

Faculteit Rechtsgeleerdheid

Universiteit Gent

Academiejaar 2011-12

DE VRIJWARING VOOR VERBORGEN GEBREKEN BIJ DE VERKOOP VAN ONROERENDE GOEDEREN

Masterproef van de opleiding

“Master in de rechten”

Ingediend door

Liesl Molinarolli

(studentennr. 00705800)

(major: Sociaal-Economisch recht)

Promotor: Prof. Maarten Dambre

Commissaris: David Cottenie

VOORWOORD

Toen ik aan mijn opleiding Rechten begon, had ik nog geen idee waarover ik mijn masterproef wou schrijven, maar ik wist wel dat het iets moest zijn dat me boeit. Een masterproef schrijven is immers een werk van lange adem zodat het van groot belang is dat het onderwerp je interesseert. Op het moment dat we een onderwerp moesten kiezen, volgde ik de grondige studie Vastgoedrecht. Ik wist meteen dat ik mijn masterproef wou schrijven over een onderwerp dat daarbij aanleunt. Niet alleen heb ik hierdoor enorm veel bijgeleerd, maar misschien zal de opgedane kennis me later nog van pas komen wanneer ik zelf mijn eerste huis wil kopen.

Langs deze weg wil ik ook een aantal mensen bedanken. In eerste instantie Professor Dambre die me de mogelijkheid heeft geboden om dit onderwerp te behandelen. Maar vooral mijn commissaris David Cottenie die altijd klaar stond om mijn vragen te beantwoorden en mij in de juiste richting te sturen.

Verder wil ik ook mijn ouders bedanken voor het nalezen van mijn thesis en voor de steun die ze me gegeven hebben wanneer het schrijven even wat minder ging.

Inhoudstafel

INLEIDING	1
HOOFDSTUK 1: DE VERKOOP VAN EEN ONROEREND GOED.....	3
§1: De verschillende verkooptypen.....	3
A. De verkoop uit de hand.....	3
1. Het principe	3
2. Het verloop.....	3
B. De openbare verkoop.....	4
1. Het principe	4
a. De vrijwillige openbare verkoop.....	5
b. De openbare verkoop onder gerechtelijk gezag	5
2. Het verloop.....	6
§2: De notaris als vastgoedmakelaar	7
§3: De verplichtingen van de betrokken partijen.....	9
A. Precontractuele informatieverplichtingen.....	9
1. De verkoper	10
2. De koper	12
B. De plichten van de notaris	15
1. De notaris als vertrouwenspersoon	15
2. De raadgevingsverplichting	16
a. De informatie- of voorlichtingsverplichting.....	17
b. De opzoekings- en onderzoekingsplicht.....	17
c. De juridische aard van de raadgevingsverplichting	19
d. De raadgevingsverplichting bij de openbare verkoop.....	21
3. Het verlenen van authenticiteit aan de onderhandse verkoopakte	22
C. De vastgoedmakelaar	22
1. De raadgevingsplicht	24
2. De onderzoeksplicht.....	24

§4: De verplichtingen van de verkoper na de totstandkoming van de verkoop van het onroerend goed	25
A. De verplichting tot conforme levering	25
B. De vrijwaring voor verborgen gebreken	27
C. De vrijwaring voor uitwinning	27
HOOFDSTUK 2 : DE VRIJWARING VOOR VERBORGEN GEBREKEN	29
§1: Afbakening	29
A. Het principe	29
B. Het onderscheid met andere vorderingen van de koper	29
1. De vrijwaring voor verborgen gebreken en dwaling	29
2. De vrijwaring voor verborgen gebreken en bedrog	31
3. De vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering	32
4. De vrijwaring voor verborgen gebreken en de vrijwaring voor uitwinning	33
C. Aard van de vordering	33
§2: Het gebrek volgens het Burgerlijk Wetboek	34
A. Definitie van het gebrek	34
1. Afwezigheid van een wettelijke definitie	34
2. Verschillende opvattingen van het begrip	35
a. De conceptuele of de structurele opvatting	35
b. De functionele opvatting	36
c. De contractuele opvatting	37
3. Toelichting bij die opvattingen	38
4. Pro en contra argumenten	41
a. Contra argumenten voor de functionele opvatting	41
b. Pro argumenten voor de functionele opvatting	43
c. Besluit	44
B. Toepassingsvoorwaarden van artikel 1641 BW	46
1. Verborgen	47

2. Voldoende ernstig	48
3. Anterioriteit	48
C. De bewijslast	49
§3: De vrijwaring.....	49
A. Uitzondering: gebreken die koper kent of moest kennen	49
1. Précontractuele kennis van de koper.....	49
2. De technische kennis van de koper	50
3. De aard van het verkochte goed	51
B. Keuzerecht in hoofde van de koper	51
1. Actio redhibitoria.....	52
2. Actio aestimatoria	53
3. Geen recht op herstel of vervanging	53
4. Tenietgaan van de keuze	54
C. Beide vorderingen kunnen gepaard gaan met een bijkomende schadevergoeding	54
1. De verkoper te goeder trouw	55
2. De verkoper te kwader trouw	56
3. Van weerlegbaar vermoeden van kwade trouw in hoofde van de gespecialiseerde verkoper naar een afzonderlijke resultaatverbintenis.....	57
§4: De korte termijn waarbinnen de vordering moet worden ingesteld	59
A. Ratio	59
B. Vertrekpunt en duur.....	60
C. Verlenging	61
§5: Contractuele bedingen met betrekking tot de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken ..	62
A. Bedingen tot uitbreiding en precisering van de vrijwaringsplicht	62
B. De eigenlijke exoneratiebedingen.....	62
1. Geldigheid volgens het gemeen recht.....	63
2. De inhoud van dergelijke exoneratiebedingen	63
3. De gespecialiseerde verkoper	64

C. Interpretatie door de feitenrechter	64
§6: Geen toepassing van de vrijwaring voor verborgen gebreken	65
A. Bij verkopen op rechterlijk gezag	65
B. Bij exoneratiedingen	66
C. Wanneer de koper kennis had van de verborgen gebreken	66
D. Bij verlies van het goed	66
1. Te wijten aan toeval	66
2. Te wijten aan de exclusieve fout van de koper	68
E. Bij omvorming, verandering of herstelling van het goed door de koper na de ontdekking van het verborgen gebrek	68
HOOFDSTUK 3: IMPLICATIE VAN HET BODEMDECREET OP DE LEER VAN DE VERBORGEN GEBREKEN	69
§1: Het Bodemdecreet	69
A. Doel en kenmerken	69
B. De overdracht van gronden	69
§2: De implicatie	70
A. In principe geen gevolgen	70
B. Verhoging van de verplichtingen in hoofde van de verkoper en de notaris	73
1. Algemene informatieverplichting	73
2. Bijkomende informatieplicht	74
§3: Conclusie	78
HOOFDSTUK 4: DE VERHOUDING VAN DE VRIJWARING VOOR VERBORGEN GEBREKEN TEN OPZICHTE VAN DE TIENJARIGE AANSPRAKELIJKHEID VAN AANNEMERSEN ARCHITECTEN	80
§1: De tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten	80
A. Doel en kenmerken	80
B. Toepassingsgebied	81
1. Ratione materiae	82
2. Ratione personae	83

3. Ratione temporis	83
4. Sanctie	85
§2: De verhouding	85
A. Naast de tienjarige aansprakelijkheid ook vrijwaring voor lichte verborgen gebreken door de aannemer	85
B. Loskoppeling van de regels van vrijwaring voor verborgen gebreken in het kooprecht	86
C. De “nuttige” termijn ten opzichte van de korte termijn van artikel 1648 BW	87
D. Openbare orde ten opzichte van contractuele bedingen	89
E. Conclusie	90
HOOFDSTUK 5: DE WET BREYNE	92
§1: Doel	92
§2: Toepassingsgebied	92
§3: De aansprakelijkheid	94
§4: De invloed van een doorverkoop op de aansprakelijkheid	96
Besluit	98
Bibliografie	101
Wetgeving	101
Rechtspraak	102
Rechtsleer	105
Boeken	105
Tijdschriften	109
Websites	111

INLEIDING

1. Iedereen kent wel de mythe dat een Belg met een baksteen in de maag geboren is, maar het blijkt ook effectief zo te zijn. Van de Belgen is 67 procent eigenaar van de woning die hij betreft, op Europees vlak is dat 65 procent.¹ Men verklaart de bouwwoede door te stellen dat het in de genen zit van de Belgische bevolking. Een eigen woning wordt vaak beschouwd als het pensioen van later. Voor de meeste mensen is het hun grote droom om een eigen huis te bouwen of te kopen.² Het is dan ook niet verwonderlijk dat hierbij grote verwachtingen gepaard gaan, daar het meer is dan een loutere investering. Hoewel men verlangt dat alles rimpelloos verloopt, valt het niet te ontkennen dat dergelijke eigendomsoverdrachten vaak het voorwerp uitmaken van complexe transacties. Het is in die context dat professionelen – waarmee men de notaris en de vastgoedmakelaar bedoelt – een cruciale rol spelen. Bovendien voorziet ons rechtssysteem in een goed uitgebouwd stelsel met betrekking tot de overdracht van onroerende goederen, wat voor de contractspartijen een maximale rechtszekerheid met zich meebrengt.

In de praktijk komt het frequent voor dat men na een lange zoektocht eindelijk de woning van zijn dromen heeft gevonden, maar dat na het verstrijken van enige tijd blijkt dat de woning behept is met verborgen gebreken. Daar sta je dan als koper! Het Burgerlijk Wetboek heeft gelukkig een regeling voorzien waarop de ongelukkige koper zich kan beroepen ingeval hij met een dergelijke situatie wordt geconfronteerd. Het is de bedoeling om de problematiek van “de vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van onroerende goederen” in deze masterproef uitvoerig te bespreken en te ontleden in al zijn facetten.

2. Vooreerst is het belangrijk even stil te staan bij de verkoop van een onroerend goed op zich. We zullen het hebben over de verschillende verkooptypes, over de verschillende actoren die hierbij betrokken zijn en hun rol hierin. Zoals zal blijken, is het optreden van de notaris essentieel, maar we kunnen ons de vraag stellen in hoeverre zijn raadgevingsplichtig. Het is de bedoeling aan de hand van de rechtspraak hierop een antwoord te vinden.

Vervolgens komt de eigenlijke vrijwaring voor verborgen gebreken aan bod die eigenlijk de kern van mijn masterproef uitmaakt. Na kort het principe te hebben geschetst, zal het onderscheid met de andere vorderingsmogelijkheden waarover de koper beschikt, aangetoond worden. Er bestaat geen definitie van het begrip “gebrek” zodat er doorheen de jaren verschillende opvattingen ontstaan zijn over hoe dit begrip ingevuld moet worden. In dit hoofdstuk komen verder nog de

¹Dat blijkt uit cijfers die het Europese statistisch bureau Eurostat in 2009 gepubliceerd heeft. <http://www.deredactie.be/cm/vrtnieuws/binnenland/1.552819> (consultatie 21 april 2012).

²<http://nos.nl/audio/221698-de-belg-is-met-een-baksteen-in-de-maag-geboren.html> (consultatie 21 april 2012).

toepassingsvoorwaarden, de actiemogelijkheden van de koper, de korte termijn van artikel 1648 BW en de contractuele bedingen met betrekking tot de vrijwaring aan bod.

Eveneens wordt de implicatie van het Bodemdecreet op de leer van de verborgen gebreken besproken. Hoewel het op het eerste gezicht lijkt alsof het decreet geen gevolgen teweeg brengt, moet dit evenwel genuanceerd worden.

In het voorlaatste hoofdstuk is het de bedoeling om de verhouding van de vrijwaring voor verborgen gebreken ten opzichte van de tienjarige aansprakelijkheid van architecten en aannemers onder de loep te nemen. Om ten volle die verhouding te begrijpen is het ons inziens belangrijk om de achtergrond en het toepassingsgebied van die tienjarige aansprakelijkheid even van naderbij te bekijken. Daarna zullen we nagaan of de aannemer ook aansprakelijk is voor verborgen gebreken die buiten het toepassingsgebied van de tienjarige aansprakelijkheid vallen en zo ja, of de regels van het kooprecht hierop van toepassing zijn.

