Vastgoed info* 2002, afl. 15, (6) 6 – 7.

³⁰² J. CEENAEME, “Het blanco bodemattest: geen sluitende garantie, wel waardevol”, *Vastgoed info* 2002, afl. 15, (6) 6.

³⁰³ F. HAUMONT, “La responsabilité environnementale et les cessions d’immeubles: aspects contractuels”, *Amén.* 2004, speciaal nummer, (41) 56, nr. 37 ; J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen in Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, 95.

³⁰⁴ Art. 11 Bodemdecreet.

³⁰⁵ Art. 12 §1 Bodemdecreet.

³⁰⁶ J. CEENAEME, “Het blanco bodemattest: geen sluitende garantie, wel waardevol”, *Vastgoed info* 2002, afl. 15, (6) 7.

³⁰⁷ J. CEENAEME, “Het blanco bodemattest: geen sluitende garantie, wel waardevol”, *Vastgoed info* 2002, afl. 15, (6) 7.

³⁰⁸ J. CEENAEME, “Het blanco bodemattest: geen sluitende garantie, wel waardevol”, *Vastgoed info* 2002, afl. 15, (6) 7.

213. Indien door de eigenaar met succes gebruik wordt gemaakt van de vrijstelling tot sanering, kan er geen sprake zijn van een verborgen gebrek. Het voldoet in dat geval namelijk niet aan de kenmerken ten aanzien van de eigenaar. Ten aanzien van de verwerver is de bodemverontreiniging een zichtbaar gebrek. Dus ook hij zal geen succesvolle vordering wegens vrijwaring voor verborgen gebreken kunnen instellen.
214. Indien bij de overdracht niet werd voldaan aan de plichten met betrekking tot het bodemattest kan de verwerver de nietigheid inroepen. Wanneer hij op een later tijdstip alsnog het bodemattest verkrijgt, kan hij zich vanaf dat moment niet langer op de nietigheid beroepen.³⁰⁹
215. Mijn inziens zal de verkrijger van een verontreinigd onroerend goed zich aldus niet snel op de verborgen gebreken beroepen. Er zijn twee situaties denkbaar waarbij dit wel het geval kan zijn. Ten eerste wanneer na de overdracht blijkt dat de grond verontreinigd en er bij overdracht niet het vereiste bodemattest werd afgeleverd. In eerste instantie kan hij op grond van artikel 116 Bodemdecreet de nietigheid van de overeenkomst inroepen, maar eens hij van de verkoper het bodemattest heeft verkregen, kan hij dit niet meer. Zijn enige uitweg is dan nog de vordering wegens vrijwaring voor verborgen gebreken. Zo ook bij de eigenaar van een onroerend goed die bij aankoop een blanco bodemattest heeft gekregen, maar door de evolutie van de bodem toch op een later tijdstip tot sanering wordt verplicht. Indien hij zijn 'onschuldigheid' niet binnen één maand inroept, kan hij zich nog op de leer van de verborgen gebreken beroepen.

4/Vordering

216. De koper heeft een keuzerecht tussen de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris*, aangezien de gemene regel van artikel 1644 BW van toepassing is. Indien de koper kiest voor de *actio quanti minoris* zal de gevorderde prijsvermindering meestal overeenstemmen met de saneringskosten.
217. Overeenkomstig artikel 1645 BW kan de verkoper te kwader trouw bovenop de ontbinding van de overeenkomst dan wel de prijsvermindering, gehouden worden alle schade aan de koper te vergoeden. Terecht houdt de rechtbank van Brussel³¹⁰ in haar arrest van 6 april 2007 rekening met de kennis van de mogelijke gevolgen in hoofde van de verkoper op het moment van de verkoop. *In casu* werd in 2002 een woning met grond verkocht. Er werd een blanco-bodemattest afgeleverd door de OVAM aangezien ze geen gegevens beschikbaar ter beschikking hadden. Bij verbouwwerken in 2003 vonden de kopers van het onroerend goed in de grond brokstukken met asbest. De rechtbank stelt dat de asbestdraailingen in de verharding kennelijk een verborgen gebrek uitmaken. Er diende verder nog besloten worden omtrent de kwade trouw van de verkoper, aangezien in de overeenkomst een exoneratiebeding was ingeschreven. De rechtbank oordeelde dat er geen sprake

³⁰⁹ Art.116 §1, tweede lid, 1° Bodemdecreet vereist namelijk als één van de cumulatieve voorwaarden dat de verwerver intussen niet in het bezit werd gesteld van een recent bodemattest.

³¹⁰ Rb. Brussel (23e k.) 6 april 2007, *TMR* 2008, afl. 3, 342 – 344.

is van kwade trouw in hoofde van de verkoper. In 2002 kon de verkoper volgens de rechtbank nog niet weten dat asbest enig probleem zou opleveren. Ook al hadden ze kennis van de draailingen in de verharding, ze wisten niet dat deze aanwezigheid een gebrek kon uitmaken van het goed.

218. De rechtbank geeft aldus te kennen dat er rekening dient gehouden te worden met drie factoren om de kwade trouw in hoofde van de verkoper aan te tonen. Ten eerste moet er sprake zijn van een gebrek, ten tweede moet de verkoper geweten hebben dat de stoffen zich in het goed bevonden en ten derde moet de koper op de hoogte zijn van de mogelijke schadelijke gevolgen van deze stof wanneer de koopovereenkomst wordt gesloten.

5/Besluit

219. Het Bodemdecreet doet geen afbreuk aan de bepalingen van artikel 1641 BW tot en met 1649 BW. Wanneer de bodemverontreiniging voldoet aan de voorwaarden die in deze artikelen gesteld worden, kan de koper een vordering instellen tegen zijn verkoper wegens vrijwaring voor verborgen gebreken. Indien de rechtbank die bepaalde verontreiniging aanneemt als verborgen gebrek, zal dit resulteren in de ontbinding van de overeenkomst dan wel een prijsvermindering. In het laatste geval zal de prijsvermindering veelal even hoog zijn als de saneringskost.

220. Om aanspraak te maken op een aanvullende schadevergoeding, moet de kwade trouw van de verkoper worden aangetoond. Hiertoe dient de koper aan te tonen dat de verkoper kennis had van de aanwezigheid van de schadelijke stoffen. Daarenboven moet hij ook kunnen aantonen dat de verkoper op het moment van verkoop kennis zou kunnen gehad hebben van de negatieve gevolgen van deze stoffen.

221. De verwerver van een onroerend goed met een gunstig bodemattest mag er redelijkerwijze van uitgaan dat hij niet tot sanering zal worden gehouden. Indien bij de latere overdracht blijkt dat de door de ontwikkeling van de bodem sanering toch verplicht is, zal hij als overdrager van het onroerend goed verplicht zijn de sanering uit te voeren. Hij kan hier onderuit komen door zijn '*onschuldigheid*' aan te tonen. Wanneer dit niet binnen de voorziene termijn van één maand gebeurt, kan hij zich niet meer op deze vrijstelling beroepen. In dat geval zal hij verplicht worden de grond te saneren. Indien hierbij is voldaan aan alle vereisten van artikelen 1641 BW en verder, zal de koper een vordering wegens vrijwaring voor verborgen gebreken kunnen instellen tegen de verkoper.

222. Indien de koper geen bodemattest heeft verkregen, kan hij zich in beroepen op de nietigheid van de koopovereenkomst tot het moment waarop hij van de verkoper het meest recente bodemattest verkrijgt. Indien na de overdracht blijkt dat de grond verontreinigd is, kan dit een verborgen gebrek inhouden die aanspraak kan geven op de ontbinding van de overeenkomst³¹¹ dan wel een prijsvermindering.

³¹¹ Inzake verborgen gebreken gaat het om ontbinding van de overeenkomst. Vooraleer de koper het meest recente bodemattest heeft verkregen, kan de koper op grond van artikel 116 §1, eerste lid Bodemdecreet de nietigheid van de overeenkomst eisen.

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

XII. Verhaal of rechtstreekse vordering ten aanzien van derden

223. Bij verkoop van goederen kunnen ook de voorgaande verkopers tot vrijwaring worden gehouden. Het gaat om de verkopers die hoger staan in de distributie- en productieketen³¹². De vordering tot vrijwaring wegens verborgen gebreken wordt gezien als de bijzaak van de hoofdzaak, met name het goed dat voorwerp uitmaakt van de koopovereenkomst. Overeenkomstig het adagium ‘*accessorium sequitur principale*’³¹³ zal de koper een vordering tot vrijwaring kunnen instellen tegen de voorgaande verkoper. Dit recht hoort namelijk bij het onroerend goed dat de koper heeft gekocht.
224. De vraag is nu of dit ook op onroerende goederen kan worden toegepast. Daar spreken we namelijk niet over een verkoper die “hoger staat in de distributie- of productieketen”. Vooreerst gaan we na wat de situatie is van de verkoper die wordt aangesproken tot vrijwaring voor verborgen gebreken. Kan hij dit verhalen op diens eigen verkoper? Vervolgens willen we ook de situatie bespreken waarin een koper van een onroerend goed een rechtstreekse vordering instelt tegen een andere persoon dan de verkoper met wie hij zelf een overeenkomst heeft gesloten.

A. Regres op de primaire verkoper

225. De verkoper van een onroerend goed kan steeds tot vrijwaring voor verborgen gebreken worden gehouden. Mijn inziens bestaat de mogelijkheid dat de secundaire verkoper zijn (primaire) verkoper in vrijwaring kan roepen op grond van artikel 1641 BW tot 1649 BW³¹⁴. Zo niet, krijgen we een perverse situatie. De verkoper te kwader van een onroerend goed dat met een verborgen gebrek is bezwaard, zou door zijn koper niet meer tot vrijwaring kunnen worden gehouden. Dit lijkt volledig in te gaan tegen de *ratio legis* van de wetgeving. Het doel van de invoering van vrijwaring voor verborgen gebreken was namelijk de koper van een onroerend goed te beschermen. En zeker wanneer de verkoper te kwader trouw is, want dan is zelfs exoneratie niet mogelijk³¹⁵.

³¹² M. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006”, *TPR* 2008, afl. 4, (1526) 1565.

³¹³ Adagium dat stelt dat de bijzaak steeds de hoofdzaak volgt.

³¹⁴ In de praktijk is dit nog niet (vaak) voorgevallen. Nergens in de gepubliceerde rechtspraak vond ik hier iets over terug. Echter, het is een zeer interessante juridische denkpiste wanneer een onroerend goed snel na de eerste verkoop een tweede maal verkocht wordt. Navraag bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Oudenaarde leerde dat deze piste juridisch mogelijk is, doch in de praktijk bij hun weten nog niet was voorgekomen.

³¹⁵ *Supra* randnummer 95 en verder.

226. In het komende deel zal ik mezelf kort in de schoenen van de wetgever stellen. Momenteel bestaat nog geen wetgeving omtrent het regres op de primaire verkoper. Ook de rechtspraak biedt geen soelaas³¹⁶. Daarom ga ik zelf op zoek naar een mogelijke regeling hieromtrent.

1/Voorwaarden

227. Hier moeten echter drie uitermate belangrijke voorwaarden aan verbonden worden. Ten eerste mag de secundaire verkoper geen kennis hebben van het gebrek³¹⁷. Ten tweede moet hij kunnen aantonen dat het gebrek aan alle voorwaarden van een verborgen gebrek voldoet³¹⁸. Tot slot mag in de primaire koopovereenkomst geen clause zijn ingeschreven tot exoneration voor verborgen gebreken³¹⁹. Tenminste niet wanneer de primaire verkoper te goeder trouw is.

228. Wanneer de verkoper kennis heeft van een verborgen gebrek en dit niet aan zijn koper meedeelt is hij te kwader trouw³²⁰. In dat geval is hij steeds gehouden tot vrijwaring. De verkoper te kwader trouw kan zich niet voor vrijwaring van verborgen gebreken exonereren. Naar analogie zal hij ook steeds de eindverantwoordelijke zijn voor het verborgen gebrek. Hij zal het niet kunnen verhalen op een derde. Daarbovenop kunnen we beargumenteren dat de secundaire verkoper met kennis van het gebrek niet binnen de korte termijn zal hebben gehandeld. Het getuigt immers niet van een vordering binnen de korte termijn indien hij als primaire koper kennis krijgt van een verborgen gebrek, daarna het onroerend goed verkoopt en nog later pas³²¹ tegen de primaire verkoper een vordering zal instellen. Daarom pleit ik voor een vereiste van goede trouw om op de primaire verkoper een beroep te kunnen doen.

229. Uiteraard moet aan alle voorwaarden van verborgen gebreken zijn voldaan. Zo niet, kan hij zelf geen vordering instellen ten aanzien van de primaire verkoper op grond van artikelen 1641 BW tot 1649 BW. Deze voorwaarden moeten reeds vervuld zijn bij de primaire verkoop. De grootste problemen zullen zich volgens mij situeren bij twee kenmerken van de vrijwaringsvordering. Vooreerst het in de kiem bestaan van het gebrek op het moment van eigendomsoverdracht. Ten tweede de korte termijn waarbinnen de vordering ingesteld moet worden.

230. Hoe meer tijd er verstrijkt tussen de verkoop en de vordering voor vrijwaring, des te moeilijker wordt het voor de koper om aan te tonen dat het gebrek minstens in de kiem bestond op het ogenblik van de aankoop. Zeker wanneer het goed intussen nogmaals werd doorverkocht, lijkt mij dat een deskundige onontbeerlijk is om dit aan te tonen.

³¹⁶ Zie *supra* de beschrijving in voetnoot bij randnummer 225.

³¹⁷ *Infra* randnummer 228.

³¹⁸ *Infra* randnummer 229.

³¹⁹ *Infra* randnummer 232.

³²⁰ *Supra* randnummer 95.

³²¹ Met name wanneer tegen de primaire koper een vordering wegens vrijwaring voor verborgen gebreken wordt ingesteld als zijnde de secundaire verkoper.

231. Net om deze bewijsproblematiek te voorkomen werd bij artikel 1648 BW de 'korte tijd' ingevoerd³²². Echter, zoals reeds hoger vermeld, bestaat discussie over het vertrekpunt van deze korte termijn³²³. Wanneer de rechter van het standpunt uit gaat dat de termijn begint te lopen bij levering, zal er slechts een waterkansje zijn voor de secundaire verkoper om regres te kunnen uitoefenen op de primaire verkoper. Wanneer hij van mening is dat de termijn vertrekt bij de ontdekking van het verborgen gebrek, maakt hij zijn inziens meer kans. In deze context bestaat een arrest van het Hof van Beroep te Brussel³²⁴. Het Hof diende te beslissen over de vrijwaring voor verborgen gebreken aan een gebouw. Het diende geen regresvordering te beoordelen, dus hieromtrent blijft onduidelijkheid. Doch, in het arrest verwees het Hof naar het belang van de korte termijn. Volgens het Hof dient snel het gebrek te worden geconstateerd en de oorsprong bepaald. Dit met het oog op een eventueel verhaal op zijn eigen verkoper³²⁵.
232. De derde voorwaarde is de afwezigheid van een exoneratieclausule in de verkoopovereenkomst, en dit zowel in de eerste als in de tweede verkoopovereenkomst. Ten minste voor zover de verkoper in kwestie te goeder trouw is. Voor beide overeenkomsten geldt namelijk dat in geval van goede trouw het exoneratiebeding er voor zorgt dat de verkoper in kwestie niet meer kan worden gehouden tot vrijwaring voor verborgen gebreken.

2/Keuzerecht wat betreft de vordering

233. In principe heeft de koper die de vordering instelt wegens vrijwaring voor verborgen gebreken de keuze tussen de *actio redhibitoria* dan wel de *actio quanti minoris*. De situatie van regres ten aanzien van de primaire verkoper door de secundaire verkoper wijkt hier mijn inziens van af.
234. Wanneer de secundaire koper met succes een *actio redhibitoria* heeft ingesteld tegen de secundaire verkoper, kan deze laatste zijn keuzerecht ten aanzien van de primaire verkoper behouden. Welke vordering hij ook instelt, dit raakt niet aan de secundaire overeenkomst, aangezien deze juridisch gezien niet langer bestaat. Anders is het mijn inziens wanneer de secundaire koper een *actio quanti minoris* heeft ingesteld ten aanzien van diens verkoper. De secundaire eigendomsoverdracht blijft dan bestaan. Wanneer de primaire koper met succes een *actio redhibitoria* instelt ten aanzien van zijn verkoper heeft dit ook een weerslag op de eigendom van de secundaire koper. Aangezien de eerste overeenkomst juridisch niet bestaat, is de secundaire verkoper juridisch gezien nooit eigenaar

³²² Brussel (9e k.) 11 oktober 2001, *JT* 2002, 132; Gent (12e k.) 28 mei 2003, *T. Verz.* 2004, afl. 2, 355; E. DE BAERE en S. VEREECKEN, "Over verborgen gebreken en korte termijnen", *TBBR* 2011, afl. 1, 34.

³²³ *Supra* randnummer 68 en verder.

³²⁴ Brussel (9e k.) 11 oktober 2001, *JT* 2002, 132.

³²⁵ Het Hof sluit in haar arrest de mogelijkheid tot verhaal op de primaire verkoper niet uit. Maar dit arrest spreekt niet rechtstreeks een oordeel uit over een ingestelde vordering tegen de primaire verkoper. Daarom kunnen we dit arrest gebruiken om de mogelijkheid te staven, doch niet als voorbeeld van rechtspraak waarbij het werd toegekend.

geweest van het onroerend goed en kon hij er bijgevolg ook niet over beschikken. De tweede eigendomsoverdracht zou dan ongeldig worden.

235. Dit kan niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever. De bescherming inzake verborgen gebreken moeten kopers beschermen, terwijl het bovenstaande net het omgekeerde zou doen. Daarom pleit ik er voor dat de primaire koper een keuzerecht heeft wanneer de secundaire koper de *actio redhibitoria* instelt. Maar hij zou geen keuzerecht mogen krijgen in het geval dat tegen hem een *actio quanti minoris* werd ingesteld.

B. Rechtstreekse vordering

1/Verborgen gebreken

236. De onderverkrijger van een goed kan rechtstreeks een vordering instellen ten aanzien van de oorspronkelijke verkoper³²⁶. Het onroerend goed wordt verkocht met alle rechten en rechtsvorderingen die aan het goed kleven³²⁷: *cum omni causi*. Uiteraard moet dan in hoofde van de oorspronkelijke verkoper voldaan zijn aan alle voorwaarden inzake verborgen gebreken, zoals hoger vermeld³²⁸. De onderverkrijger zal bijgevolg moeten aantonen dat het gebrek reeds in de kiem bestond op het moment dat zijn verkoper het goed heeft aangekocht van de primaire verkoper. Het gebrek moest toen reeds verborgen zijn en dient ook op het ogenblik van de tweede koop nog steeds verborgen zijn. Wat betreft de termijn geldt een uitermate belangrijke voorwaarde. De korte termijn waarbinnen de primaire koper zijn rechtsvordering kon instellen tegen de primaire verkoper mag nog niet verstreken zijn. Er begint geen nieuwe termijn te lopen door de onderverkrijging. Dat zou namelijk de hele *ratio legis* van artikel 1648 BW onderuit halen.

2/Tienjarige aansprakelijkheid en de Wet Breyne

De aannemer of architect

237. De aannemer kan worden aangesproken wegens een gebrek in de bouw op grond van artikel 1792 BW. Deze vordering tot aansprakelijkheid gaat van rechtswege over op de verkrijger van het onroerend goed³²⁹. Deze laatste kan de vordering rechtstreeks uitoefenen. Er is geen tussenkomst van de verkoper vereist³³⁰.

³²⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 211, nr. 186; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 153, nr. 128; J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 174, nr. 402.

³²⁷ A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 153, nr. 128.

³²⁸ *Supra* randnummer 16 en verder;

³²⁹ Bergen 24 februari 1993, *JLMB* 1994, 556.

³³⁰ Cass. 8 juli 1886, *Pas.* 1886, I, 300.

238. Artikelen 1792 BW of 2270 BW bepalen louter de aansprakelijkheid van architecten en aannemers. Ze stellen niet wie deze vordering kan instellen. Een goed wordt steeds verkocht samen met alle rechten en vorderingen die bijzaak zijn van het goed.

239. De contractuele aansprakelijkheid die de architect heeft ten aanzien van zijn bouwheer of bouwpromotor, gaat van rechtswege over op de koper van het gebouw³³¹. Met deze aansprakelijkheidsvorderingen bedoelt de rechtbank van Antwerpen zowel de vorderingen inzake de tienjarige aansprakelijkheid als de algemene contractuele aansprakelijkheid voor de oplevering. Maar ook de vordering op grond van verborgen gebreken na de oplevering³³².