Tot slot komt de wet Breyne aan bod en meer specifiek de aansprakelijkheid van de verkoper en de promotor. De Woningbouwwet vormt een dwingende aanvulling op het gemeen recht, zodat in het geval het gaat om een koopovereenkomst die onder het toepassingsgebied van de wet valt, de regeling van de vrijwaring voor verborgen gebreken eveneens uitwerking krijgt. Verder zal ook nagegaan worden of de doorverkoop van een onroerend goed die oorspronkelijk onder de toepassing viel van de wet Breyne een invloed heeft op de aansprakelijkheid van de eerste verkoper of de promotor.

HOOFDSTUK 1: DE VERKOOP VAN EEN ONROEREND GOED

§1: De verschillende verkooptypen

A. De verkoop uit de hand

1. Het principe

3. De verkoop uit de hand is een tweezijdig contract en komt tot stand zonder enige formaliteit. Essentieel is echter dat er tussen de koper en verkoper overeenstemming is over de prijs en het goed.³ De eigendomsoverdracht vindt dus *solo consensu* plaats en derhalve kan men – puur theoretisch gezien – een onroerend goed ook mondeling verkopen.⁴ Vaak wordt hier evenwel aan toegevoegd dat er naast de twee vermelde wezenlijke elementen ook afspraken moeten worden vastgelegd omtrent de lasten en voorwaarden die op het eerste gezicht van ondergeschikt belang lijken, maar die een niet te onderschatten waarde inhouden voor de betrokken partijen.⁵

Hoewel de koper en verkoper dergelijke verkoop volledig zelfstandig kunnen sluiten, bestaat er niettemin de mogelijkheid om hierbij beroep te doen op deskundigen, inzonderheid de notaris en de vastgoedmakelaar.⁶

2. Het verloop

4. Concreet komt het er op neer dat de verkoper een aanbod van een goed doet tegen een bepaalde prijs, is er vervolgens een kandidaat-koper die die prijs wil betalen dan is er sprake van wilsovereenstemming en is de koop definitief tot stand gekomen.

Ondanks het feit dat er voor de geldigheid geen enkele vormvereiste moet worden nageleefd, is het toch voor wat betreft het bewijs noodzakelijk dat er een onderhandse akte⁷ wordt opgesteld.⁸ Naast de onderhandse verkoopsovereenkomst spreekt men ook vaak van een compromis. Deze benaming

³ Artikel 1583 BW.

⁴B. POUSEELE en W. VAN DE PUTTE, *Vastgoed in pocket voor het Vlaamse Gewest 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2007, 443; R. TIMMERMANS, *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren*, Mechelen, Kluwer, 2009, 72.

⁵ H. CASMAN, I. GERLO en B. VERMEERSCH, *De verkoopakte – Handboek voor de Notariële praktijk*, 2005, Mechelen, Kluwer, 3; L. WEYTS, *Notarieel contractenrecht, I, Verkoop uit de hand – Vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 22-23.

⁶R. TIMMERMANS, *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren*, Mechelen, Kluwer, 2009, 4.

⁷ Deze onderhandse akte moet voldoen aan de vereisten gesteld in artikel 1325 BW.

⁸R. TIMMERMANS, *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren*, Mechelen, Kluwer, 2009, 73; L. WEYTS, *Notarieel contractenrecht, I, Verkoop uit de hand – Vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 23.

wordt in de volksmond dikwijls ten onrechte geïnterpreteerd als zijnde een voorlopige overeenkomst. Niets is echter minder waar! Zodra er een akkoord is tussen de twee partijen over het onroerend goed en de prijs, is de koop definitief en kan men hier niet meer op terug komen.⁹

5. Terzijde kan kort nog worden opgemerkt dat de partijen de mogelijkheid hebben om één of meerdere opschortende voorwaarden op te nemen in de compromis. Wanneer in hoofde van de koper twijfel bestaat over het al of niet verkrijgen van een hypothecaire lening bij de bank, kan hij hieromtrent een opschortende voorwaarde inlassen. De koop zal vervolgens niet doorgaan wanneer die opschortende voorwaarde niet vervuld is, *in casu* wanneer de koper de hypothecaire lening niet heeft verkregen.¹⁰

6. Deze onderhandse akte wordt verder ook gebruikt als basis voor de authentieke akte die door de notaris wordt opgesteld. We kunnen ons de vraag stellen wat het nut is van dergelijke akte indien de compromis al zeer zorgvuldig is opgesteld en des te meer wanneer dat gebeurde onder de begeleiding van een notaris. Het antwoord hierop is simpel, de notariële akte is van groot belang om de eigendomsoverdracht tegenwerpelijk te maken aan derden. Immers alleen authentieke akten kunnen het voorwerp uitmaken van een overschrijving en bijgevolg is de koop enkel geldig *inter partes* zolang de akte niet is overgeschreven op het hypotheekkantoor.¹¹

B. De openbare verkoop

1. Het principe

7. In tegenstelling tot de verkoop uit de hand biedt de kandidaat-verkoper het goed aan aan het publiek zonder prijsaanbod. Kenmerkend voor de openbare verkoop is dat zij steeds wordt gehouden door een openbare ambtenaar, meer bepaald een notaris. Zij genieten namelijk sedert de Wet van 16 april 1927¹² van een quasi monopolierecht¹³ met betrekking tot de openbare verkoop van onroerende goederen.¹⁴

⁹ H. CASMAN, I. GERLO en B. VERMEERSCH, *De verkoopakte – Handboek voor de Notariële praktijk*, 2005, Mechelen, Kluwer, 4; B. POUSEELE en W. VAN DE PUTTE, *Vastgoed in pocket voor het Vlaamse Gewest 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2007, 443; R. TIMMERMANS, *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren*, Mechelen, Kluwer, 2009, 1-2.

¹⁰ B. POUSEELE en W. VAN DE PUTTE, *Vastgoed in pocket voor het Vlaamse Gewest 2009-2010*, Mechelen, Kluwer, 2009, 512.

¹¹ R. TIMMERMANS, *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren*, Mechelen, Kluwer, 2009, 73-74; L. WEYTS, *Notarieel contractenrecht, I, Verkoop uit de hand – Vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 25.

¹² Artikel 1 O.W. Notariaat.

¹³ Volledigheidshalve kan hieraan nog toegevoegd worden dat in bepaalde gevallen het Comité tot Aankoop van Onroerende Goederen van het Ministerie van Financiën en de Burgemeester ook beschikken over deze

8. Drie verschilpunten met de verkoop uit de hand kunnen onderscheiden worden. Ten eerste zijn het de kandidaat-kopers die voor de prijsvorming zorgen, vervolgens vindt de openbare verkoping steeds plaats onder de leiding van de notaris en tot slot moet de kandidaat-verkoper maar op de zitting zelf beslissen of hij op het bod van de kandidaat-koper wil ingaan.¹⁵

9. Er is sprake van een vrijwillige openbare verkoop en de openbare verkoop onder gerechtelijk gezag.

a. De vrijwillige openbare verkoop

10. Wanneer de verkoper er zelf voor kiest om zijn onroerend goed te verkopen via het systeem van de openbare verkoop, terwijl hij het ook uit de hand had kunnen verkopen, is er sprake van een vrijwillige openbare verkoop. De kandidaat-verkoper stelt hier zelf de verkoopsvoorwaarden op en men kan hiervoor kiezen wanneer het gaat om een onroerend goed dat goed in de markt ligt – bijvoorbeeld door zijn uitstekende ligging – waardoor de verkoper meerdere liefhebbers verwacht en zo mogelijk een hogere prijs kan bekomen dan wat hij eigenlijk voor het goed zou hebben gevraagd indien het ging om een verkoop uit de hand. Aangezien de openbare verkoop geschiedt op verzoek van een meerderjarige bekwame verkoper kan hij steeds beslissen om alsnog af te zien van de verkoop, zonder dat hij daar enige verantwoording dient voor af te leggen.¹⁶

b. De openbare verkoop onder gerechtelijk gezag

11. Naast de vrijwillige openbare verkoop zijn er aantal verkopen van onroerende goederen die steeds onder gerechtelijk gezag dienen te gebeuren. Het gaat hier meer bepaald om openbare

bevoegdheid. In de praktijk wordt echter uiterst zelden van deze bevoegdheid gebruik gemaakt. L. WEYTS, *Notarieel contractenrecht, I, Verkoop uit de hand – Vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 341.

¹⁴ C. DE WULF, *Opstellen van notariële akten*, II B, Mechelen, Kluwer, 2006, 273, nr. 469; T. BRUYNINCK, J. HERBOTS, M. VERVOORT, “Veiling en openbare verkoping” in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 177; R. TIMMERMANS, *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren*, Mechelen, Kluwer, 2009, 4; E. VAN TRICHT, “De vrijwillige openbare verkoop” in A. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Notariële Facetten van het Contractenrecht*, Leuven, Acco, 2004, 111, nr. 1.

¹⁵ M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, J. VANDENBERGHE en T. VANDROMME, *Vastgoedzakboekje 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, 69, nr. 41.

¹⁶ M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, J. VANDENBERGHE en T. VANDROMME, *Vastgoedzakboekje 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, 69, nr. 41; B. POUSEELE en W. VAN DE PUTTE, *Vastgoed in pocket voor het Vlaamse Gewest 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2007, 460; R. TIMMERMANS, *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren*, Mechelen, Kluwer, 2009, 4; L. WEYTS, *Notarieel contractenrecht, I, Verkoop uit de hand – Vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 342.

verkopende strikt volgens de regels van het Gerechtelijk Wetboek¹⁷ dienen te geschieden.¹⁸ Deze zijn aan de orde, wanneer handelingsonbekwame personen (met name minderjarigen, onder voorlopig bewind geplaatste personen, gerechtelijk onbekwaamverklaarde personen en verlengd minderjarigen) eigenaar of deelgerechtigd zijn in de te verkopen goederen.¹⁹ Maar eveneens wanneer de te verkopen onroerende goederen behoren tot een onbeheerde nalatenschap of tot een nalatenschap die aanvaard werd onder voorrecht van boedelbeschrijving²⁰ of tot de boedel van een faillissement²¹. De reden hiervoor moet niet ver gezocht worden en is ons inziens evident, met name omdat men een objectieve prijsvorming wil bekomen in het belang van de beschermde persoon of de beschermde boedel.

Anders is het wanneer het gaat om een openbare verkoop ten gevolge van een uitvoerend onroerend beslag²². Hier is de wil van de eigenaar volledig irrelevant, het is de rechter die beslist tot openbare verkoop en de eigenaar kan niets ondernemen om de verkoop tegen te houden. Men spreekt hier ook wel van de gedwongen openbare verkoop.²³

12. Heel uitzonderlijk kan in deze contexten toch een verkoop uit de hand plaatsvinden, waarbij het uiterst noodzakelijk is dat hier aangetoond wordt dat dit enkel gebeurt in het belang van de betrokken partijen^{24, 25}.

2. Het verloop

13. Kenmerkend voor de openbare verkoop is dat er veel publiciteit wordt gevoerd, dit kan zijn in de vorm van aanplakbiljetten of door middel van vermeldingen in dag- en weekbladen. Op die manier worden de kandidaat-kopers onder meer op de hoogte gebracht van de volgende gegevens: welke

¹⁷ Artikel 1190 – 1193 Ger. W.

¹⁸ B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 101, nr. 399.

¹⁹ Artikel 1186-1187 Ger. W.

²⁰ Artikel 1189 Ger. W.

²¹ Artikel 1190 Ger. W.

²² Artikel 1560 Ger. W.

²³ Artikel 1560 – 1626 Ger. W.

²⁴ Artikel 1193 *bis* en *ter*, artikel 1580 *bis* Ger. W.

²⁵ T. BRUYNINCK, J. HERBOTS, M. VERVOORT, "Veiling en openbare verkoping" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 188; M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, J. VANDENBERGHE en T. VANDROMME, *Vastgoedzakboekje 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, 68-69, nr. 40; R. TIMMERMANS, *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren*, Mechelen, Kluwer, 2009, 4; L. WEYTS, *Notarieel contractenrecht, I, Verkoop uit de hand – Vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 341;

notaris is verantwoordelijk voor de verkoop, wanneer vinden de bezoekdagen plaats, waar en wanneer moeten de aspirant-kopers aanwezig zijn om hun bod uit te brengen.²⁶

14. Vroeger deelde men ook nog mee of er één of twee zitdagen zouden plaats vinden, maar met ingang van 1 januari 2010 zijn er aantal zaken gewijzigd en is er vervolgens maar één zitdag meer mogelijk. Zo is het nu ook mogelijk om te werken met een instelprijs en kan men hieraan een instelpremie koppelen.²⁷ Bovendien heeft de nieuwe regeling ook tot gevolg dat er voor het hele land eenzelfde procedure wordt toegepast, die zonder meer voor de koper en verkoper de nodige transparantie meebrengt. Dit zorgt er ook voor dat de openbare verkoop veel sneller en eenvoudiger wordt afgewikkeld.