240. Verder gelden dezelfde regels als voor de verkoper van een onroerend goed³³³.

De verkoper

241. De Wet Breyne regelt expliciet de vorderingsmogelijkheden inzake de tienjarige aansprakelijkheid van de bouwpromotor³³⁴ die het onroerend goed verkoopt. Met de 'bouwpromotor' wordt in dit hoofdstuk zowel de promotor-aannemer als de bouwheer-verkoper bedoeld³³⁵. Artikel 6, tweede lid Wet Breyne stelt dat de vrijwaring van de verkoper krachtens artikelen 1792 BW en 2270 BW ook geldt ten aanzien van de achtereenvolgende eigenaars van het huis of appartement. De rechtsovereenkomst kan enkel tegen de oorspronkelijke verkoper worden ingesteld³³⁶. Wie bijgevolg een woning doorverkoopt kan hier niet toe worden gehouden.

242. Zo bijvoorbeeld een woning die via het *sleutel-op-de-deur* systeem werd aangekocht bij bouwonderneming "NV Bouw". De kopers van deze woning – Adelheid en Bart – verkopen het twee jaar later door aan Christian. Christian kan Adelheid en Bart in vrijwaring roepen voor eventuele verborgen gebreken binnen een korte termijn. Hij kan hen niet aanspreken voor wat betreft gebreken die onder het toepassingsgebied van artikelen 1792 BW en 2270 BW vallen. Daartoe kan Christian wel de NV Bouw aanspreken. Zij zullen gedurende tien jaar aansprakelijk blijven ten aanzien van de eigenaar van het onroerend goed. Christian kan rechtstreeks van de NV Bouw vorderen zonder Adelheid en Bart nog in de procedure te betrekken.

³³¹ Rb. Antwerpen (12e k.) 15 januari 2004, *RW* 2007-08, afl. 29, 1207.

³³² Rb. Antwerpen (12e k.) 15 januari 2004, *RW* 2007-08, afl. 29, 1207.

³³³ Zie bijvoorbeeld *infra* randnummer 242.

³³⁴ A. LEMMERLING, "De doorverkoop onder de Wet Breyne", *Notariaat* 2012, afl. 10, 6.

³³⁵ S. BEYAERT, "Aansprakelijkheid van de promotor" in *Onroerend goed in de praktijk*, IV.F.7-4.

³³⁶ Art. 6, tweede lid Wet Breyne ; Rb. Gent 24 juni 2008, *T.App.* 2012 afl.1, 26; A. LEMMERLING, "De doorverkoop onder de Wet Breyne", *Notariaat* 2012, afl. 10, 6.

3/Besluit

243. De kopers van een onroerend goed kunnen niet enkel hun verkoper aanspreken bij gebreken. Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de kopers van een onroerend goed dat tien jaar geleden is gebouwd of minder enerzijds, en de kopers van een vroeger gebouwd onroerend goed anderzijds.
244. Wanneer het onroerend goed ouder is dan tien jaar kan de koper enkel nog vorderen op grond van verborgen gebreken. Hij zal hierbij zijn verkoper in vrijwaring roepen. Deze laatste zal diens verkoper ook in vrijwaring kunnen roepen indien hij kan aantonen dat het verborgen gebrek reeds aan alle voorwaarden voldeed bij die verkoopovereenkomst³³⁷.
245. De koper van een onroerend goed dat jonger is dan tien jaar heeft meer vorderingsmogelijkheden. Vooreerst kan hij ook zijn verkoper aanspreken op grond van verborgen gebreken. Maar daarnaast kan hij ook de aannemer, architect of verkoper aanspreken op grond van de Wet Breyne of artikelen 1792 BW en 2270 BW. Ook wanneer hij niet zelf een overeenkomst heeft gesloten met één van deze voormelde personen. Ze blijven namelijk tien jaar aansprakelijk en dit ook ten aanzien van de onderverkrijgers.

³³⁷ *Supra* randnummer 0.

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

XIII. Vergelijkende studie tussen verborgen gebreken en ...

A. Niet-conforme levering

246. Artikelen 1603 BW en 1635 BW leggen de verkoper drie verplichtingen op. Artikel 1603 BW stelt dat de verkoper gehouden is tot de levering van het door hem verkochte goed en de vrijwaring. Deze tweede plicht – de vrijwaring – wordt in artikel 1625 BW verder onderverdeeld in twee plichten. Enerzijds is er de plicht tot vrijwaring voor uitwinning³³⁸, anderzijds de vrijwaring voor verborgen of koopvernietigende gebreken.

247. Wanneer een koper een onroerend goed koopt dat uiteindelijk een gebrek blijkt in te houden, zou men in eerste instantie kunnen denken dat dit een fout inhoudt betreffende de levering. Maar we moeten een duidelijk onderscheid bewaren tussen de niet-conforme levering en een goed behept met verborgen gebreken³³⁹. Beide hebben andere juridische consequenties³⁴⁰. Het kan immers gebeuren dat een goed in eerste instantie conform de koopovereenkomst lijkt te zijn, maar dat de koper pas achteraf een verborgen gebrek vaststelt.

248. Levering veronderstelt de conformiteit tussen het gekochte goed enerzijds en het geleverde goed anderzijds³⁴¹. Deze conformiteitsvereiste ten laste van de verkoper is een resultaatsverbintenis waarvoor exoneratie enkel mogelijk is indien de verkoper toeval of overmacht kan aantonen³⁴². Aangezien de wetgever niet verder uitwerkt wat onder deze conformiteit valt, draagt de doctrine hier haar steentje bij. TIMMERMANS stelt dat vijf elementen van belang zijn om na te gaan of er is voldaan aan de conformiteitsvereiste: Het goed moet in overeenstemming zijn ...

- 1) ... met het verkochte goed: artikel 1604, eerste lid BW
- 2) ... met de hoedanigheden en eigenschappen van het verkochte goed
- 3) ... met de toebehoren³⁴³

³³⁸ In artikel 1625 verwoord als: “de vrijwaring (...) betreft ten eerste het ongestoord bezit van de verkochte zaak (...)”.

³³⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 198, nr. 172.

³⁴⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 198, nr. 172.

³⁴¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 198, nr. 172.

³⁴² TIMMERMANS, R., *Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed in Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., (XV.F – 356) XV.F – 358.

³⁴³ Zo bijvoorbeeld de bouwplannen, garantiecertificaten, vergunningen, ...

- 4) ... met de overeengekomen oppervlakte indien de verkoop is geschied met de vermelding van de omvang, tegen een bepaalde prijs per maat³⁴⁴: artikel 1617 BW.
- 5) en gezuiverd zijn van alle lasten.

249. Inzake verborgen gebreken is er sprake van een goed dat schijnbaar overeenstemt met hetgeen werd afgesproken in de overeenkomst³⁴⁵. Maar bij of na de levering blijkt dat aan dit goed een verborgen gebrek kleeft. Bij de niet-conforme levering is de situatie enigszins anders. In dat geval wordt namelijk een goed geleverd dat niet overeenstemt met de kenmerken die in de overeenkomst waren opgenomen. Het is niet van de kwaliteit of kwantiteit die verkoper had gegarandeerd of het voldoet niet aan de vereiste eigenschappen³⁴⁶.

B. Vrijwaring voor uitwinning

250. Naast de verplichting het verkochte goed te leveren, is de verkoper ook verplicht het ongestoorde bezit van het verkochte goed te vrijwaren³⁴⁷. Deze vrijwaring dient van de vrijwaring voor verborgen gebreken te worden onderscheiden aangezien de toepasselijke wetsbepalingen verschillen. We sommen kort de grootste verschillen op om duidelijk te maken waarom we beide niet met elkaar mogen verwarren. Eerst geven we weer wat de vrijwaring voor uitwinning inhoudt, opdat de lezer zich hieromtrent een algemeen beeld zou kunnen vormen.

251. De verkoper is van rechtswege verplicht de koper te vrijwaren voor de uitwinning die deze laatste ondergaat op het geheel of op een gedeelte van de verkochte zaak³⁴⁸. De koper moet ook gevrijwaard worden voor de lasten die iemand beweert op die zaak te hebben, en die bij de koop niet zijn opgegeven³⁴⁹. Partijen kunnen hieromtrent vrij overeenkomen deze wettelijke verplichting uit te breiden, te beperken of zelfs uit te sluiten³⁵⁰. Wanneer de vrijwaring door de verkoper beloofd wordt of er wordt hieromtrent niets in de overeenkomst bepaald, geldt artikel 1630 BW. Dit artikel geeft aan de koper het recht om van de verkoper te vorderen: (1°) de teruggave van de prijs, (2°) de teruggave van de vruchten wanneer de koper deze aan de eigenaar dient uit te keren, (3°) de kosten van de vordering tot vrijwaring door de koper ingesteld, en de kosten door de oorspronkelijke eiser gemaakt, (4°) een schadevergoeding en de wettig gemaakte kosten van het contract³⁵¹.

³⁴⁴ Zo denken we bijvoorbeeld aan de verkoop van een stuk landbouwgrond van 50 hectare, voor de prijs van 150 euro/m². Wanneer het perceel 49,5 hectare inhoudt, is de levering niet gebeurd conform de overeengekomen oppervlakte.

³⁴⁵ J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 171, nr. 390.

³⁴⁶ *Supra* randnummer 248; J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 171, nr. 390.

³⁴⁷ *Supra* randnummer 246.

³⁴⁸ Artikel 1626 BW.

³⁴⁹ Artikel 1626 BW.

³⁵⁰ Artikel 1627 BW.

³⁵¹ Opsomming van vorderingsrechten vermeld in artikel 1630 BW.

252. Vooreerst is er een heel groot verschil wat betreft de exoneratie. De verkoper te goeder trouw kan zich in de verkoopovereenkomst exonereren ten aanzien van de vrijwaring voor verborgen gebreken. In dat geval zal hij niet tot vrijwaring gehouden zijn. Dit bespraken we reeds eerder³⁵². Wegens de vrijwaring voor uitwinning kan de verkoper te goeder trouw zich ook exonereren. De gevolgen van deze exoneratie zijn erg verschillend van deze inzake de verborgen gebreken. Hier zal de verkoper sowieso gehouden zijn tot de teruggave van de prijs, tenzij de koper het gevaar van uitwinning heeft gekend bij de koop³⁵³, of het op eigen risico heeft gekocht³⁵⁴. Deze teruggave van de prijs is nergens opgenomen inzake de vrijwaring voor verborgen gebreken³⁵⁵.
253. Sterker nog: de verkoper te goeder trouw dient geen aanvullende schadevergoeding te betalen³⁵⁶ in het geval dat hij ter vrijwaring wordt gehouden voor verborgen gebreken. Zelfs indien er geen exoneratieclausule werd opgenomen in de overeenkomst in zijn voordeel, is dit niet het geval. De verkoper te goeder trouw die in vrijwaring wordt geroepen wegens uitwinning is hier wel toe gehouden.
254. Met betrekking tot de termijn vinden we geen wetsbepaling terug in de artikelen 1626 BW tot en met 1640 BW. In artikel 1639 BW wordt voor alle algemene regels verwezen naar de “*algemene regels bepaald in de titel Contracten of Verbintenissen uit overeenkomst in het algemeen*”. In tegenstelling tot de vordering wegens vrijwaring voor verborgen gebreken hoeft de vordering wegens vrijwaring voor uitwinning dus niet binnen een korte termijn³⁵⁷ te worden ingesteld³⁵⁸.
255. Artikel 1649 BW sluit de gerechtelijke verkopen uit van het toepassingsgebied van de vrijwaring voor verborgen gebreken. De bepalingen inzake vrijwaring voor uitwinning vermelden deze uitzondering niet. Dit verschil maakt duidelijk dat de koper van een goed dat gerechtelijk werd verkocht toch nog de verkoper tot vrijwaring kan roepen voor zover het betrekking heeft op het ongestoord bezit van het verkochte goed³⁵⁹.
256. We kunnen besluiten dat beide vorderingsmogelijkheden voor de koper strikt gescheiden moeten worden. De vrijwaring voor verborgen gebreken heeft betrekking op het verkochte goed zelf dat een

³⁵² *Supra* randnummer 88 en verder.

³⁵³ Gent (1e k.) 28 mei 2009, *T.Aann.* 2009, afl. 3, 244.

³⁵⁴ Artikel 1629 BW.

³⁵⁵ Er bestaat geen gelijkaardige bepaling in art. 1641 – 1649 BW; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 199, nr. 173.

³⁵⁶ Artikelen 1645 en 1646 BW bepalen wanneer er al dan niet aanvullende schadevergoedingen betaald moeten worden.

³⁵⁷ Artikel 1649 BW.

³⁵⁸ J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 172, nr. 393, 3°.

³⁵⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 199, nr. 173.

gebrek bevat. De vrijwaring voor uitwinning daarentegen vindt zijn grond in de rechten die een derde heeft op het verkochte goed³⁶⁰.

C. Wilsgebreken

1/Dwaling

257. Het ligt voor de hand dat er een nauw verwantschap bestaat tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de dwaling³⁶¹. Toch kunnen we een onderscheid maken tussen beide op grond van hun aard en de toepasselijke termijn.

Aard

258. De beide juridische constructies verschillen sterk van elkaar wat betreft hun aard. Bij de dwaling situeert het probleem zich in de fase van de *totstandkoming* van de overeenkomst³⁶². In hoofde van de koper ontbreekt de vereiste toestemming. Hier gaat het om de subjectieve bepalingen van de overeenkomst³⁶³: de koper kocht een ander goed dan dit welke hij meende te kopen³⁶⁴. De vrijwaring voor verborgen gebreken betreft daarentegen de *uitvoering* van de overeenkomst. De overeenkomst is geldig tot stand gekomen, inclusief de vereiste toestemming. Doch, er kleeft een gebrek aan het aangekochte goed dat het nut ervan belemmert³⁶⁵. Hier wordt eerder het economische aspect in rekening gebracht³⁶⁶: de koper kocht het goed dat hij op het oog had, maar dat goed is behept met een gebrek³⁶⁷.

259. Dit onderscheid heeft tot gevolg dat de overeenkomst die aangetast is met de dwaling vernietigbaar is wegens het gebrek aan toestemming³⁶⁸. Daarentegen zijn de sancties inzake verborgen gebreken

³⁶⁰ J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 172, nr. 391.

³⁶¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 195, nr. 170 A.

³⁶² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 197, nr. 171; J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 170, nr. 385; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 153, nr. 129.

³⁶³ J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 170, nr. 385.

³⁶⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 197, nr. 171.

³⁶⁵ A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 153, nr. 129.

³⁶⁶ J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 170, nr. 385.

³⁶⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 197, nr. 171

³⁶⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 197, nr. 171; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 153, nr. 129; J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 170, nr. 387.

van tweeërlei aard³⁶⁹. De koper kan er voor kiezen de overeenkomst te verbreken en de geleverde goederen en gelden te restitueren. Anderzijds kan de koper ook kiezen voor de prijsvermindering. Deze laatste vorderingsmogelijkheid heeft de koper die de dwaling inroep niet.

Toepasselijke termijn

260. Overeenkomstig artikel 1648 BW geldt voor de vordering tot vrijwaring voor verborgen gebreken een korte termijn om deze vordering in te stellen. Voor de vordering tot nietigheid wegens dwaling over de zelfstandigheid van de zaak is daarentegen in artikel 1304 BW, eerste lid³⁷⁰ een termijn van tien jaar ingeschreven. Hoger vermeldden we reeds dat er discussie bestaat omtrent het vertrekpunt van de korte termijn met betrekking tot verborgen gebreken³⁷¹. Daarentegen wordt het vertrekpunt bij dwaling duidelijk in het tweede lid van artikel 1304 BW vermeld. De dag waarop de dwaling wordt ontdekt is de start van de tienjarige termijn.
261. De reden van deze verschillende termijnen kunnen we volgens KLUYSKENS vinden in het ogenblik van het ontstaan van de dwaling, dan wel het verborgen gebrek. Een gebrek kan nog ontstaan na de verkoop en de levering. De dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak daarentegen zal steeds bij de totstandkoming van de koop plaatsvinden³⁷². Er is dan ook geen reden om een korte termijn in te voeren bij dwaling uit angst dat de bewijsvoering wordt bemoeilijkt.

2/Bedrog

262. We dienen een duidelijk onderscheid te maken tussen dwaling, verborgen gebreken en bedrog.
263. Bedrog is niet geheel hetzelfde als de dwaling. Net als bij dwaling bestaat bij bedrog een gebrek aan toestemming in hoofde van de koper³⁷³. Maar de reden waarom er geen geldige toestemming is, verschilt. Bij dwaling kocht de koper een ander goed dan hij meende te kopen. Bedrog gaat nog iets verder. De koper koopt een goed ten gevolge van het malafide handelen van de verkoper³⁷⁴. Zonder de kwade trouw van de verkoper had hij de koop niet gesloten.

³⁶⁹ *Supra* randnummer 42 en verder; J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 171, nr. 387.

³⁷⁰ Art. 1304 BW stelt: *“In alle gevallen waarin de rechtsvordering tot nietigverklaring of tot vernietiging van een overeenkomst niet door een bijzondere wet tot een kortere tijd is beperkt, duurt deze rechtsvordering tien jaren.*

In geval van geweld begint deze tijd eerst te lopen van de dag waarop dit heeft opgehouden en, in geval van dwaling of van bedrog, van de dag waarop deze zijn ontdekt.”

³⁷¹ *Supra* randnummer 68 en verder.

³⁷² A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 153, nr. 129.

³⁷³ J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 170, nr. 385.

³⁷⁴ J. LIMPENS, *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 170, nr. 385.

264. Voor de verdere bespreking van wat betreft de vergelijking tussen bedrog en verborgen gebreken verwijzen we terug naar het vorige onderdeel waar de dwaling werd besproken³⁷⁵. Het bedrog loopt namelijk gelijk met de dwaling voor wat het overige betreft.

D. Verborgen gebreken in Frankrijk

1/Wetgeving

265. Ons Burgerlijk Wetboek en de Code Civil van Frankrijk lopen nog steeds grotendeels gelijk. Dit valt eenvoudig te verklaren door de gemeenschappelijke basis waarvan beide samen zijn vertrokken: de Code Napoléon. Gedurende de loop der jaren, zijn de verschillende wetboeken evenwel anders gaan evolueren. In de Franse Code Civil vinden we drie artikelen terug die niet meer honderd procent overeenstemmen met onze wettekst³⁷⁶. De eerste wijziging aan de artikelen met betrekking tot de verborgen gebreken kwam er in Frankrijk reeds in 1967. Artikel 2 wet van 3 januari met betrekking tot de verkoop van onroerende goederen³⁷⁷ voerde twee nieuwe artikelen in. Artikel 1642-1 en 1646-1 van de Franse Code civil. De tweede aanpassing kwam er door de wet van 25 maart 2009³⁷⁸. Artikel 109 van deze wet heeft de artikelen 1642-1 en 1648 van de Franse Code Civil aangepast naar hun huidige vorm.

2/Bespreking

Woningbouw

266. Artikelen 1642-1 en 1646-1 Franse Code Civil werden ingevoerd om de vrijwaring voor verborgen gebreken te regelen inzake woningbouw³⁷⁹. De woningbouw in Frankrijk wordt in nieuwe artikelen geregeld die werden toegevoegd aan het stuk waar het toe behoort. In tegenstelling tot het Belgische recht³⁸⁰ waar verschillende aspecten van de woningbouw samen in een aparte wetgeving werden geregeld, weg van de algemene regels omtrent bijvoorbeeld verborgen gebreken.

267. Artikel 1642-1 Franse Code Civil stelt terzake dat: *“Le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la*

³⁷⁵ *Supra* randnummer 257 en verder.

³⁷⁶ Bijlage 1 geeft een schematisch overzicht weer van de wetsartikelen inzake verborgen gebreken in België en in Frankrijk. Om de vergelijking nog duidelijker te maken, heb ik ervoor geopteerd te werken met de Franstalige versie van ons Belgisch Burgerlijk Wetboek.

³⁷⁷ Loi du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction, www.legifrance.gouv.fr.

³⁷⁸ Loi du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, www.legifrance.gouv.fr.

³⁷⁹ J. HUET, *Traité de droit civil*, Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 2001, 272, nr. 11 311.

³⁸⁰ In België kennen we de 'Woningbouwwet' of 'Wet Breyne': *Supra* randnummer 154 en verder.

prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction ou des défauts de conformité alors apparents.

Il n'y aura pas lieu à résolution du contrat ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer“.