15. De verkoper kan drie verschillende standpunten innemen: ten eerste wanneer hij akkoord is met het bod, kan hij het aanvaarden. Daarnaast kan hij het goed inhouden en toch opteren voor een verkoop uit de hand²⁸ en tot slot kan hij het ook laten toewijzen onder opschortende voorwaarde van de afwezigheid van hoger bod.²⁹

§2: De notaris als vastgoedmakelaar

16. De notaris is in de eerste plaats een openbaar ambtenaar, die ook een plicht als raadsman inhoudt. Daarenboven wordt hij ook aanzien als een juridisch zakenman daar hij meer en meer betrokken wordt bij de verkoop van onroerende goederen. Men gaat de notaris in dergelijk geval gaan beschouwen als een vastgoedmakelaar. De vraag die dan rijst, is of de notaris zich door deze bemiddeling niet op het werkterrein van de makelaars bevindt.

17. In het verleden is hieromtrent heel wat discussie geweest, de makelaars voelden zich bedreigd en achtergesteld ten aanzien van de notarissen, daar deze niet moesten voldoen aan de strenge vereisten die het KB van 6 september 1993³⁰ vooropstelde. Zo mag een makelaar slechts een

²⁶ M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, J. VANDENBERGHE en T. VANDROMME, *Vastgoedzakboekje 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, 67, nr. 37; R. TIMMERMANS, *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren*, Mechelen, Kluwer, 2009, 5.

²⁷ Wet 15 mei 2009 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de openbare verkoop van onroerende goederen betreft, *BS* 25 juli 2009, err.*BS* 19 augustus 2009.

²⁸ B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 101, nr. 398; R. TIMMERMANS, *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren*, Mechelen, Kluwer, 2009, 5.

²⁹ Artikel 1592 Ger. W.

³⁰ KB 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar, *BS* 13 oktober 1993. Deze regels zijn ondertussen verstrakt door het K.B. van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars, *BS* 19 januari 2007.

opdracht aanvaarden om een huis te verkopen indien hij hiervoor erkend is door het Beroepsinstituut voor Vastgoedmakelaars.³¹

Het Hof van Cassatie besliste reeds in 2002 dat de verkoopbemiddeling door de notaris niet verboden is door zijn deontologie, doch alleen in zoverre ze plaatsvindt op verzoek van een cliënt, in het notariskantoor, met waarborg van onpartijdigheid en als accessorium van het verlijden van de akte, hoofdopdracht van de notaris.³² Zolang deze activiteit een accessoir karakter behoudt, begaat de notaris bijgevolg geen inbreuk op de exclusiviteit van de vastgoedmakelaar.³³

18. Hoewel men aanvankelijk meende dat de discussie beslecht was door het uitvaardigen van het KB van 14 november 2006³⁴, bleef het protest bij de makelaars aanwezig. Dat KB keurt immers de regels goed inzake de bemiddeling van de notaris die gelast wordt met de minnelijke of gerechtelijke verkoop van onroerende goederen en bevestigt op die manier impliciet dat notarissen wel degelijk bevoegd zijn.

De regels bepalen ondermeer dat de notaris onroerende goederen van zijn klanten mag te koop stellen en bemiddelen bij de verkoop voor zover de opdracht samengaat met een ambtsverrichting. Hij moet daarbij handelen op een gematigde, onpartijdige, objectieve, correcte en transparante wijze. Het is ook verboden om door middel van prospectie verkoopsopdrachten te verwerven. Indien een vastgoedmakelaar reeds met dezelfde opdracht is belast, heeft deze voorrang ten aanzien van de notaris.³⁵

19. In 2010 maakte deze verkoopbemiddeling opnieuw het voorwerp uit van cassatierechtspraak, *in casu* omdat het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars wou bekomen dat een Henegouwse notaris deze activiteiten zou stopzetten. Hoewel ze door het Hof van Beroep te Bergen in het gelijk werden gesteld, kon Cassatie diens opvatting – met name dat de betrokkennotaris daden van koophandel had gesteld die niet louter als een bijzaak konden worden aanzien bij het verlijden van een authentieke akte – niet delen. Advocaat-generaal WERQUIN concludeerde: “*Indien de notarissen voor rekening van derden als bemiddelaar optreden bij de verkoop van onroerende goederen, zijn die*

³¹ Artikel 2 KB 6 september 1993, BS 13 oktober 1993.

³² Cass. 31 januari 2002, AR C010201N.

³³ R. TIMMERMANS, “Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed” in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 503.

³⁴ KB 14 november 2006 tot goedkeuring van regels inzake de bemiddeling door de notarissen betreffende de minnelijke of gerechtelijke verkoop van onroerende goederen, BS 28 november 2006.

³⁵ Regels 20 juni 2006 inzake de bemiddeling door de notarissen betreffende de minnelijke of gerechtelijke verkoop van onroerende goederen, BS 28 november 2006 (Deze regels zijn van toepassing op alle verkoopsopdrachten die vanaf 1 januari 2007 worden gegeven); M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 362, nr. 80bis; B. POUSEELE en W. VAN DE PUTTE, *Vastgoed in pocket voor het Vlaamse Gewest 2009-2010*, Mechelen, Kluwer, 2009, 481.

*activiteiten, in strijd met wat het arrest beslist, ondergeschikt aan het openbaar ambt van notaris dat met name erin bestaat authenticiteit te verlenen aan de akten betreffende de verkoop van onroerende goederen, ongeacht of het gaat om openbare verkopenen waarvoor alleen de notarissen bevoegd zijn dan wel om onderhandse verkopenen, zulks op grond van een vast beroepsgebruik”.*³⁶

20. We kunnen hieruit afleiden dat de activiteiten van een vastgoedmakelaar bedoeld om kopers op te sporen wel degelijk daden van koophandel zijn, maar dat zij in de regel niet verboden zijn voor de notaris wiens taak erin bestaat de authentieke verkoopakte te verlijden. Ons inziens kan dit alleen maar toegejuicht worden, notarissen worden immers gezien hun opleiding en ervaring bekwaam geacht om ter zake op te treden. Het lijkt ons dan ook maar logisch dat zij niet vallen onder het KB van 6 september 1993. De achterliggende reden voor het ontstaan van het KB – namelijk meer bescherming bieden aan de koper – is immers bij notarissen niet aan de orde, daar je pas notaris bent na een jarenlange opleiding en stage en tot slot slaagt voor het toetredingsexamen. Notarissen vormen een strikt geselecteerd groepje van uiterst bekwame mensen die steeds de belangen van beiden partijen voor ogen houden en bovendien andere accenten leggen dan de vastgoedmakelaars.

§3: De verplichtingen van de betrokken partijen

A. Precontractuele informatieverplichtingen

21. Zoals zojuist blijkt uit het voorgaande is de meest gebruikelijke manier om een onroerend goed te verwerven de algekende koop-verkoop. Vaak wordt hierbij uit het oog verloren dat de onderhandelingen hiervan reeds een essentieel onderdeel uitmaken. Het is dan ook onze bedoeling om hieronder een beeld te schetsen van het belang en de noodzaak van de informatieplicht die hierbij een grote rol speelt.

22. In tegenstelling tot de verkoop van roerende zaken gaat het hier niet om een alledaagse gebeurtenis en dit zowel in hoofde van de particuliere verkoper als in hoofde van de koper. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat aan dergelijke transacties een bijzondere aandacht wordt besteed, des te meer omdat er grote belangen mee gemoeid gaan en ze vaak gepaard gaan met bijzondere emoties. Bovendien kunnen we stellen dat de aspirant-koper meestal niet beschikt over de vereiste kennis en dus vaak met enige achterstand begint in het verkoopproces. Het is dan ook vooral vanuit dit gezichtspunt dat de precontractuele onderzoeks- en mededelingsverplichtingen een cruciale rol spelen.³⁷

³⁶ Cass. 11 juni 2010, AR C090525F-C090526F, concl. T. WERQUIN.

³⁷ R. TIMMERMANS, *De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren*, Mechelen, Kluwer, 2009, 1.

23. Zoals wij reeds vermeld hebben, vormen de onderhandelingen de eerste fase tussen de betrokken partijen met het oog op het sluiten van de verkoopsovereenkomst. Zij wordt gekenmerkt door het bestaan van een wederzijdse verhouding tussen de verkoper en koper. Het is dan ook vanzelfsprekend dat er reeds in deze precontractuele fase een bijzondere aandacht uitgaat naar de precontractuele informatieplicht met als doelstelling tot een volwaardige toestemming te komen.³⁸

In de meeste gevallen leidt de onderhandelingsfase tot het sluiten van de overeenkomst, namelijk wanneer men wilsovereenstemming heeft bereikt voor wat betreft de essentiële en substantiële elementen.³⁹ Dit is evenwel niet steeds het geval, zo kan ze ook afspringen wanneer de betrokken partijen het niet eens geraken.⁴⁰

24. Deze informatieplicht steunt zich op het gemeen recht en vloeit voort uit de algemene zorgvuldigheidsnorm. Dit brengt met zich mee dat ze steeds moet worden toegepast, zonder dat er hiervoor een specifieke wettelijke bepaling bestaat. Wat de concrete inhoud is van deze informatieplicht, bestaan geen algemeen geldende regels, maar het is zeker dat de concrete omstandigheden een grote rol spelen, zo ook de bestemming die de koper aan het onroerend goed geeft. In wat volgt zullen wij toch proberen dit begrip wat te verduidelijken.⁴¹

Het lijkt ons noodzakelijk om er nu al op te wijzen dat deze informatieplicht niet alleen verplichtingen meebrengt voor de verkoper maar evenzeer ook voor de koper. Daarenboven wanneer de koper en de verkoper beroep doen op professionals ontstaan er bijkomende verplichtingen in hun hoofde. Zo zal er ook sprake zijn van een bijstandsplicht waarin de adviesplicht of raadgevingsplicht vervat ligt en een waarschuwingsplicht.

1. De verkoper

25. Waar het tot een twaalfstal jaar geleden nog vrij eenvoudig was om je onroerend goed te verkopen is dit sinds begin deze eeuw allesbehalve nog het geval. Het aantal verplichtingen is in

³⁸ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 36-37, nr. 80-81; D. FRERIKS, "De precontractuele informatieverplichtingen", *TPR* 1992, 1195-1196, nr. 7-8.

³⁹ Cass. 12 juni 1980, *RW* 1981-82, 937.

⁴⁰ D. FRERIKS, "De precontractuele informatieverplichtingen", *TPR* 1992, 1195, nr. 7.

⁴¹ J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 21; D. RYCKBOST, "De weerslag van het Vlaamse bodemsaneringsdecreet op het contractenrecht" in J. BILLIET, H. BRAECKMANS en H. CASMAN (eds.), *XXVI Post-Universitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000*, Gent, Mys en Breesch, 2000, 56, nr. 84.

aanzienlijke mate toegenomen, wat vaak voor de verkoper een hele rompslomp meebrengt waardoor men zich meer en meer gaat laten begeleiden door professionals.⁴²

26. In de eerste plaats moet de verkoper alle informatie die de evaluatie en de waarde van de te koop aangeboden zaak kan beïnvloeden, op een duidelijke wijze medelen aan de koper.⁴³ Doet men dit niet en verstrekt men foute of onvolledige informatie dan maakt dit een schending uit van de precontractuele informatieplicht. Zelfs indien men te goeder trouw is, kan dit toch leiden tot een fout in de zin van artikel 1382-1383 BW, des te meer wanneer het gaat om de verhouding professionele verkoper-consument. De niet-deskundige consument moet er immers op kunnen vertrouwen dat de inlichtingen die hij verkrijgt correct zijn.⁴⁴ De verkoper moet met andere woorden tenminste de normale zorgvuldigheid aan de dag leggen. Hieruit kunnen we een tweede plicht afleiden, met name dat hij de koper ook moet waarschuwen voor een bijzonder gevaar, ook wanneer hij hier zelf de oorzaak van is.

27. Zoals steeds in ons recht is de regeling voor de professionelen een pak strenger dan voor de “gewone” verkopers. Zou dit niet het geval zijn dan zou de verhouding tussen de consument en de professionele verkoper onevenwichtig zijn. Zowel de particuliere als de professionele verkoper zijn gehouden het onroerend goed zonder enige gebreken te leveren, maar zoals in hoofdstuk twee zal blijken rust op de professionele verkoper een vermoeden van kennis van het verborgen gebrek. Er rust bijgevolg naast de spreekplicht ook een onderzoeksplicht op onze professioneel. Hij zal moeten nagaan of het onroerend goed niet is aangetast door een verborgen gebrek. Zo is het best mogelijk dat hij een bodemonderzoek moet instellen om zeker te zijn dat de grond niet is verontreinigd.⁴⁵ Nog in het kader van die verborgen gebreken rust op de professionele verkoper ook een raadgevingsplicht. Dit houdt in dat de verkoper op de hoogte moet zijn van het gebruik die de koper van het onroerend goed wenst te maken. Verschafft de koper hem onvoldoende inlichtingen

⁴² W. MERTENS, *Verkoop van een onroerend goed: hoe langer hoe moeilijker!*, http://www.advocatenbureau-gevaco.be/juridische-info/nieuwsbrief_31_verkoop_van_een_onroerende_goed_hoe_langer_goe_moeilijker/ (consultatie 21 maart 2012); R. TIMMERMANS, “Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed” in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 497.

⁴³ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 109, nr. 234; C. DE WULF, *Opstellen van notariële akten*, II B, Mechelen, Kluwer, 2006, 143, nr. 246; D. FRERIKS, “De precontractuele informatieverplichtingen”, *TPR* 1992, 1198, nr. 10.

⁴⁴ M. MUYLLE en E. WILLEMS, “De bouwovertreiding 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, 29.

⁴⁵ J. CEENAEME en M. DEWEIRD, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 21; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 310, nr. 720; D. RYCKBOST, “De weerslag van het Vlaamse bodemsaneringsdecreet op het contractenrecht” in J. BILLIET, H. BRAECKMANS en H. CASMAN (eds.), *XXVI Post-Universitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000*, Gent, Mys en Breesch, 2000, 56-57, nr. 84.

hieromtrent dan is het aan hem om zich bij de koper te informeren. Het loutere feit dat de koper ook een professioneel is, doet hieraan geen afbreuk.⁴⁶

28. Wij menen dat een systeem van bescherming ten aanzien van de consument een absolute noodzaak is, maar dat het eveneens belangrijk is dat die raadgevingsplicht binnen redelijke grenzen dient te worden gehouden.

29. Naast deze verplichtingen op grond van het gemeen recht leggen een aantal wettelijke en reglementaire bepalingen bijkomende informatieverplichtingen op aan de verkoper. Het gaat hier in hoofdzaak om administratieve en publieke aangelegenheden in verband met de ruimtelijke ordening en de bodemsanering. Aangezien hierop ingaan zou meebrengen dat we te ver afwijken van de eigenlijke vrijwaring voor verborgen gebreken, gaan wij gewoon een opsomming geven van de belangrijkste. Zo zal men moeten meedelen wat het statuut is van het verkochte onroerend goed, of er bouwvergunning voorhanden is, wat de stedenbouwkundige bestemming is, of de grond mogelijk vervuild kan zijn, enz....⁴⁷

2. De koper

30. Uit de raadgevingsplicht van de verkoper kunnen we *a contrario* afleiden dat er op de koper een spreekplicht rust met betrekking tot de elementen die voor hem/haar van determinerend belang zijn. Op die manier is het voor de verkoper eenvoudiger om te weten of het desbetreffende onroerend goed wel geschikt is voor het gebruik dat de koper er wenst van te maken.⁴⁸

Stel dat het gaat om de verkoop van een stuk grond dat volledig vol geplant is met bomen en de koper de bedoeling heeft om het definitief te ontbossen om er vervolgens een huis op te bouwen. Dan kan de verkoper de koper er reeds op wijzen, wanneer de koper zijn intentie tot ontbossing meedeelt, dat met betrekking tot dat perceel er een stedenbouwkundige verplichting bestaat om het heraan te planten. Op die manier wordt vermeden dat men nodeloos gaat onderhandelen en bovendien zal de koper niet met een ongelukkige aankoop opgescheept zitten.

31. Minstens even belangrijk is de onderzoeksplicht in hoofde van de koper. Het is niet omdat er op de verkoper een mededelingsplicht rust dat hij/zij daarom niets meer moet doen. Het vermoeden van naïviteit is zo goed als weggefallen, wat er concreet op neer komt dat men navraag en

⁴⁶ X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 207, nr. 9

⁴⁷ M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 53-54.

⁴⁸ R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, 219.

onderzoek moet doen naar feiten die eenvoudig te ontdekken zijn.⁴⁹ Men kwalificeert deze onderzoeksplicht als een inspanningsverbintenis die door de rechtspraak *in concreto* beoordeeld wordt, met andere woorden rekening houdende met alle subjectieve en objectieve omstandigheden en de kwalificaties van de koper *in concreto*.⁵⁰

Er is dus sprake van een aantal minimumvereisten waaraan de aspirant-koper moet voldoen. Zo verwacht men in de praktijk dat men niet blindelings afgaat op de informatie die wordt verstrekt via krantenadvertenties, websites en zelfs niet op diegene afkomstig van de verkoper zelf. Het lijkt ons noodzakelijk dat de koper op zijn minst ter plekke gaat kijken en tijdens de bezichtiging ervan zeer oplettend is. Stuit hij op zichtbare gebreken, denk bijvoorbeeld aan vochtplekken, dan moet hij de verkoper hiervan in kennis stellen en hier expliciet naar informeren.⁵¹ Daarnaast moet hij ook informatie inwinnen die redelijkerwijze relevant voor de koop lijkt. Zoals het inwinnen van informatie bij de plaatselijke gemeentelijke diensten van stedenbouw om de bestemmingsplannen te raadplegen en zich te vergewissen van mogelijke stedenbouwkundige overtredingen.⁵²

32. De rechtsleer en rechtspraak lijken het er over eens dat er geen sprake is van een algemene plicht om zich als leek te laten bijstaan door een deskundige ter zake.⁵³ Noch dat de aspirant-koper alles in het werk moet stellen om alwetend te zijn over het onroerend goed. Men gaat ervan uit dat men voldaan heeft aan zijn onderzoeksplicht als men zoals elke normale en voorzichtige leek, alvorens dergelijke gewichtige overeenkomst te sluiten, de nodige inlichtingen heeft ingewonnen.⁵⁴

33. Het niet of onzorgvuldig naleven van die onderzoeksplicht brengt grote gevolgen teweeg voor de koper. Enerzijds zal hij de mogelijkheid verliezen om zich achteraf op de dwaling te beroepen of zal deze op zijn minst als onverschoonbaar worden beschouwd. Men gaat er van uit dat de dwaling onverschoonbaar is als men gelet op de situatie waarin de aspirant-koper zich bevindt, hij niet weet

⁴⁹ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 240, nr. 560; R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, 179.

⁵⁰ X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 210, nr. 11.

⁵¹ Brussel 14 december 2010, *T. Not.*2012, 53; <http://www.taxatieaanbieders.nl/informatie-plicht.htm> (consultatie 23 maart 2012).

⁵² Brussel 14 december 2010, *T. Not.*2012, 52; <http://www.livios.be/nl/build/droi/advo/9372.asp?content=Coupe%20advocaat:%20informatieplicht%20van%20de%20koper> (consultatie 23 maart 2012).

⁵³ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 244, nr. 569; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 209, nr. 11.

⁵⁴ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 242-243, nr. 565.

wat ieder redelijk handelend mens in zijn plaats zou weten of nagelaten heeft zich te informeren, terwijl een normale oplettendheid voorschrijft dat men zich moet informeren.⁵⁵

Anderzijds is de verkoper geen vrijwaring verschuldigd voor de zichtbare gebreken en heeft hij ook niet de plicht deze te melden. De koper moet zelf nagaan bij de bezichtiging van het onroerend goed of er sprake is van zichtbare gebreken. Noch is de verkoper vrijwaring verschuldigd voor verborgen gebreken als het gaat om gebreken die de koper kent of behoort te kennen⁵⁶, daar immers de voorwaarde dat het gebrek verborgen moet zijn in dat geval niet meer aan de orde is.⁵⁷

34. We kunnen ons nu wel de vraag stellen in hoeverre die onderzoeksplicht reikt. Hierover lijkt geen vastlijniig stramien te bestaan, maar wel staat het vast dat het in beginsel volstaat om oplettend eventuele gebreken op te speuren en alle nuttige informatie in te zamelen. Zo stelde het Hof van Beroep van Luik dat men niet kan eisen dat men naast het inwinnen van alle nodige inlichtingen ook zou moeten overgaan tot een dure expertise (*in casu* een bodemonderzoek), indien de kopers niet op de hoogte waren dat het ging om een voormalige industriegrond⁵⁸. Anders beslissen zou neerkomen op een ontmoediging van aspirant-kopers en finaal de onroerende transacties afremmen.⁵⁹ Wat betreft het opsporen van gebreken besliste het Hof van Beroep van Bergen dat men van de koper, zelfs al is hij een deskundige op dat vlak, niet kan eisen dat hij op de hoogte is van de meest recentste gespecialiseerde vakliteratuur die hem wel de mogelijkheid van een gebrek had kunnen bijbrengen.⁶⁰

We stellen vast dat er als het ware een wisselwerking bestaat tussen de informatieplicht van de verkoper en de opzoekinsplicht van de koper. Twijfelt de koper aan een aantal zaken nadat hij de nodige informatie heeft verkregen van de verkoper, dan ligt de bal in zijn kamp. Hij kan hier onder andere meer uitleg over vragen of zelf de nodige inlichtingen inwinnen. Bijgevolg blijkt dat het vertrekpunt is en blijft dat de verkoper primair een spreekplicht heeft, terwijl bepaalde omstandigheden ervoor kunnen zorgen dat er op de koper subsidiair de plicht rust om zelf een

⁵⁵ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 241 nr. 562.

⁵⁶ Bv. als men twijfels heeft over de aanwezigheid van vochtplekken, dan moet men de verkoper hierover aanspreken en gerichte vragen stellen. Doet men dit niet, dan gaat men er van uit dat je ze toch behoort te kennen en dit op grond van de onderzoeksplicht.

⁵⁷ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 310, nr. 719; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 210, nr. 11.

⁵⁸ Anders zou het evenwel geweest zijn indien de kopers hiervan wel op de hoogte waren, om dan te voldoen aan hun onderzoeksplicht zou van hen een bijzondere aandacht voor de mogelijke aanwezigheid van bodemverontreiniging verwacht worden.

⁵⁹ Luik 11 december 1989, *Act. dr.* 1991, 210.

⁶⁰ Bergen 10 juni 1985, *RGAR* 1987, nr. 11187.

onderzoek in te stellen naar bepaalde feiten. Anders redeneren zou een te grote rechtsonzekerheid met zich meebrengen!⁶¹

B. De plichten van de notaris

1. De notaris als vertrouwenspersoon

35. De notaris oefent een beroep uit met een gemengd karakter, enerzijds treedt hij op als openbaar ambtenaar die bekleed is met het deel van het overheidsgezag, waardoor hij aldus over de bevoegdheid beschikt om authenticiteit te verlenen aan onderhandse akten, anderzijds treedt hij op als juridisch zakenman of dienstverlener waarbij zijn taak er hoofdzakelijk uit bestaat om zijn cliënten met raad en daad bij te staan, zelfs zonder dat er een akte wordt verleden.⁶² Niettemin is men het er over eens dat de notaris steeds bekleed is met een vertrouwensopdracht, ongeacht de hoedanigheid waarin hij optreedt. Hij wordt aanzien als de vertrouwenspersoon bij uitstek, die zijn kennis en vaardigheid aanwendt ter bevordering van de rechtszekerheid.⁶³

Wat men precies dient te verstaan onder die vertrouwensopdracht is niet bij wet geregeld, maar uit de rechtspraak en rechtsleer blijkt dat hier drie verplichtingen kunnen worden uit afgeleid. Ten eerste een morele plicht. Van de notaris mag men steeds verwachten dat zijn optreden gekenmerkt wordt door oprechtheid, goede trouw, kiesheid, rechtschapenheid, onpartijdigheid, loyauteit, spoed, voorzichtigheid en discretie. Vervolgens rust op hem een plicht tot voorzichtigheid en vakkundigheid en tot slot een bijstandsverplichting.⁶⁴

36. Deze plicht tot bijstand is uitermate belangrijk daar de notaris verplicht is om ten aanzien van alle partijen die voor hem verschijnen op onpartijdige wijze de vereiste bijstand te verlenen en hen zeer

⁶¹R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, 186-187.