268. Dit artikel regelt de specifieke afwijking op artikel 1642 Code Civil voor wat de woningbouw betreft. In artikel 1642 Code Civil wordt gesteld dat de verkoper niet aansprakelijk kan worden gesteld voor zichtbare gebreken³⁸¹. Inzake woningbouw zal de verkoper de eerste maand te rekenen vanaf de verkrijging toch aansprakelijk zijn voor bepaalde zichtbare gebreken. Ook de sanctie voor deze gebreken is verschillend. De gewone regeling van vrijwaring voor verborgen gebreken geeft de koper de mogelijkheid de ontbinding te eisen dan wel een prijsvermindering. Inzake woningbouw voert artikel 1642-1 Franse Code Civil nog een andere mogelijkheid in. De verkoper kan zich er toe verbinden de gebreken te herstellen. In dat geval bestaat er niet langer een reden tot ontbinding of prijsvermindering.
269. De tweede aanpassing inzake woningbouw lezen we in artikel 1646-1 Franse Code Civil. Hier wordt bepaald: *“Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code.*
Ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble.
Il n'y aura pas lieu à résolution de la vente ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer les dommages définis aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2 du présent code et à assumer la garantie prévue à l'article 1792-3“.
270. Het eerste lid van bovenvermeld artikel koppelt terug naar de artikelen 1792 tot 1792-3 Franse Code Civil. Deze laatste handelen over de aansprakelijkheid van de *“constructeur de l'ouvrage”*³⁸² tegenover de bouwheer of de koper van het onroerend goed. Artikel 1646-1 bereidt deze aansprakelijkheid uit naar de verkoper van een te bouwen onroerend goed. Dit stemt overeen met ons artikel 6, eerste lid Wet Breyne.
271. Verder staat in artikel 1646-1 Franse Code Civil de mogelijkheid ingeschreven voor de verkoper om te ontsnappen aan de vordering tot ontbinding of prijsvermindering. De koper heeft hier immers geen reden meer toe, wanneer de verkoper zich ertoe verbindt de gebreken te herstellen³⁸³.

³⁸¹ Zichtbare gebreken of gebreken die de koper redelijkerwijze had kunnen ontdekken: *“des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même”*.

³⁸² In artikel 1792-1 Franse Code Civil wordt uitgelegd wat onder de *“constructeur de l'ouvrage”* wordt verstaan. Het zijn drie categorieën:

1. Elke architect, aannemer, ingenieur of andere persoon die contractueel verbonden is tot de bouwheer
2. Elke persoon die na voltooiing het onroerend goed verkoopt dat hij heeft gebouwd of laten bouwen
3. Elke persoon die handelingen uitvoert, vergelijkbaar met huur van werk, als mandataris van de eigenaar van de bouwwerken. (vrije vertaling artikel 1792-1 Franse Code Civil).

³⁸³ Art. 1792-3, derde lid Franse Code Civil.

272. Wat betreft de tienjarige aansprakelijkheid³⁸⁴ bestaat ook een bepaling in Frankrijk. Artikel 2270 Franse Code Civil stelt dat architecten, aannemers en andere personen die contractueel verbonden zijn tot de projectontwikkelaar pas ontslagen zijn van hun aansprakelijkheid tegenover de koper na verloop van tien jaar in het geval van grote werkzaamheden. Voor kleine werkzaamheden is dit reeds na verloop van twee jaar.

Korte termijn

273. Van 1803 tot 2009 werd in Frankrijk aangenomen dat de koper van een goed met verborgen gebreken binnen korte termijn zijn vordering moest instellen. In Frankrijk heeft dit net als in België tot veel moeilijkheden geleid³⁸⁵. Hoe lang duurt deze lange termijn? Vanaf welk vertrekpunt moeten we de 'korte termijn' beoordelen? Wat doen minnelijke onderhandelingen of tussentijdse vorderingen met deze korte termijn? Al deze vragen worden in het oorspronkelijke artikel 1648 Code Civil niet beantwoord. Daarom dient de rechtspraak en rechtsleer dit te beoordelen. Maar dan ontstaan meningsverschillen³⁸⁶.

274. De Franse wetgever heeft dit probleem willen oplossen door op wetgevend vlak in te grijpen. Het artikel 1648 Code Civil werd aangepast en uitgebreid. De aanpassing houdt in dat de 'korte termijn' vervangen werd door een termijn van twee jaar. De korte duur blijft aldus behouden, maar hij wordt duidelijk vastgelegd. De koper moet aldus binnen deze termijn van twee jaar de vordering instellen wegens vrijwaring voor verborgen gebreken. Deze termijn begint te lopen op het moment dat de koper het gebrek ontdekt³⁸⁷.

275. Het tweede lid van het Franse artikel 1648 Code Civil, voert een aparte vervaltermijn³⁸⁸ in voor wat betreft woningbouw. Deze termijn heeft een duur van amper één jaar. Ook het vertrekpunt verschilt. De vordering moet ingesteld worden binnen het jaar vanaf de datum waarop de verkoper niet meer aansprakelijk kan worden gesteld voor zichtbare gebreken of niet-conforme levering.

³⁸⁴ Zoals we ze in België kennen onder artikel 1792 BW *iuncto* 2270 BW. Zie hieromtrent ook *supra* randnummer 154 en verder.

³⁸⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2011, 165, nr. 365.

³⁸⁶ *Supra* randnummers 66 tot 75.

³⁸⁷ Artikel 1648, eerste lid *in fine* Franse Code Civil.

³⁸⁸ Artikel 1648, tweede lid Franse Code Civil bepaalt namelijk dat de vordering moet worden ingesteld "*à peine de forclusion*".

Bewijslast

276. De bewijsvoering in Frankrijk houdt een evenwichtsoefening in tussen de bewijslast ten laste van de verkoper en deze ten laste van de koper³⁸⁹. De vorderende koper dient aan te tonen dat het gebrek voldoet aan drie voorwaarden. Het gaat om de voorwaarden die vereist zijn om een vordering wegens vrijwaring voor verborgen gebreken te kunnen instellen. Ten eerste dient hij het bestaan van het gebrek aan te tonen. Vervolgens ook dat dit gebrek reeds bestond bij het sluiten van de koopovereenkomst. Tot slot zal hij de kwade trouw van de verkoper moeten aantonen indien hij aanspraak wil kunnen maken op de bijkomende schadevergoeding bij vordering tot ontbinding. Dit loopt gelijk met de opvattingen naar Belgisch recht.
277. De verkoper die tot vrijwaring wordt aangesproken heeft twee mogelijkheden om tegen de vordering in te gaan. Ten eerste kan hij trachten aan te tonen dat de wettelijke termijn van twee jaar verstreken is. Aangezien dit een vervaltermijn is, zal de vordering onontvankelijk zijn indien ze laattijdig werd ingesteld. Hier wordt de rechtlijnigheid van de tweejarige termijn duidelijk. De verkoper zal de rechter er niet van moeten *overtuigen* dat de koper toch wel wat lang heeft gewacht om de vordering in stellen³⁹⁰. De beoordelingsgrond voor de termijn is geobjectiveerd door de invoering van de vaste termijn. De partijen in Frankrijk hebben bijgevolg meer rechtszekerheid. Ten tweede dient de verkoper aan te tonen dat het goed reeds zichtbaar was, tenminste indien de koper geen professioneel is³⁹¹. Op de professionele koper rust namelijk een vermoeden dat hij het gebrek reeds kende bij aankoop³⁹². Er wordt in Frankrijk inzake de bewijslast een onderscheid gemaakt voor zover de koper al dan niet een professioneel koper is. In Frankrijk dient men dus rekening te houden met de hoedanigheid van de verkoper, zowel als die van de koper.

³⁸⁹ A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2011, 168, nr. 367.

³⁹⁰ Zoals dat in België nog steeds het geval is.

³⁹¹ A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2011, 168, nr. 367.

³⁹² A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2011, 163, nr. 362.

XIV. Strafrechtelijke sancties

278. Boven op de reeds besproken burgerlijke sancties is het bovendien mogelijk dat de verkoper strafrechtelijk zal gesanctioneerd worden. Artikel 498 Sw.³⁹³ stelt dat de verkoper die niet levert wat de koper meent te kopen, hiervoor gestraft kan worden.
279. In het eerste lid van artikel 498 Sw. wordt gesproken over “*hij die de koper bedriegt*”. De verkoper te goeder trouw die tot vrijwaring wordt gehouden zal dientengevolge geen strafrechtelijke sanctie boven het hoofd hangen. Het moet dus gaan over een situatie waar de verkoper met een bedrieglijk opzet de koper heeft misleid. Toch gaat het hier volgens DE PAGE ook over de situatie van verborgen gebreken en niet louter omtrent de situatie van verkoop met het wilsgebrek ‘bedrog’³⁹⁴.
280. De strafbepalingen worden beperkt tot twee soorten gebreken. De eerste is het leveren van een andere zaak dan deze die in de overeenkomst werd bepaald. Vervolgens is ook de situatie strafbaar waar de verkoper met betrekking tot de aard of oorsprong van het goed een goed verkoopt dat schijnbaar hetzelfde is als datgene wat de koper meende te kopen.

³⁹³ Art. 498 Sw.: “Met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van vijftig [euro] tot duizend [euro] of met een van die straffen alleen wordt gestraft hij die de koper bedriegt :

Omtrent de identiteit van de verkochte zaak, door bedrieglijk een andere zaak te leveren dan het bepaalde voorwerp waarop de overeenkomst slaat;

Omtrent de aard of de oorsprong van de verkochte zaak, door een zaak te verkopen of te leveren, die in schijn gelijk is aan die welke hij heeft gekocht of heeft gemeen te kopen.”

³⁹⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 212, nr. 188.

XV. Conclusie

A. Korte samenvatting

282. Hopelijk valt het nooit voor, maar de meesten onder ons zullen wellicht toch ooit te maken krijgen met verborgen gebreken bij handelingen betreffende vastgoed. Misschien rechtstreeks bij de aankoop of verkoop van een onroerend goed, hetzij eerder onrechtstreeks. Er zal immers jammer genoeg steeds een broer, zus, vriend, vriendin, nonkel of tante zijn die als koper, dan wel als verkoper met deze narigheid wordt geconfronteerd. Vocht in de muren, een bouwovertreiding, verontreinigde grond, ... waar men bij de aankoop niets van afwist, is een zware opdoffer bij dergelijk financieel zware transacties. Weten wanneer je hier iets kan aan doen, tegen wie je een vordering kan instellen en hoe dat allemaal in het werk gaat, is niet enkel voor een jurist interessant te weten.
283. De verkoper heeft twee vrijwaringsplichten ten aanzien van de koper op grond van artikel 1625 BW. Enerzijds het ongestoord bezit van de verkochte zaak vrijwaren en anderzijds het vrijwaren voor verborgen of koopvernietigende gebreken. De eerste, vrijwaring voor uitwinning, wordt geregeld in de artikelen 1626 BW tot en met 1640 BW. De tweede, vrijwaring voor verborgen gebreken, wordt geregeld in de artikelen 1641 BW tot en met 1649 BW. Deze laatste negen artikelen zijn van uitermate groot belang bij het bespreken van de verborgen gebreken bij vastgoed.
284. Opdat een onvolmaaktheid van het geleverde onroerend goed een verborgen gebrek zou uitmaken, moet voldaan zijn aan een aantal voorwaarden. Vooreerst dient het uiteraard te gaan om een gebrek. Er zal sprake zijn van een intrinsiek gebrek wanneer het onroerend goed een afwijkend kenmerk bevat dat niet inherent is aan de zaak zelf en niet door normale slijtage is ontstaan. Het gebrek kan ook functioneel zijn. Dit houdt in dat het onroerend goed vrij is van elk intrinsiek gebrek, maar dat het niet kan worden bestemd tot hetgeen de koper zich had voorgenomen.
285. Vervolgens dient het gebrek een verborgen karakter te hebben. Een zichtbaar gebrek wordt namelijk van de regeling uitgesloten door artikel 1642 BW. Het gebrek zal slechts *verborgen* zijn indien het bij een normaal doch aandachtig onderzoek door de koper niet kon worden waargenomen. Ten derde dient het onroerend goed ten gevolge van het gebrek ongeschikt te zijn voor het gebruik waartoe de koper ze bestemt. Of ze dient het gebruik zodanig te verminderen dat de koper het goed niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht. Hierbij wordt rekening gehouden met de bestemming die de verkoper redelijkerwijze kon vermoeden. Echter, wanneer de koper een specifieke bestemmingswens meedeelt aan de verkoper, dient deze laatste met de specifieke bestemming rekening te houden. Ten vierde dient het verborgen gebrek voldoende ernstig en belangrijk te zijn. Tot slot moet het verborgen gebrek reeds in de kiem hebben bestaan op het ogenblik dat het onroerend goed wordt overgedragen.
286. De koper van een onroerend goed dat behept is met een verborgen gebrek zal de verkoper kunnen aanspreken tot vrijwaring voor verborgen gebreken op grond van artikel 1625 *iuncto* 1641 BW. De