⁶²R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 498; K. TROCH, "De notariële informatie- en raadgevingsplicht revisited", *TBBR* 1999, 291, nr. 5.1-5.2; Th. VAN SINAY, "Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over de notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverschaffingomtrent onroerende goederen", *TBBR* 2003, 690.

⁶³F. BAUDONCQ, "De raadgevingsplicht van notarissen in geval van buiten hun tussenkomst gesloten onderhandse overeenkomsten" (noot onder Kh. Brussel 12 december 2003), *T. Vred.* 2006, 372, nr. 3; K. TROCH, "De notariële informatie- en raadgevingsplicht revisited", *TBBR* 1999, 293-294, nr. 6.

⁶⁴K. TROCH, "De notariële informatie- en raadgevingsplicht revisited", *TBBR* 1999, 294, nr. 6; Th. VAN SINAY, "Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over de notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverschaffingomtrent onroerende goederen", *TBBR* 2003, 691.

goed in te lichten over de draagwijdte van hun respectieve rechten en plichten en over de mogelijke modulatie van clausules.⁶⁵

Als corollarium van deze algemene bijstandsverplichting is de notaris gehouden tot een raadgegingsverplichting. Informatie, waarschuwing, advies en bijstand behoren tenslotte tot de vaste opdrachten van de notaris.⁶⁶

2. De raadgegingsverplichting

37. Als we de raadgegingsverplichting van naderbij bekijken dan veronderstelt zij vanwege de notaris niet alleen een gedegen juridische kennis maar evenzeer een brede ervaring en maatschappelijke interesse. Zo blijkt uit de praktijk dat het grootste deel van schadeclaims tegen notarissen hun oorzaak vinden in een tekortkoming aan die raadgegingsplicht.⁶⁷

38. Hoewel er in het verleden vaak twijfel was over de ware grondslag van die raadgegingsplicht is dit heden ten dage niet meer het geval. Haar wettelijke basis is terug te vinden in artikel 9 paragraaf 1, lid 3 van de Organieke wet Notariaat⁶⁸: *“De notaris licht elke partij altijd volledig in over de rechten, verplichtingen en lasten die voortvloeien uit de rechtshandelingen waarbij zij betrokken is en geeft aan alle partijen op onpartijdige wijze raad.”*⁶⁹

39. Niettegenstaande het feit dat deze plicht eigenlijk een verzamelterm is die meerdere notariële subverplichtingen dekt, zijn er toch drie verplichtingen die extra benadrukt moeten worden.⁷⁰ Sommigen stellen zelf dat zij een drievoudig voorwerp heeft: een voorlichtings- of informatieplicht, een opzoekingsplicht en een verplichting de formaliteiten te vervullen na het verlijden van de akte.⁷¹

⁶⁵S. DENOO, “Bijstands- en informatieplicht van de notaris bij de verkoop van een onroerend goed” (noot onder Gent 12 februari 1997), *R.W.* 1999-2000, 199; X. DESMET, “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 235, nr. 47.

⁶⁶K. TROCH, “De notariële informatie- en raadgegingsplicht revisited”, *TBBR* 1999, 294, nr. 7.

⁶⁷Th. VAN SINAY, “Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over de notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverschaffing omtrent onroerende goederen”, *TBBR* 2003, 691.

⁶⁸Wet van 25 ventôse jaar XI, zoals gewijzigd door de Wet van 14 november 2011, *BS* 10 februari 2012.

⁶⁹R. TIMMERMANS, “Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed” in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 500; Th. VAN SINAY, “Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over de notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverschaffing omtrent onroerende goederen”, *TBBR* 2003, 691.

⁷⁰F. BAUDONCQ, “De raadgegingsplicht van notarissen in geval van buiten hun tussenkomst gesloten onderhandse overeenkomsten” (noot onder Kh. Brussel 12 december 2003), *T. Vred.* 2006, 372, nr. 4; Th. VAN SINAY, “Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over de notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverschaffing omtrent onroerende goederen”, *TBBR* 2003, 691.

⁷¹M. BOES, “Notariële aansprakelijkheid en administratief recht” (noot onder Brussel 20 september 1995), *Not. Fisc. M.* 1996, 228; I. DEMUYNCK, “De verkoop van andermans zaak en de aansprakelijkheid van de notaris

In wat volgt gaan we iets dieper ingaan op de twee eerste plichten en daarbij er ook op wijzen dat die plichten kunnen verschillen als de notaris reeds optreedt bij de compromis dan wel voor het eerst bij het verlijden van de akte. Ook zal de informatieplicht ingeval van een openbare verkoop ruimer zijn dan wanneer het gaat om een loutere verkoop uit de hand.

a. De informatie- of voorlichtingsverplichting

40. De informatieverplichting treedt steeds meer op de voorgrond en bovendien wordt zij ten gevolge van de complexiteit van het rechtsverkeer en de regionalisering van verschillende regelgevingen steeds ruimer.⁷² De notaris moet er onder meer voor zorgen dat hij informatie verstrekt met betrekking tot de rechtsgeldigheid van de voorgenomen rechtshandeling en de juridische betekenis van de gebruikte termen, maar evenzeer een toelichting geven omtrent de economische gevolgen en het mechanisme van bepaalde verrichtingen. Hij moet de partijen zo volledig, duidelijk en correct mogelijk inlichten omtrent alle mogelijke risico's verbonden aan de in de overeenkomst opgenomen clausules en voorwaarden en er zich van vergewissen dat de partijen de precieze draagwijdte van hun rechten en verplichtingen kennen. Verder moet hij ze ook wijzen op duistere punten in de wetgeving en hun aandacht vestigen op mogelijke gevaren.⁷³

b. De opzoekings- en onderzoekingsplicht

41. Een ander onderdeel van de raadgevingsplicht is de opzoekings- en onderzoeksplicht, dit is een logisch gevolg van zijn taak als raadgever.

Hieronder verstaat men dat de notaris de plicht heeft om alle noodzakelijk elementen te vragen aan de partijen of deze zelf op te zoeken. Daarnaast is hij op grond van het vertrouwen dat beide partijen hebben in de notaris er ook toe gehouden om de verklaringen van de partijen te controleren. Hij mag er niet zomaar van uitgaan dat alles wat hem meegedeeld of bezorgd wordt correct is. Bovendien moet hij de juridische bekwaamheid en de bevoegdheid van de partijen onderzoeken, alsook de

terzake", *TBBR* 1995, 68, nr. 19; K. TROCH, "De notariële informatie- en raadgevingsplicht revisited", *TBBR* 1999, 296, nr. 7.3.1.

⁷²Th. VAN SINAY, "Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over de notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverschaffing omtrent onroerende goederen", *TBBR* 2003, 692.

⁷³F. BAUDONCQ, "De raadgevingsplicht van notarissen in geval van buiten hun tussenkomst gesloten onderhandse overeenkomsten" (noot onder Kh. Brussel 12 december 2003), *T. Vred.* 2006, 373, nr. 4; K. TROCH, "De notariële informatie- en raadgevingsplicht revisited", *TBBR* 1999, 297, nr. 7.3.2; Th. VAN SINAY, "Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over de notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverschaffing omtrent onroerende goederen", *TBBR* 2003, 692.

juridische omvang van de rechten die het voorwerp zijn van de overeenkomst.⁷⁴ Zo zal hij bijvoorbeeld nagaan of de eigendomsoverdracht op zich wel mogelijk is en dit door de eigendomstitel te verifiëren aan de hand van het dertigjarig hypothecair getuigschrift.⁷⁵ Eens hij alle nodige opzoeken heeft gedaan, is het vervolgens zijn taak om het resultaat daarvan mede te delen aan de partijen en op die manier hun eventuele onwetendheid op te vangen.⁷⁶

42. Hoewel men tal van redenen kan opsommen om reeds van in het begin beroep te doen op de bijstand van een notaris en meer in het bijzonder de onderhandse koopovereenkomst door een notaris te laten opstellen blijkt toch en wij betreuren dit ten zeerste dat in de praktijk men vaak de notaris pas voor het eerst raadpleegt met het oog op het verlijden van de authentieke akte. Dit ondanks zijn juridisch-technische kennis en zijn noodzakelijke betrokkenheid bij het authenticeren.⁷⁷

43. Indien de notaris maar geraadpleegd wordt nadat de partijen – al dan niet met behulp van een vastgoedmakelaar – de compromis hebben opgesteld, dan is zijn raadgevingsplicht minder absoluut en zal hij in principe de juridische werkelijkheid zoals de partijen die in de onderhandse overeenkomst hebben geschapen, overnemen in de authentieke akte.⁷⁸ Het is de notaris niet toegelaten om zich in de plaats van de partijen te stellen noch om correcties aan te brengen in het compromis.⁷⁹

In een vonnis van de Rechtbank van Koophandel van Brussel⁸⁰ besliste de rechter dat de notaris niet verweten kon worden dat hij een beding met betrekking tot verborgen gebreken – dat reeds was opgenomen in de door de partijen opgestelde compromis – had overgenomen in de authentieke akte. *In casu* werd de notaris verweten dat de clause in de notariële akte niet beantwoordde aan

⁷⁴F. BAUDONCQ, “De raadgevingsplicht van notarissen in geval van buiten hun tussenkomst gesloten onderhandse overeenkomsten” (noot onder Kh. Brussel 12 december 2003), *T. Vred.* 2006, 373, nr. 4; I. DEMUYNCK, “De verkoop van andermans zaak en de aansprakelijkheid van de notaris terzake”, *TBBR* 1995, 69, nr. 20; S. DENOO, “Bijstands- en informatieplicht van de notaris bij de verkoop van een onroerend goed” (noot onder Gent 12 februari 1997), *RW* 1999-2000, 199.

⁷⁵B. TILLEMEN en A. VERBEKE, “Bijzondere overeenkomsten in kort bestek” in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 10, nr. 25.

⁷⁶S. DENOO, “Bijstands- en informatieplicht van de notaris bij de verkoop van een onroerend goed” (noot onder Gent 12 februari 1997), *RW* 1999-2000, 199.

⁷⁷F. BAUDONCQ, “De raadgevingsplicht van notarissen in geval van buiten hun tussenkomst gesloten onderhandse overeenkomsten” (noot onder Kh. Brussel 12 december 2003), *T. Vred.* 2006, 372, nr. 2.

⁷⁸B. VAN BAEVEGHEM, “Actualiteiten inzake koop-verkoop van onroerende goederen en verkoopsmandaat: overzicht van rechtspraak (2002-2007)” in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, XI, Brugge, Die Keure, 2007, 98, nr. 14.

⁷⁹F. BAUDONCQ, “De raadgevingsplicht van notarissen in geval van buiten hun tussenkomst gesloten onderhandse overeenkomsten” (noot onder Kh. Brussel 12 december 2003), *T. Vred.* 2006, 374, nr. 5; R. TIMMERMANS, “Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed” in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 502.

⁸⁰Kh. Brussel 12 december 2003, *T. Not.* 2006, 368-370, Noot F. BAUDONCQ.

de door de verkoper uitdrukkelijk geformuleerde wens niet gehouden te zijn tot vrijwaring in geval van verborgen gebreken. De verkoper kon dit verwijt ons inziens beter aan zijn eigen adres richten daar de clause die hij zelf had opgesteld geen exoneratiebeding uitmaakte maar een loutere bevestiging was dat hij niet op de hoogte was van enige verborgen gebreken. De rechter besliste ons inziens terecht dat het herschrijven van een duidelijke clause uit de compromis de grenzen van zijn raadgevingsplicht te buiten gaat.⁸¹ Anders oordelen zou er volgens ons op neerkomen dat het reeds zo complexe takenpakket van de notaris steeds verder wordt uitgebreid, wat wij menen helemaal niet de bedoeling kan zijn.

44. Wij betreuren het ten eerste dat men in de praktijk zo weinig gebruik maakt van de ervaring en kennis die de notaris heeft om hen bij te staan bij het opstellen van de compromis. Immers wanneer het fout loopt, is de notaris vaak de eerste persoon die men aansprakelijk zal stellen. Wij zien het zo, beslis je zelf om geen beroep te doen op de notaris bij het opstellen van de compromis, dan menen wij dat de partijen zelf de verantwoordelijkheid moeten dragen wanneer iets niet loopt zoals ze het voor ogen hadden. Zoals het spreekwoord zegt: “Je kan niet van beide walletjes eten”.