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

vordering dient binnen een korte termijn te worden ingesteld (artikel 1648 BW), maar voorafgaande minnelijke onderhandelingen worden wel toegelaten. "*Actori incumbit probatio. Reus in exiundo fit actor*" is een algemeen adagium dat ook inzake verborgen gebreken van toepassing is. Het stelt dat de koper als eiser de bewijslast zal dragen van de door hem ingeroepen eis. De verkoper zal als verweerder de bewijslast van zijn verweer dragen.

287. De verkoper te goeder trouw kan in de koopovereenkomst een clause inlassen die hem ontslaat van zijn vrijwaringsplicht. Maar in dit kader is het gepast de lezer te wijzen op het weerlegbaar vermoeden van kwade trouw dat rust op een professioneel verkoper.

288. De verkoper is aldus de hoofdverantwoordelijke. Naast de mogelijkheid zich te exonereren, is er nog een tweede mogelijkheid die de verkoper kan verlossen. De (secundaire) verkoper kan zijn eigen (primaire) verkoper in vrijwaring roepen voor de verborgen gebreken. Bij de primaire koopovereenkomst moet reeds aan alle voorwaarden voor verborgen gebreken zijn voldaan. De bewijsvoering zal echter moeizamer verlopen door de verloop van de tijd. Daarbij denken we voornamelijk aan het bewijs dat het gebrek reeds in de kiem bestond bij de primaire aankoop.

289. We hebben twee specifieke situaties besproken die een verborgen gebrek kunnen uitmaken: de bouwovertreiding en het verplicht archeologisch onderzoek. Daarnaast kwamen ook drie specifieke situaties aan bod van wettelijke bepalingen waar de leer van de verborgen gebreken zeer nauw mee verweven is. Met name de tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten, de Wet Breyne en het Bodemdecreet. De behandeling van deze bepalingen is onontbeerlijk in de bespreking van de verborgen gebreken bij onroerende goederen.

290. Bouwovertreiding. Onder de bouwmisdrijven dienen we goed het onderscheid te bewaren tussen de aflopende misdrijven en de voortdurende misdrijven. Aflopende misdrijven doen zich voor op een bepaald ogenblik, ongeacht of het misdrijf verdere gevolgen heeft. Dit is bijvoorbeeld het oprichten van een woning zonder bouwvergunning. Bij voortdurende misdrijven wordt de instandhouding van een strafbare toestand strafbaar gesteld. Zo bijvoorbeeld de instandhouding van een niet-vergunde constructie in ruimtelijk kwetsbaar gebied. Het misdrijf is pas voltooid wanneer de constructie wordt afgebroken. De bouwovertreiding verjaart zowel strafrechtelijk als burgerrechtelijk na verloop van vijf jaar te rekenen vanaf de voltooiing van het misdrijf. Strafrechtelijk zal de koper enkel kunnen aangesproken worden voor een instandhoudingsmisdrijf dat hij zelf pleegt. Indien de termijn van vijf jaar sinds de voltooiing nog niet is verstreken, kan de koper wel burgerrechtelijk aangesproken worden. Hij kan dan verplicht worden om de constructie te herstellen in de oorspronkelijke staat. Indien deze herstellvordering tegen de koper wordt ingesteld, zal hij zeker kunnen aantonen dat het gaat om een verborgen gebrek aan het onroerend goed indien hij geen voorafgaande kennis had van de overtreiding. In andere gevallen zal hij ook kunnen trachten de verkoper in vrijwaring te roepen voor het verborgen gebrek. Maar dan zal het lastiger worden om aan te tonen dat de bouwovertreiding voldoet aan alle voorwaarden om van een verborgen gebrek te spreken.

291. Verplicht archeologisch onderzoek. Ingevolgde het '*Decreet Archeologisch Patrimonium*' kan de Vlaamse regering in bepaalde gevallen een verplicht archeologisch onderzoek opleggen aan de

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

eigenaar van een goed. Dit onderzoek gebeurt ten laste van de eigenaar en kan voor deze laatste heel wat hinder veroorzaken. Wie schade ondervindt door deze reglementering kan hier overeenkomstig artikel 10 van het decreet archeologisch patrimonium schadevergoeding voor vragen. Deze schadevergoeding wordt echter slechts in een beperkt aantal gevallen toegekend. De schadelijder kan als koper van het goed trachten de overige kosten op de verkoper te verhalen op grond van artikel 1641 BW en verder.

292. Tienjarige aansprakelijkheid voor aannemers en architecten. De artikelen 1792 BW en 2270 BW leggen aan de aannemer en architect van een constructie een verhoogde aansprakelijkheid op. Deze tienjarige aansprakelijkheid geldt onverkort de regeling omtrent verborgen gebreken. De aannemer en architect blijven tot tien jaar na de definitieve oplevering aansprakelijk voor het geheel of gedeeltelijk tenietgaan van de constructie (artikel 1792 BW). Volgens het Hof van Cassatie kunnen zowel de aannemer als de architect gedurende deze tien jaar ook aangesproken worden voor lichte verborgen gebreken op grond van artikel 1792 BW. Wanneer het gebouw nieuw werd geplaatst, is er aldus een verhoogde aansprakelijkheid wat verborgen gebreken betreft. Indien de ernst en ongeschiktheid kan worden aangetoond, kan de koper terugvallen op artikelen 1641 BW en verder. Wanneer het gaat om een licht verborgen gebrek, kan hij artikel 1792 BW invoeren.

293. Wet Breyne. De Wet Breyne, ook wel gekend als de 'Woningbouwwet' is van toepassing op te bouwen of in aanbouw zijnde woningen. De wet biedt een bijkomende bescherming aan de koper. De regelen van het Burgerlijk Wetboek blijven gelden, voor zover de Wet Breyne er niet van afwijkt. Ingevolge artikel 6, eerste lid Wet Breyne wordt de tienjarige aansprakelijkheid van artikelen 1792 *iuncto* 2270 BW ook van toepassing gemaakt op de verkoper van een te bouwen of in aanbouw zijnde woning. De uitbreiding *ratione materiae* geldt hier bijgevolg ook. Bovendien geldt dit volgens de Wet Breyne op de verkoper, zodat het ook een uitbreiding *ratione personae* inhoudt.

294. Bodemdecreet. In het Bodemdecreet wordt het bodemattest verplicht gesteld bij de overdracht van onroerende goederen. Dit bodemattest kan een nuttig middel zijn bij het beoordelen van de vrijwaring voor verborgen gebreken. De koper van een onroerend goed waarvoor een negatief bodemattest wordt verstrekt, zal het verborgen karakter van de verontreiniging niet kunnen invoeren. Het inhoud van het bodemattest wordt namelijk opgenomen in de koopovereenkomst en de kennis in hoofde van de koper is bijgevolg een feit. De koper van een onroerend goed waarvoor een blanco of gunstig bodemattest wordt verstrekt, mag er redelijkerwijs van uitgaan dat de bodem niet of niet ernstig verontreinigd is. Wanneer blijkt dat later toch sanering nodig is, zonder dat deze verontreiniging te wijten is aan de koper zelf, kan het bodemattest het gebrek aan kennis in hoofde van de koper aantonen. De koper krijgt ingevolge het Bodemdecreet een maand de tijd zijn *onschuldigheid* aan te tonen zodat hijzelf niet tot sanering kan worden verplicht. Wanneer hij dit niet tijdig doet, moet hij tot sanering overgaan. In dat geval kan hij een vordering instellen tegen zijn verkoper wegens vrijwaring voor verborgen gebreken.

295. Tot slot willen we de lezer nog duiden op het onderscheid tussen enerzijds de vrijwaring voor verborgen gebreken en anderzijds de vrijwaring voor uitwinning, de niet-conforme levering, de dwaling of het bedrog. We geven kort steeds het grootste verschil weer.

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

296. Vrijwaring voor uitwinning. De vrijwaring voor uitwinning heeft betrekking op de rechten die een derde heeft op het verkochte goed. De vrijwaring voor verborgen gebreken daarentegen heeft betrekking op gebreken van het verkochte goed zelf.
297. Niet-conforme levering. De verkoop van een goed vereist een conforme levering. Indien er echter een goed wordt geleverd dat niet overeenstemt met hetgeen werd afgesproken in de overeenkomst, is er sprake van niet-conforme levering. Bijvoorbeeld de verkoop van een woning op een verkeerd adres. De koper meent dat hij een woning koopt te Dorpsstraat 1, maar eigenlijk is het de woning gelegen te Dorpsstraat 11. Bij verborgen gebreken is er wel sprake van een conforme levering, maar blijkt achteraf dat het aangekochte goed een verborgen gebrek bevat. De woning die wordt 'geleverd' is deze die in de overeenkomst is beschreven, maar er zit bijvoorbeeld vocht in de muren en dat is bij levering nog niet zichtbaar.
298. Dwaling. De dwaling situeert zich op het ogenblik van de *totstandkoming* van de overeenkomst. De toestemming van de koper ontbreekt. Bij de vrijwaring voor verborgen gebreken daarentegen is de overeenkomst geldig tot stand gekomen zonder wilsgebreken. De problematiek situeert zich hier in de fase van *uitvoering* van de overeenkomst.
299. Bedrog. Inzake bedrog is er ook sprake van een wilsgebrek op het ogenblik van de *totstandkoming* van de overeenkomst. De koper heeft de overeenkomst gesloten ten gevolge het malafide handelen van de verkoper. Zoals ook *supra* vermeld, situeert de problematiek van vrijwaring voor verborgen gebreken zich in de *uitvoeringsfase*.

B. Algemeen besluit

300. De regelen omtrent de verborgen gebreken inzake verkoop vinden we in de artikelen 1641 BW tot en met 1649 BW. Het risico voor verborgen gebreken wordt gedragen door de verkoper van het onroerend goed. Hij kan zich hiervoor exonereren, maar enkel indien hij te goeder trouw handelt. Indien de verkoper te kwader trouw handelt, is hij bovendien gehouden tot een aanvullende schadevergoeding. Deze kwade trouw wordt bovendien vermoed te bestaan in hoofde van de professionele verkoper.
301. De koper van een onroerend goed dat een verborgen gebrek bevat, kan zelf de keuze maken een vordering in te stellen tot ontbinding van de overeenkomst (*actio redhibitoria*) dan wel tot de betaling van een prijsvermindering (*actio aestimatoria*, ook wel *actio quanti minoris* genaamd). Het is bovendien mogelijk dat de voorgaande (primaire) verkoper tot vrijwaring gehouden wordt op grond van de artikelen inzake vrijwaring voor verborgen gebreken. Dit kan echter enkel voor zover reeds aan alle voorwaarden is voldaan om van een verborgen gebrek te kunnen spreken, inclusief het (in de kiem) bestaan op het ogenblik van verkoop.

XVI. Bibliografie

A. Wetgeving

Europees

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden, 4 november 1950, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/655FDBCF-1D46-4B36-9DAB-99F4CB59863C/0/Convention_NLD.pdf.

Nationaal (België)

Wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, *BS* 11 september 1971, 10 442.

Wet van 3 mei 1993 tot wijziging van de wet van 9 juli 1971 tot regeling van woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, *BS* 19 juni 1993, 14 999.

Wet van 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *BS* 17 juni 1998, 23 544.

Wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen, *BS* 21 september 2004, 68 384.

KB van 21 oktober 1971 houdende uitvoering van de wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijde woningen, *BS* 4 november 1971, 88 888.

Gewestelijk (Vlaams)

Decr. VI. 30 juni 1993 houdende bescherming van het archeologisch patrimonium, *BS* 15 september 1993, 20 414.

Decr. VI. 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering, *BS* 29 april 1995, *erratum BS* 3 oktober 1995.

Decr. VI. 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, *BS* 8 juni 1999, 21 001.

Decr. VI. 4 juni 2003 houdende wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, wat het handhavingsbeleid betreft, *BS* 22 augustus 2003, 41 651.

Decr. VI. 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, *BS* 22 januari 2007, 2579, *erratum BS* 20 februari 2007, 8236.

Vlaamse codex ruimtelijke ordening van 15 mei 2009, *BS* 20 augustus 2009, 54 890.

B.VI.Reg. 14 december 2007 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, *BS* 22 april 2008, 21 354.

Frankrijk

Loi du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, www.legifrance.gouv.fr.

B. Rechtspraak

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 27 november 2007, nr. 21861/03, Hamer/België, hudoc.echr.coe.int.

Grondwettelijk Hof (of Arbitragehof voor de arresten tot 7 mei 2007)

Arbitragehof 22 juli 2004, nr 2004/136, *NJW* 2004, afl. 90, 1274 – 1277.

Arbitragehof 19 januari 2005, nr. 2005/15, *NJW* 2005, afl. 101, 224 – 227 (verkort).

GwH 29 juli 2010, nr. 94/2010, *BS* 25 oktober 2010, 63 234.

Hof van Cassatie

Cass. 14 januari 1841, *Pas.* 1841, I, 135.

Cass. 8 juli 1886, *Pas.* 1886, I, 300.

Cass. 4 mei 1939, *Pas.* 1939, I, 223.

Cass. 3 april 1959, *Pas.* 1959, I, 773.

Cass. 13 november 1959, *RW* 1959-60, 1445.

Cass. 18 mei 1961, *Pas.* 1961, I, 1006.

Cass. 17 oktober 1968, *Pas.* 1969, I, 181.

Cass. 6 oktober 1972, *Pas.* 1973, I, 139.

Cass. 18 oktober 1973, *Arr.Cass.* 1974, 201.

Cass. 3 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 989; *Pas.* 1974, I, 914.

Cass. 29 maart 1976, *Pas.* 1976, I, 832.

Cass.4 maart 1977, *RW* 1976-77, 2431.

Cass. 6 mei 1977, *Arr.Cass.* 1977, 915.

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

Cass. 28 februari 1980, *RW* 1980-81, 2319.

Cass. 18 november 1983, *RW* 1984-85, 47.

Cass. 23 maart 1984, *Bull.* 1984, 867.

Cass. 21 juni 1984, *T.Aann.* 1997, 323.

Cass. 25 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 270.

Cass. 29 januari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 693.

Cass. 8 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1000.

Cass. 19 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 840.

Cass. 18 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, afl. 8, 1721.

Cass. 10 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, afl. 10, 1839.

Cass. (1e k.) 29 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 1, 149.

Cass. 23 november 2004, *NJW* 2005, afl. 101, 227 (verkort).

Cass. 2 februari 2006, *Arr.Cass.* 2006, afl. 2, 264.

Cass. (1e k.) 18 mei 2006, *NJW* 2006, afl. 146, 608, concl. OM, noot VANHOVE, K; *RW* 2007-08, afl. 4, 147, concl. DUBRUELLE, G., noot CARETTE, N. ; *TBO* 2006, afl. 3, 126, concl. OM, noot GOOSSENS, W.

Cass. (1e k.) 29 februari 2008, *T.App.* 2008, afl. 4, 19-23.

Cass. 10 maart 2011, *JLMB* 2011, afl. 37, 1809.

Cass. (1e k.) 23 februari 2012, *NJW* 2012, afl. 270, 675.

Raad van State

RvS (7e k.) 6 maart 2008, *TMR* 2008 (verkort), afl. 6, 866 – 867.

RvS (12e k.) 18 januari 2011, *CDPK* 2012, afl. 2, 300.

Hoven van beroep, arbeidshoven, Militair Gerechtshof

Antwerpen 28 november 1985, *Rev.not.b.* 1986, 390, noot DE VALKENEER, R.

Brussel 15 februari 1988, *T.Aann.* 1992, 70.

Luik 8 mei 1992, *JLMB* 1993, 85.

Luik 26 mei 1992, *JLMB* 1995, 251.

Bergen 24 februari 1993, *JLMB* 1994, 556.

Bergen 28 maart 1994, *T.Vred.* 1994, 193.

Brussel 15 februari 1996, *JLMB* 1996, 1482.

Brussel 9 mei 1996, *AJT* 1997-98, 275 – 277.

Brussel 17 december 1998, *AJT* 1999-00, 882, noot MOSSELMANS, S.

Antwerpen 28 juni 1999, *TBBR* 2000 (verkort), 690 – 692.

Antwerpen 17 januari 2000, *Amén.* 2001, 241 – 244.

Brussel (9e k.) 11 oktober 2001, *JT* 2002, 132.

Gent (1e k.) 8 mei 2003, *RW* 2005-06, 1057.

Gent (12e k.) 28 mei 2003, *T.Verz.* 2004, afl. 2, 354 – 356.

Bergen (7e k.) 9 september 2003, *TBBR* 2005, afl. 1, 76 – 78.

Bergen (2e k.) 1 december 2003, *TBBR* 2006, 177 – 180.

Antwerpen (1 ter k.) 22 januari 2007, *Not. Fisc. M.* 2007, afl. 4, 115 – 119.

Antwerpen 23 maart 2005, *NJW* 2005, afl. 127, 1168 (verkort).

Bergen (14e k.) 24 maart 2005, *TBBR* 2008, 44 – 47.

Antwerpen 13 april 2005, *NJW* 2005, afl. 127, 1169 (verkort).

Gent (17e k.) 15 februari 2008, *T.Verz.* 2009, afl. 1, 57.

Brussel (20e k.) 14 mei 2008, *RJI* 2008, afl. 4, 337.

Antwerpen (5e k.) 18 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, afl. 3, 173.

Gent (1e k.) 28 mei 2009, *T.Aann.* 2009, afl. 3, 244.

Brussel 1 april 2009, *TBBR* 2012, afl. 2, 114 – 116.

Brussel (20e k.) 30 maart 2010, *TBO* 2010, afl. 5, 265.

Brussel 20 mei 2009, *RGAR* 2010, afl. 1, nr. 14 592.

Rechtbanken van eerste aanleg

Rb. Antwerpen (12e k.) 15 januari 2004, *RW* 2007-08, afl. 29, 1207.

Rb. Brussel (23e k.) 6 april 2007, *TMR* 2008, afl. 3, 342 – 344.

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

Rb. Brussel (23e k.) 20 juni 2008, *RJI* 2009, afl. 2, 108.
Rb. Luik (7e k.) 26 maart 2009, *JLMB* 2009, afl. 37, 1778.
Rb. Dinant (4e k.) 3 september 2009, *Rev. not. b.* 2010, afl. 3042, 370.
Rb. Gent 24 juni 2008, *T.App.* 2012 afl.1, 25 – 27.

Rechtbanken van koophandel

Kh. Charleroi 12 april 1994, *JLMB* 1995, 276.
Kh. Brugge 10 december 1996, *RHA* 1998, 75.
Kh. Brussel 25 februari 2000, *AJT* 1999-00, 843.
Kh. Dendermonde (afd. Aalst) 29 mei 2001, *T. App.* 2002, afl. 3, 33.
Kh. Brussel 12 december 2003, *T.Vred.* 2006, afl. 7 – 8, 368, noot BAUDONCO, F.
Kh. Tongeren 2 oktober 2007, *TBBR* 2008, 580 – 582.

Vrederegerecht

Vred. Asse 27 oktober 1999, *T.Vred.* 2000, 304.

C. Rechtsleer

BÉNABENT, A., *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2011, 702 p.

BEYAERT, S., *Aansprakelijkheid van de promotor in Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., IV.F.7-1 –IV.F.7-17 (17 p.).

BEYAERT, S., “Vorderingsmogelijkheden voor de koper van een illegaal opgetrokken goed”, *TBBR* 2000, 626 – 651.

BOONE, I., “Over gordijnen en korte termijnen” (noot onder Brussel 9 mei 1996), *AJT* 1997-98, 277 – 280.