Ons advies luidt dan ook wanneer partijen onvoldoende thuis zijn in het wereldje van vastgoedtransacties ze er goed aan doen op de compromis te laten opstellen door de notaris. Dit om te vermijden dat men later in een ongelukkige situatie terecht komt.

c. De juridische aard van de raadgevingsverplichting

45. Zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer is men het over eens dat die raadgevingsverplichting een middelenverbintenis uitmaakt.⁸² Zij is van openbare orde, wat er toe leidt dat exoneratie in alle geval uitgesloten is.⁸³ Daar het niet gaat om een resultaatverbintenis is het vanzelfsprekend dat de notaris niet gehouden is tot het onmogelijke, maar wel dat hij aantoont dat hij alle mogelijke inspanningen heeft geleverd.⁸⁴

⁸¹F. BAUDONCQ, “De raadgevingsplicht van notarissen in geval van buiten hun tussenkomst gesloten onderhandse overeenkomsten” (noot onder Kh. Brussel 12 december 2003), *T. Vred.* 2006, 371 en 376, nr. 1 en 7.

⁸²Brussel (1^e k.) 17 november 2009, *T. Not.* 2010, 482; Brussel 11 oktober 2011, *T. Not.* 2012, 58, nr. 4.1.4; J. CEENAEME, “Zorgvuldigheid verkoper bij overdracht van een risicoground”, *Vastgoed info* 2010, afl. 9, 1.

⁸³I. DEMUYNCK, “De verkoop van andermans zaak en de aansprakelijkheid van de notaris terzake”, *TBBR* 1995, 68-69, nr.19; K. TROCH, “De notariële informatie- en raadgevingsplicht revisited”, *TBBR* 1999, 298-299, nr. 7.4.

⁸⁴F. BAUDONCQ, “De raadgevingsplicht van notarissen in geval van buiten hun tussenkomst gesloten onderhandse overeenkomsten” (noot onder Kh. Brussel 12 december 2003), *T. Vred.* 2006, 374-375, nr. 6; M. BOES, “Notariële aansprakelijkheid en administratief recht” (noot onder Brussel 20 september 1995), *Not. Fisc. M.* 1996, 228-229; Th. VAN SINAY, “Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over de notariële

46. Hoewel misschien eerst de indruk werd gewekt dat de raadgevingsplicht grenzeloos is, is ze wel degelijk betrekkelijk en beperkt. Zowel wat betreft de aard van de raadgeving als de context waarin de notaris raad geeft. Wat betreft de aard kunnen we stellen dat de notaris steeds in zekere zin afhankelijk is van de gegevens die hem zijn meegedeeld. Men kan niet verwachten dat hij alle relevante elementen achterhaalt en controleert. Evenmin kan de notaris beslissen in hun plaats en het is best mogelijk dat zijn cliënten zijn goede raad niet in acht nemen.⁸⁵ Bovendien wanneer de notaris de nodige inlichtingen heeft ingewonnen en er geen aanwijzingen zijn voor één of ander probleem dan is het niet vereist dat hij zelf nog een aanvullend onderzoek doet. De notaris mag er dan ook op vertrouwen dat de inlichtingen die hij van de bevoegde overheden heeft ontvangen, correct zijn.⁸⁶

47. Of de raadgevingsplicht correct is nageleefd, wordt *in concreto*⁸⁷ beoordeeld, wat er dus op neer komt dat men rekening gaat houden met alle relevante, specifieke en feitelijke omstandigheden. De feitenrechter gaat nagaan of de notaris gehandeld heeft zoals de normaal zorgvuldige en voorzichtige notaris, met dezelfde bijzondere beroepskennis en specialiteit als elke notaris, geplaatst in dezelfde omstandigheden. Voorbeelden van relevante omstandigheden zijn onder meer: de hoedanigheid, vorming en ervaring van de partijen, de aard van de akte, de urgentie, ... Verder moet de notaris steeds handelen volgens de bedoeling van de partijen en vooral conform hetgeen zij reeds in de compromis zijn overeengekomen.⁸⁸

Samengevat dient de raadgevingsverplichting in alle redelijkheid beoordeeld te worden. Gedraagt de notaris zich niet zoals de *bonus pater familias* dan maakt dit een schending uit van de zorgvuldigheidsnorm. Het lijkt ons inziens correct dat men niet kan verwachten van de notaris dat hij elke ingewonnen inlichting nog eens dubbel checkt. Dit zou niet alleen zorgen voor een enorme

aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverstopping omtrent onroerende goederen", *TBBR* 2003, 693.

⁸⁵F. BAUDONCQ, "De raadgevingsplicht van notarissen in geval van buiten hun tussenkomst gesloten onderhandse overeenkomsten" (noot onder Kh. Brussel 12 december 2003), *T. Vred.* 2006, 375, nr. 6; M. BOES, "Notariële aansprakelijkheid en administratief recht" (noot onder Brussel 20 september 1995), *Not. Fisc. M.* 1996, 228-229; K. TROCH, "De notariële informatie- en raadgevingsplicht revisited", *TBBR* 1999, 300, nr. 7.4.2.

⁸⁶M. BOES, "Notariële aansprakelijkheid en administratief recht" (noot onder Brussel 20 september 1995), *Not. Fisc. M.* 1996, 230-231; J. CEENAEME, "Zorgvuldigheid verkoper bij overdracht van een risicoground", *Vastgoed info* 2010, afl. 9, 2.

⁸⁷ Brussel 17 maart 2003, *TBBR* 2003, 730; C. DE WULF, *Opstellen van notariële akten*, II B, Mechelen, Kluwer, 2006, 143, nr. 246

⁸⁸F. BAUDONCQ, "De raadgevingsplicht van notarissen in geval van buiten hun tussenkomst gesloten onderhandse overeenkomsten" (noot onder Kh. Brussel 12 december 2003), *T. Vred.* 2006, 374-375, nr. 6; M. BOES, "Notariële aansprakelijkheid en administratief recht" (noot onder Brussel 20 september 1995), *Not. Fisc. M.* 1996, 228-230; K. TROCH, "De notariële informatie- en raadgevingsplicht revisited", *TBBR* 1999, 300, nr. 7.4.3; Th. VAN SINAY, "Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over de notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverstopping omtrent onroerende goederen", *TBBR* 2003, 693 en 695.

toename van de tijdsdruk maar evenzeer de goede werking van het notarisambt in gedrang brengen. Wat natuurlijk allesbehalve de bedoeling is. Wij menen dan ook dat inlichtingen verkregen bij overheidsinstanties, die in principe reeds door hen getoetst zijn, volledig te betrouwen zijn. Tenzij wanneer de notaris zelf twijfelt over de juistheid van bepaalde gegevens is het volgens ons aan te raden nadere opzoeken te verrichten.

d. De raadgegingsverplichting bij de openbare verkoop

48. Net zoals bij de onderhandse verkoop zal de notaris alle nuttige informatie moeten verzamelen met betrekking tot de beschikbaarheid en de beschrijving van het goed, de identiteit van de verkoper, de aanwezigheid van erfdiensbaarheden, ... Voor het overige moet de raadgegingsverplichting bij de openbare verkoop evenwel ruimer worden opgevat.

Zo is de notaris er toe gehouden om tijdens het verloop van de openbare verkoop de verkoper op de hoogte te brengen van iedere evolutie in het dossier. Van de notaris zal men ook verwachten dat hij een bezoek ter plaatse brengt, daar hij instaat voor de openbare verkoop en dus zeer goed de situatie ter plaatse moet kennen. Het is bijzonder belangrijk dat de beschrijving van het onroerend goed veel preciezer is dan bij de verkoop uit de hand, enerzijds voor de publiciteit die de notaris moet voeren, anderzijds voor de uitleg die hij moet geven op de zitdag van de openbare verkoop zelf.⁸⁹

49. De inhoud van de publiciteit is van groot belang. De kandidaat-kopers mogen er immers van uitgaan dat de beschrijving in de aankondiging correct en volledig is, vermits deze afkomstig is van een notaris. Men gaat er bijgevolg van uit dat hij alle gegevens alvorens hij ze bekend maakt, krachtens zijn onderzoeksplicht, heeft getoetst aan de werkelijkheid.⁹⁰ Men vereist dat de publiciteit notariaatwaardig is, waarmee men dan bedoelt dat ze niet misleidend mag zijn. Begaat de notaris een vergissing dan wordt hij hiervoor aansprakelijk geacht.⁹¹ Het is dan ook daarom dat de voorzichtige notaris in de praktijk alle stedenbouwkundige informatie gaat opnemen in de aankondiging en zelfs meer informatie dan wettelijk vereist.⁹² Dit laatste kunnen wij alleen maar

⁸⁹L. WEYTS, *Notarieel contractenrecht, I, Verkoop uit de hand – Vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 344-345 en 347, nr. 185-186 en 188.

⁹⁰A. VAN DEN BOSSCHE, "Praktische aspecten bij de openbare verkoop", in A. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Notariële facetten van het contractenrecht*, Leuven, Universitaire pers, 2004, 149, nr. 18.

⁹¹L. WEYTS, *Notarieel contractenrecht, I, Verkoop uit de hand – Vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 347 en 349, nr. 189 en 191.

⁹²A. VAN DEN BOSSCHE, "Praktische aspecten bij de openbare verkoop", in A. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Notariële facetten van het contractenrecht*, Leuven, Universitaire pers, 2004, 148-149, nr. 18.

toejuichen, aangezien hij zich op die manier reeds indekt tegen mogelijke aansprakelijkheidsvorderingen.

3. Het verlenen van authenticiteit aan de onderhandse verkoopakte

50. Het kwam reeds aan bod dat een eigendomsoverdracht van een onroerend goed maar tegenwerpelijk is ten aanzien van derden wanneer de authentieke akte is overgeschreven op het hypotheekkantoor. Om die overschrijving mogelijk te maken is er nood aan een notariële akte die door de notaris wordt opgemaakt.⁹³

51. In de authentieke akte moeten een aantal vermeldingen worden opgenomen, die verplicht door de wet worden opgelegd. Hij moet bijvoorbeeld verplicht vermelden of er een stedenbouwkundige vergunning is uitgereikt, wat de meest recente stedenbouwkundige bestemming is, of er sprake is van een voorkooprecht, ... Daarnaast moet hij ook steeds bepalingen opnemen inzake het Bodemdecreet.⁹⁴

52. In de praktijk komt het soms voor dat de tekst van de compromis en de tekst van de authentieke akte niet identiek zijn. In dergelijk geval kunnen we ons de vraag stellen wat nu de werkelijke wil is van de partijen en aan welke tekst voorrang moet worden verleend. Een antwoord kan gevonden worden in het vonnis van de Kort Geding rechter van Brussel⁹⁵. In casu was er sprake van een exonerationebeding voor verborgen gebreken dat enkel opgenomen was in de authentieke akte en niet in de compromis. Men oordeelde dat de tekst van de notariële akte niet noodzakelijk voorrang had. Het was dus noodzakelijk om de werkelijke wil van de partijen te achterhalen, met name in welke mate hebben de partijen de oorspronkelijke overeenkomst willen wijzigen door toevoeging van dat exonerationebeding. Indien kan aangetoond worden dat de aanpassing het gevolg is van gewijzigde omstandigheden sinds het ondertekenen van de compromis, dan gaat de authentieke akte voor, zoniet de compromis.⁹⁶

C. De vastgoedmakelaar

⁹³ C. DE WULF, *Opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 6, nr. 5.

⁹⁴ M. BOES, "Notariële aansprakelijkheid en administratief recht" (noot onder Brussel 20 september 1995), *Not. Fisc. M.* 1996, 230; F. BUYSENS, "Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van een onroerend goed", in *De notaris en de conflictbeheersing*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 44-45, nr. 41; M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 361, nr. 80; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 11, nr. 25.

⁹⁵ KG 13 maart 2004, *T. Not.* 2005, 167.

⁹⁶ M. DAMBRE, "Actuele ontwikkelingen inzake koop-verkoop van onroerende goederen: overzicht van de belangrijkste recente rechtspraak (2000-2005)" in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, VII, Brugge, Die Keure, 2005, 111, nr. 61

53. Als vandaag de dag iemand het heeft over een vastgoedmakelaar, dan denken we primair aan iemand die optreedt als bemiddelaar bij het totstand brengen en sluiten van een koopovereenkomst met betrekking tot onroerende goederen. Zijn taak bestaat er in eerste instantie in om partijen bij elkaar te brengen, assistentie te verlenen bij het voeren van onderhandelingen en het sluiten van de overeenkomst voor te bereiden. Het zijn evenwel de partijen zelf die de beoogde rechtshandelingen verrichten.

54. De vastgoedmakelaar wordt meestal ook beschouwd als een ware vastgoeddeskundige. In tegenstelling tot de notaris die uitblinkt in het juridische, beschikt hij over een grotere bouwkundige kennis van een onroerend goed. Daarenboven heeft hij een goed overzicht van de markt van onroerende goederen, de prijsontwikkeling en de verhouding tussen vraag en aanbod.⁹⁷ Dit heeft tot gevolg dat er op die manier verwachtingen worden gewekt ten aanzien van de kwaliteit van de prestatie die hij levert.⁹⁸

55. Opnieuw is er sprake van zowel een raadgevingsplicht, die eveneens een ontradingsplicht omvat, als van een opzoekingsplicht. De makelaar is immers een professioneel en zijn cliënten die meestal een leek zijn in de desbetreffende materie, vertrouwen erop dat de transactie goed zal worden voorbereid en gerealiseerd.⁹⁹ Zo verwacht men bijvoorbeeld dat de vastgoedmakelaar eventuele gebreken eerder zal opmerken dan de ondeskundige koper of verkoper.¹⁰⁰

56. Net zoals de verkoper in verhouding tot de koper een mededelingsplicht heeft, rust op de opdrachtgever eveneens een spreekplicht ten aanzien van zijn makelaar. Zo zal hij bepaalde essentiële aspecten spontaan moeten meedelen, het is dan ook hij die de informatie heeft verkregen uit de eerste hand. Denk hierbij aan de juridische en feitelijke gebreken van het onroerend goed. Vaak zal de makelaar immers door de loutere bezichtiging van het onroerend goed niet tot de vereiste kennis komen. Bijvoorbeeld wanneer de woning behept is met een termietenplaag of aangetast is door asbest, ... Het zou dan ook tot onbillijke situaties leiden als de koper de makelaar aanspreekt voor de gebreken waarmee hij geconfronteerd wordt, terwijl de opdrachtgever zijn plicht niet heeft vervuld en eigenlijk de enige was die kennis had van die gebreken.¹⁰¹

⁹⁷R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 551-552.

⁹⁸R. TIMMERMANS, *Het vastgoedmakelaarscontract*, Gent, Larcier, 2005, 149.

⁹⁹R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 553; R. TIMMERMANS, *Het vastgoedmakelaarscontract*, Gent, Larcier, 2005, 139 en 147.

¹⁰⁰J. DAMMINGH, *Bemiddeling door de makelaar bij koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer, Kluwer, 2002, 205.

¹⁰¹R. TIMMERMANS, *Het vastgoedmakelaarscontract*, Gent, Larcier, 2005, 132-133.

1. De raadgevingsplicht

57. Men gaat er van uit dat die raadgevingsplicht eigen is aan het professionele statuut van de vastgoedmakelaar en derhalve een deontologische grondslag heeft.¹⁰² Daarnaast kan men de raadgevingsplicht beschouwen als één van de moeilijkste zorgplichten die een makelaar moet nakomen. Dit is niet verwonderlijk daar het van zijn advies zal afhangen wat de volgende stappen zijn van de opdrachtgever.

Hij zal hen advies moeten geven in verband met de bouwtechnische en juridische aspecten van het onroerend goed, zoals het verduidelijken van de juridische consequenties van de transactie zowel op het civiele, administratieve, fiscale als op het stedenbouwkundige vlak. Verder zal hij ook toelichting moeten geven bij de rechten, plichten en voordelen die uit het contract voortvloeien.¹⁰³ Zoals gezegd is er ook sprake van een ontradingsplicht¹⁰⁴, waarmee men bedoelt dat de makelaar niet blindelings of uit gemakzucht de opdrachtgever mag volgen noch tot elke prijs alles inwilligen wat deze suggereert.¹⁰⁵

2. De onderzoeksplicht

58. De tegenhanger van de spreekplicht van de opdrachtgever is de onderzoeksplicht van de vastgoedmakelaar. Over het algemeen gaat men ervan uit dat die plicht niet zo verregaand is als bij de notaris, maar zij moet tenminste doelmatig zijn. In eerste instantie zal hij informatie moeten inwinnen in verband met de gegevens en mededelingen die de opdrachtgever hem heeft verstrekt. Een voorzichtige makelaar zal dus alles dubbel checken. Bovendien is het steeds vereist dat de makelaar het onroerend goed ter plaatse onderzoekt. Deze inspectie moet aangevuld worden met een technische diagnose van het onroerend goed en van zijn basisuitrustingen. Naast het feitelijk onderzoek is er ook een juridisch onderzoek waarbij men nagaat of de transactie mogelijk is, of er sprake is van erfdienstbaarheden of de opdrachtgever bekwaam is, welke milieu- en stedenbouwkundige voorschriften van toepassing zijn, ...¹⁰⁶

¹⁰²R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 572.

¹⁰³R. TIMMERMANS, *Het vastgoedmakelaarscontract*, Gent, Larcier, 2005, 139 en 141.

¹⁰⁴Bijvoorbeeld als de verkoper een woonflat te koop wil stellen als een winkelflat, louter en alleen om zo een hogere prijs te bekomen, dan moet de makelaar hier tegen optreden en die wens niet inwilligen.

¹⁰⁵R. TIMMERMANS, *Het vastgoedmakelaarscontract*, Gent, Larcier, 2005, 144.

¹⁰⁶R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 573; R. TIMMERMANS, *Het vastgoedmakelaarscontract*, Gent, Larcier, 2005, 139 en 147-148.

59. In geval hij één van beide plichten niet zorgvuldig naleeft, kan hij hiervoor door de koper persoonlijk aansprakelijk gesteld worden. Om dergelijke aansprakelijkheidsvorderingen te vermijden, is het zeer belangrijk dat de makelaar handelt zoals men van een bekwame en redelijk handelende beroepsbeoefenaar mag verwachten.¹⁰⁷ Desondanks het feit dat door de reglementering van het beroep en de vakbekwaamheidsvereisten de vastgoedmakelaardij stukken professioneler is geworden, merken we toch dat er in de praktijk nog een zeker argwaan is ten aanzien van vastgoedmakelaars. Het is dan ook belangrijk naar de toekomst toe dat de makelaars die het niet zo nauw nemen met de regeltjes niet meer door de mazen van het net vallen, zodat er opnieuw gestreefd wordt naar een goede reputatie van de vastgoedmakelaars. Er zijn immers tal van goede makelaars die in het verleden niet altijd de kans kregen om dat te bewijzen. Ik wil graag eindigen met een citaat van TIMMERMANS¹⁰⁸: “Spreeken is weliswaar zilver, zwijgen is steeds goud.”

§4: De verplichtingen van de verkoper na de totstandkoming van de verkoop van het onroerend goed

A. De verplichting tot conforme levering

60. Wat betreft het gemeen kooprecht hanteert men vandaag de dag in België nog steeds het duaal regime, wat er dus op neer komt dat de verkoper twee verplichtingen heeft naar de koper toe. Enerzijds de verplichting tot conforme levering anderzijds de vrijwaring voor verborgen gebreken.¹⁰⁹

61. Dit houdt in dat de verkoper de verplichting heeft om het onroerend goed te leveren dat overeenstemt met hetgeen was afgesproken in de overeenkomst.¹¹⁰ Men spreekt hier van het conformiteitsvereiste. Wat men daaronder concreet dient te verstaan heeft de wetgever niet vastgelegd. Normalerweise gaat men ervan uit dat de staat of toestand van het onroerend goed op het moment van de levering gelijk moet zijn aan de staat of toestand van dat onroerend goed op het moment van het sluiten van de verkoopsovereenkomst.¹¹¹ De identiteit¹¹² tussen het geleverde en verkochte onroerende goed neemt hier een centrale plaats in.¹¹³

¹⁰⁷ R. TIMMERMANS, *Het vastgoedmakelaarscontract*, Gent, Larcier, 2005, 143.

¹⁰⁸ R. TIMMERMANS, “Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed” in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 577

¹⁰⁹ B. TILLEMANS, “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed” in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 1, nr. 2; R. TIMMERMANS, “Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed” in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 356; A. VAN OEVELEN, “Het nieuwe begrip conformiteit”, in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 29, nr. 2.

¹¹⁰ Artikel 1604 BW.

¹¹¹ Artikel 1614 BW; M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 58; A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1604 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*,

62. Wanneer de verkoper zich schuldig maakt aan een niet-conforme levering kan de koper zich beroepen op hetzij de gedwongen uitvoering hetzij de ontbinding¹¹⁴. Zo kan men aflevering vragen van hetgeen ontbreekt¹¹⁵ of het herstel vorderen van de schade¹¹⁶. Wanneer hierdoor het (financiële) ongemak is opgelost, is het immers zinloos om zich nog te beroepen op de ontbinding. In beide gevallen kan men hier bovenop nog aanspraak maken op een schadevergoeding, waarbij de goede of kwade trouw van de verkoper geen rol speelt.¹¹⁷ Evenwel is de ingebrekestelling van de verkoper een absolute vereiste vooraleer men zich op deze maatregelen kan beroepen. Bovendien is het enkel en alleen de rechtbank die de bevoegdheid heeft om na te gaan of de tekortkomingen zwaarwichtig genoeg zijn om de ontbinding te rechtvaardigen.¹¹⁸

63. Naast het leveren van een conforme zaak moet de verkoper ook een zaak leveren die vrij is van zichtbare gebreken. Hoewel men de zichtbare gebreken in eerste instantie zou plaatsen onder de vrijwaring voor verborgen gebreken beschouwt de rechtspraak ze als een non-conformiteit. De reden hiervoor is dat zowel een non-conformiteit als een zichtbaar gebrek door de aanvaarding gedekt worden. Vooraleer te aanvaarden dient de koper dus de ontvangen zaak te onderwerpen aan een aandachtig maar normaal onderzoek voor wat betreft haar conformiteit. Immers de aanvaarding houdt hetzij een erkenning in van de conforme levering en van de afwezigheid van zichtbare gebreken hetzij een verzaking van de verkoper aan zijn recht om er zich op te beroepen.¹¹⁹ Weigert de koper te aanvaarden dan beschikt hij over de gemeenrechtelijke rechtsmiddelen, zoals de

Mechelen, Kluwer, losbl., 24, nr. 18; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 29, nr. 26; R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 358; B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 1, nr. 2

¹¹² Eigenschappen, kenmerken, kwantiteit, kwaliteit, omvang, ...

¹¹³ R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 357.

¹¹⁴ Artikel 1184 en 1610 BW.

¹¹⁵ Bv. het terugbrengen en installeren van de door de verkoper weggenomen keukeninrichting.

¹¹⁶ Bv. van de schade die bij de verhuis ontstaan is door toedoen van de verkoper.

¹¹⁷ M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 58; D. DELI, "Afbakeningsproblemen tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering bij het hanteren van een functioneel gebreksbegrip in de koop-verkoop" (noot onder Gent 24 juni 1987), *RW* 1987-88, II, 1365, nr. 4; R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 361.

¹¹⁸ M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 58.

¹¹⁹ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1604 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 24, nr. 18; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 29, nr. 26; B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 12, nr. 14-15.

*exemptionon adimpleti contractus*¹²⁰ en kan hij dus zijn verbintenis om de prijs te betalen opschorten.¹²¹

64. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat de aanvaarding niet met zich meebrengt dat men zich niet meer kan beroepen op de dwaling noch dat bedrog hierdoor gedekt wordt. Over beide wilsgebreken en het onderscheid met de vrijwaring voor verborgen gebreken verder meer.

B. De vrijwaring voor verborgen gebreken

65. Zoals net vermeld moet de verkoper naast de verplichting tot conforme levering ook nog de koper vrijwaren voor verborgen gebreken, maar hierover verder uitgebreid meer in hoofdstuk twee.