BRUSCH, M., “La réforme de l’article 1648, alinéa 1 du Code Civil opérée par l’ordonnance du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur”, *Revue des contrats* 2005, 710.

BUYSSENS, F., “Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van een onroerend goed”, *Not. Fisc. M.* 2001, 33 – 63.

CEENAEME, J., “Het blanco bodemattest: geen sluitende garantie, wel waardevol”, *Vastgoed info* 2002, afl. 15, 6 – 8.

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

- CEENAEME, J. en DEWEIRDT, M., *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen in Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2009, XII + 296 p.
- CHRISTIAENS, A., “Art. 1644” in *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 10 p.
- CHRISTIAENS, A., “Commentaar bij art. 1648 BW”, in *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4.
- CLAEYS, I., “Verbintenissenrecht: een selectie van recente cassatierechtspraak” in X., *Rechtskroniek voor het notariaat*, Deel XXIV, 1 – 28.
- CLAEYS, I. en VANSTRYDONCK, K., “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro” in X., *Bijzondere overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2008, 307 – 334 (678 p.).
- DAMBRE, M., “Actuele ontwikkelingen inzake koop-verkoop van onroerende goederen: overzicht van de belangrijkste rechtspraak (2000-2005)” in X., *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Deel VII , 75 – 130 (56 p.).
- DE BAERE, E. en VERECKEN, S., “Over verborgen gebreken en korte termijnen”, *TBBR* 2011, afl. 1, 34 – 38.
- DE CORTE, R. en DE GROOTE, B., *Privaatrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 860 p.
- DE KEZEL, E., “Blootstelling aan asbest. Civiele vorderingsmogelijkheden van milieuslachtoffers”, *TMR* 2008, afl. 5, 584 – 602.
- DE NOLF, J., “Verluchting en Co-veiligheid is een zaak van de eigenaar”, *Vastgoed info* 2006, afl. 12, 1 – 2.
- DENOO, S., “Bijstand- en informatieplicht van de notaris bij de verkoop van een onroerend goed”, *RW* 1999-00, 197 – 200.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Tome IV, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, 962 p.
- DE PAUW, J., “De overdracht van een risicoground met een blanco bodemattest”, *Notariaat* 2008, nr. 11, 1 – 8.
- DEPRAETERE, M. en VINCOTTE, *Attesten en certificaten voor het vastgoed in Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., XV.V.1 - XV.V.101 (92 p.)
- DIRIX, J.-R., “U merkt gebreken op aan het onroerend goed dat u net kocht”, <http://www.immo-particulier.be/nl/informatie/vastgoed-tips/gebreken-aan-aangekocht.html>.
- DHAENENS, D., “Grondvervuiling als verborgen gebrek bij de verkoop van een onroerend goed: schadeloosstelling in natura”, *Vastgoed info* 2012, afl. 10, 3-4.

GHESTIN, J., *Conformité et garanties dans la vente : produits mobiliers*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, 365 p.

HAUMONT, F., "La responsabilité environnementale et les cessions d'immeubles - aspects contractuels", *Amén.* 2004, speciaal nummer, 41 – 67.

HERBOTS, J., VERVOORT, M. en BRUYNINCK, T., *[Koop] Veiling en openbare verkoping in Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., II.A.4-1 – II.A.4-15.

HUET, J., *Traité de droit civil*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 2001, 1697 p.

HULPIAU, V., "Verborgen gebreken: zin en onzin van exoneratieclausules" in X., *Notariële valkuilen. Wie betaalt de rekening? VLN congres 15 december 2012*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1 – 58.

KLUYSKENS, A., *Beginselen van burgerlijk recht*, IV: De contracten, Antwerpen, NV Standaard-Boekhandel, 1952, 731 p.

LEFRANC, P., "Het misdrijf van instandhouding: meer strafbaar dan u denkt?", *TMR* 2008, afl. 3, 334 – 336.

LEMMERLING, A., "De doorverkoop onder de Wet Breyne", *Notariaat* 2012, afl. 10, 1 – 6.

LE TOURNEAU, Ph., "La responsabilité des vendeurs et fabricants" in X., *Connaissance du droit*, Parijs, Dalloz, 1997, IX + 96 p.

LIMPENS, J., *La vente*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1960, 828 p.

MEULEMANS, D., *Een pand bouwen en verbouwen in Praktijkgids Vastgoedrecht*, Leuven, Acco, 2005, 792 p.

MEULEMANS, D. en VAN HOUTTE, P., "La garantie des vices cachés" in MEULEMANS, D., *L'achat et la vente d' un immeuble*, Brussel, Larcier, 1993, 431 p.

MEULEMANS, D., "Modelclausules op te nemen in de koopovereenkomst met toelichting" in X., *De problematiek van de vrijwaring voor verborgen gebreken en de aansprakelijkheid voor gebreken bij de verkoop van een onroerend goed*, *TVV* 2005, afl. 3-4, 451 – 495.

MEULEMANS, D., "Verschillende actiemogelijkheden voor de koper van een onroerend goed met gebreken" in X., *De problematiek van de vrijwaring voor verborgen gebreken en de aansprakelijkheid voor gebreken bij de verkoop van een onroerend goed*, *TVV* 2005, afl. 3-4, 390 – 450.

MEULEMANS, D., "Een woning kopen en verkopen" in *Praktijkgids voor juristen*, Leuven, Acco, 1991, XXXIV, 365 p.

MUYLLE, M. en WILLEMS, E., "De bouwvertreding en de overdracht van onroerend goed op de vooravond van het wijzigingsdecreet ruimtelijke ordening. Actuele en toekomstige aandachtspunten voor het notariaat", *Not.Fisc.M.* 2009, afl. 1-2, 3 – 33.

PIRSON, V., “Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente”, *TBBR* 2001, 416 – 441.

SAMOY, I., “De vrijwaringsplicht van de verkoper voor verborgen gebreken: de aard van een termijn in een conventionele garantie en de verhouding tussen de wettelijke en de conventionele garantie” *TBH* 2003, afl. 3, 250 – 256.

SCHENK, G., *Verkoop van een onroerend goed, chronologisch 'stap-voor-stap draaiboek' van een compromis in Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., II.K.1-1 – II.K.7-9 (132 p.) .

STIJNS, M., TILLEMANS, B., GOOSSENS, W., KOHL, B., SWAENPOEL, E. en WILLEMS, K., Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006”, *TPR* 2008, afl. 4, 1526 – 1576.

STROOBANTS, B., “De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen”, *Notariaat* 2009, afl. 7, 1 – 6.

TACKOEN, J., “Het opmaken van een gedetailleerde plaatsbeschrijving voor het sluiten van een koopovereenkomst” in X., *De problematiek van de vrijwaring voor verborgen gebreken en de aansprakelijkheid voor gebreken bij de verkoop van een onroerend goed*, *TVV* 2005, afl. 3 – 4, 496 – 502.

TILLEMANS, B., “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij verkoop van een onroerend goed” in X., *Knelpunten verkoop onroerend goed*, 1 – 58.

TIMMERMANS, R., *Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed in Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., XV.F-55 – XV.F-407 (353 p.)

TIMMERMANS, R., *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren in Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., II.L.1-1 – II.L.11-20 (206 p.).

VAN BAVEGHEM, B., “Actualiteiten inzake koop-verkoop van onroerende goederen en verkoopsmandaat: overzicht van rechtspraak (2002-2007)” in X., *Rechtskroniek voor het notariaat*, Deel 11, 73 – 128.

VAN DEN BERGH, B., “De overdracht van een handelszaak en de informatieplicht vanwege de overdrager. ‘Spreken is zilver, zwijgen is fout’ ”, *TBBR* 2009, 366 – 375.

VAN DE WIELE, Ph., *La vente d'immeubles*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 287 p.

VAN HOORICK, G. en BEKE, K., “Archeologiedecreet. Impact op het bouwproces”, *NJW* 2012, afl. 255, 38 – 41.

VAN NUFFEL, F., “De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen”, *TMR* 2005, afl. 6, 614 – 633.

VERBEKE, A.-L. en VANHOVE, K., *De Wet Breyne Sans Gêne*, Gent, Larcier, 2003, 144 p.

VIJVERMAN, A., "Hergebruik van voor eenmalig gebruik bestemde medische hulpmiddelen _ nood aan een duidelijke regeling", *T. Gez.* 2008-09, afl. 1. , 7 – 25.

X, "Archeologische opgravingen", *NJW* 2011, afl. 244, 420.

X, *Onroerend erfgoed*, s.d., www.rwo.be.

ZIMMERMANN, R., *"The" law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, University Press, 1996, 1241 p.

XVII. Bijlage 1: vergelijking tussen de Belgische en Franse wetsbepalingen inzake verborgen gebreken.

Art.	Belgische bepaling	Franse bepaling	Onderscheid
1641	Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.	Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.	Idem, ingevoerd door de wet van 6 maart 1803.
1642	Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même.	Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même.	Idem, ingevoerd door de wet van 6 maart 1803.em.
1642-1	/	Le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction ou des défauts de conformité alors apparents. Il n'y aura pas lieu à résolution du contrat ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer.	Toevoeging in het Franse recht bij wet dd. 25 maart 2009.
1643	Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie.	Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie.	Idem, ingevoerd door de wet van 6 maart 1803.
1644	Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une	Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une	Idem, ingevoerd door de wet van 6 maart 1803.

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

	partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts.	partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts.	
1645	Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur.	Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur.	Idem, ingevoerd door de wet van 6 maart 1803.
1646	Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente.	Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente.	Idem, ingevoerd door de wet van 6 maart 1803.
1646-1	/	Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code. Ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble. Il n'y aura pas lieu à résolution de la vente ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer les dommages définis aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2 du présent code et à assumer la garantie prévue à l'article 1792-3.	Toevoeging in het Franse recht bij wet dd. 4 januari 1967, laatst gewijzigd bij wet van 5 januari 1978.
1647	Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix, et aux autres dédommements expliqués dans les deux articles précédents. Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur.	Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix, et aux autres dédommements expliqués dans les deux articles précédents. Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur.	Idem, ingevoerd door de wet van 6 maart 1803.
1648	L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des	L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un délai de deux ans à compter de la	Wijziging in het Franse recht van de termijn. Toevoeging tweede

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?

	vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite.	découverte du vice. Dans le cas prévu par article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents.	lid in het Franse recht.
1649	Elle n'a pas lieu dans les ventes par autorité de justice.	Elle n'a pas lieu dans les ventes par autorité de justice.	Idem, ingevoerd door de wet van 6 maart 1803.

Vastgoed en verborgen gebreken: wie draagt het risico?