C. De vrijwaring voor uitwinning

66. Vrijwaren betekent concreet dat de verkoper er moet op toezien dat de eigenaar het effectieve genot heeft van de verkochte zaak. Naast enerzijds de vrijwaring voor verborgen gebreken staat de verkoper anderzijds ook in voor de vrijwaring voor uitwinning. De verkoper moet dus niet alleen instaan voor een nuttig bezit maar ook voor een ongestoord, rustig en vreedzaam bezit.¹²²

67. De vrijwaring voor uitwinning kan nog opgesplitst worden in de vrijwaring voor eigen daad en de vrijwaring voor daden van derden.¹²³ In het eerste geval moet de verkoper zich zowel voor als na de verkoop onthouden van iedere handeling die een vermindering of aantasting van het eigendomsrecht of diens vreedzaam bezit inhoudt. Dit omvat zowel een feitelijke stoornis als een rechtsstoornis. In het tweede geval moet de verkoper de koper beschermen tegen de juridische aanspraken die derden hebben op de verkochte zaak. Het is dus zeer belangrijk dat de verkoper de koper goed informeert over de lasten die het verkochte goed bezwaren. In tegenstelling tot de vrijwaring voor eigen daad geldt er hier enkel een vrijwaring voor rechtsstoornissen. Er moet evenwel worden opgemerkt dat de verkoper maar gehouden is tot vrijwaring indien de stoornis actueel is en voortvloeit uit een grond die aan de verkoop voorafging.¹²⁴ Wanneer de verkoper de

¹²⁰ Artikel 1184 BW.

¹²¹ B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 13, nr. 16; A. VAN OEVEREN, "Het nieuwe begrip conformiteit", in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 31-32, nr. 4.

¹²² H. CASMAN, I. GERLO, B. VERMEERSCH, *De verkoopakte – Handboek voor de notariële praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2005, 91, nr. 4; R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Overzicht burgerlijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 669.

¹²³ Artikel 1626 BW.

¹²⁴ L.-G. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRYNS, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 156; F. BUYSSENS, "Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van een onroerend goed", in *De notaris en de conflictbeheersing*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 38, nr. 36; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 49-50.

stoornis niet kan doen ophouden en de koper dus effectief wordt uitgewonnen, is de verkoper gehouden tot het betalen van een schadevergoeding.¹²⁵

¹²⁵ L.-G. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 156; H. CASMAN, I. GERLO, B. VERMEERSCH, *De verkoopakte – Handboek voor de notariële praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2005, 91, nr. 4; M. DAMBRE, “Verkoop uit de hand van onroerende goederen (overzicht van de rechtspraak 2005-2010)” in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, XVIII, Brugge, Die Keure, 2011, 138, nr. 94.

HOOFDSTUK 2 : DE VRIJWARING VOOR VERBORGEN GEBREKEN

§1: Afbakening

A. Het principe

68. Volgens artikel 1641 BW is de verkoper gehouden tot vrijwaring voor de verborgen gebreken van de verkochte zaak die deze ongeschikt maken tot het gebruik waartoe men ze bestemt of dit gebruik zodanig verminderen dat de koper, indien hij de gebreken gekend had, de zaak niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht.

In het Burgerlijk Wetboek werd een specifieke regeling uitgewerkt die werd vastgelegd in de artikelen 1641 tot en met 1649.

B. Het onderscheid met andere vorderingen van de koper

1. De vrijwaring voor verborgen gebreken en dwaling¹²⁶

69. Volgens het Belgisch-Franse recht komt een overeenkomst *solo consensu* tot stand, namelijk wanneer er wilsovereenstemming is tussen de betrokken partijen. De overeenkomst is evenwel pas geldig wanneer de wilsvorming en -uiting niet is aangetast door een wilsgebrek. Wordt men geconfronteerd met een wilsgebrek dan kan men zich beroepen op de in het Burgerlijk Wetboek voorziene annulatiemogelijkheden. De voornaamste wilsgebreken zijn dwaling en bedrog.¹²⁷

70. Hoewel beide vorderingen in eerste instantie gelijkenissen vertonen, zijn er toch essentiële verschilpunten. De dwaling moet net zoals het verborgen gebrek de zelfstandigheid van de zaak betreffen en bovendien verschoonbaar zijn.

71. Vaststaande cassatierechtspraak¹²⁸ beschouwt de essentiële of substantiële dwaling als een toestemmingsgebrek dat de overeenkomst nietig maakt op voorwaarde dat zij de zelfstandigheid betreft van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt. Onder de zelfstandigheid van de zaak dient men te verstaan: ieder element en elke hoedanigheid die de partij er hoofdzakelijk

¹²⁶ Artikel 1110 BW;

¹²⁷ B. DEMARSIN, "En hij voelde zich bekocht... - Verhaalsmiddelen bij levering van gebrekkig koopwaar", in B. TILLEMANS, A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten, Themis Cahier n°50*, Brugge, die Keure, 2008, 81-82, nr. 2.

¹²⁸ Cass. 31 oktober 1966, *Arr. Cass.* 1966-67, 301, *Pas.* 1967, I, 294; Cass. 3 maart 1967, *Arr. Cass.* 1966-67, 829, *Pas.* 1967, I, 811.

heeft toe bewogen het contract aan te gaan, zodat zonder dit element het contract niet zou zijn gesloten.¹²⁹

Concreet komt het er dus op neer dat de dwalende koper een ander goed heeft gekocht dan het goed dat hij voor ogen had. Zijn beslissing om te contracteren berust op een verkeerde voorstelling van de wezenlijke eigenschappen van het onroerend goed. Hij meent de waarheid te kennen maar kent haar niet. Daarentegen bij verborgen gebreken gaat het om de ondeugdelijkheid van het conform geleverde goed.¹³⁰ De zaak manifesteert zich alsof ze geschikt is voor het gebruik waartoe de koper ze bestemt, maar in feite is ze daartoe niet of slechts in zeer beperkte mate voor geschikt, waardoor men de zaak niet of slechts voor een lagere prijs zou hebben gekocht indien men hiervan op de hoogte was. Het verborgen gebrek vormt hier dus een oorzaak van de dwaling.¹³¹

72. Een ander punt van overeenkomst met de verborgen gebreken is dat de dwaling verschoonbaar moet zijn. Ieder redelijk mens zou die vergissing begaan hebben, is dit niet het geval dan behoudt de overeenkomst haar uitwerking. De invulling van dit begrip moet volgens de meerderheid van rechtsleer¹³² en rechtspraak¹³³ *in abstracto* beoordeeld worden, *i.e.* volgens het criterium van een normaal zorgvuldig en omzichtig persoon, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden en rekening houdende met een aantal algemene criteria, zoals leeftijd en professionele categorie.¹³⁴ Bij verborgen gebreken vereist men dat het gebrek verborgen is, met name dat men het niet ontdekt zou kunnen hebben of zou moeten hebben bij een normaal en aandachtig onderzoek bij de

¹²⁹Rb. Brussel 6 april 2007, *TMR* 2008, 342; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 9, nr. 13.

¹³⁰F. BUYSENS, "Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van een onroerend goed", in *De notaris en de conflictbeheersing*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 36, nr. 36; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 26, nr. 24; M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 53; R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 357.

¹³¹A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 26-27, nr. 24.

¹³²E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht", *RW* 1992-93, 1216, nr. 20.

¹³³Rb. Hasselt 16 december 1986, *RGAR* 1989, 11536; Rb. Hasselt 3 oktober 1989, *TBBR* 1990, 367.

¹³⁴F. BUYSENS, "Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van een onroerend goed", in *De notaris en de conflictbeheersing*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 36, nr. 36; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 27, nr. 24; M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 53; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 11, nr. 13.

levering.¹³⁵ Concluderend kunnen we stellen dat elk verborgen gebrek de oorzaak vormt van een dwaling, maar dat daarentegen niet elke substantiële dwaling het gevolg is van een verborgen gebrek.¹³⁶

73. Ondanks deze gelijkenissen zijn de verschillen zo essentieel dat deze vorderingen strikt van elkaar gescheiden moeten worden. De nietigheid van de koop geldt *ex tunc* waardoor de partijen terug worden geplaatst in de toestand van vóór de nietige overeenkomst. De verkoper moet de prijs teruggeven en de koper het ontvangen onroerend goed, zonder dat de koper recht heeft op enige schadevergoeding. De gedwaalde koper geniet van een verjaringstermijn van tien jaar¹³⁷, dit in tegenstelling tot de korte termijn¹³⁸ waarover de koper van een gebrekkige zaak over beschikt. Bovendien betreft de vernietiging wegens dwaling vooral het subjectieve aspect van het contract, terwijl vrijwaring voor verborgen gebreken eerder het economische aspect betreft.¹³⁹

2. De vrijwaring voor verborgen gebreken en bedrog

74. Een ander wilsgebrek dat leidt tot de nietigheid van de koop is bedrog. Er is sprake van hoofdbedrog wanneer een partij door het opzettelijk aanwenden van kunstgrepen of list, de andere partij ertoe brengt de overeenkomst aan te gaan.¹⁴⁰ Vereist is dat het bedrog uitgaat van de wederpartij, wat door alle middelen van recht bewezen kan worden. In tegenstelling tot de dwaling is er hier geen sprake van een verschoonbaarheidsvereiste, de nalatigheid in hoofde van de koper brengt dus niet met zich mee dat men zijn nietigheidsvordering verliest.¹⁴¹

¹³⁵ Cass. 26 juni 1968, *Pas.* 1968, II, 1321; Cass. 10 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, 870; B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 23, nr. 36.

¹³⁶ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 27, nr. 24.

¹³⁷ Artikel 1304 BW.

¹³⁸ Hierover uitgebreid meer *infra* nr. 156-160.

¹³⁹ H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN en R. KRUIJTHOF, "Overzicht van de rechtspraak: verbintenissenrecht (1981-1992)", *TPR* 1994, 341, nr. 119; M. DAMBRE, "Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen" (noot onder Antwerpen 20 januari 1980), *TBBR* 1990, 40, nr. 5; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 203, nr. 5.

¹⁴⁰ Artikel 1116 BW; Rb. Brussel 6 april 2007, *TMR* 2008, 342.

¹⁴¹ H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN en R. KRUIJTHOF, "Overzicht van de rechtspraak: verbintenissenrecht (1981-1992)", *TPR* 1994, 350, nr. 125 en 352-353, nr. 127-128; M. DAMBRE, "Verkoop uit de hand van onroerende goederen (overzicht van de rechtspraak 2005-2010)" in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, XVIII, Brugge, Die Keure, 2011, 117, nr. 47; M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 53; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, *Themis Cahiers* n°32, Brugge, die Keure, 2005-06, 11, nr. 14.

75. Tussen nietigheidsvordering wegens bedrog en de vrijwaring voor verborgen gebreken kunnen twee verschillen onderscheiden worden. Enerzijds is het voorwerp verschillend anderzijds de werking. Wat betreft het voorwerp biedt de vrijwaring voor verborgen gebreken de ongelukkige koper die met een gebrekkige zaak wordt geconfronteerd een oplossing. Bij bedrog daarentegen is de vordering gesteund op een wilsgebrek in de toestemming die de geldigheid van de overeenkomst aantast. Op het vlak van de werking kunnen we stellen dat er bij de vrijwaring een onderscheid moet gemaakt worden tussen de goede en de kwade trouw van de verkoper. Dit in tegenstelling tot bedrog waarbij men nagaat of het gaat om hoofdbedrog dan wel om incidenteel bedrog. Bovendien kunnen beide vorderingen niet gecumuleerd worden, het is het een of het ander.¹⁴² Mijn inziens steunt de koper zich het best op het bedrog daar in dat geval zijn nalatigheid hem niet wordt verweten en hij bijgevolg makkelijker resultaat zal zien.

3. De vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering

76. Deze twee hoofdverbintenissen van de verkoper verschillen op een aantal punten essentieel van elkaar. Zo kan de koper zich reeds beroepen op de conforme levering van zodra er in de geringste mate iets niet conform is aan hetgeen werd overeengekomen, bij de verborgen gebreken daarentegen is er slechts vrijwaring verschuldigd wanneer het gebrek verborgen is en het de zaak geheel of gedeeltelijk ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe ze bestemd is. Ten tweede moet de rechtsvordering wegens de non-conforme levering worden ingesteld vóór het verstrijken van de tienjarige verjaringstermijn¹⁴³, dit in tegenstelling tot de korte termijn die bij de vrijwaring voor verborgen gebreken van toepassing is. Tot slot is de sanctie verschillend. Een tekortkoming aan de leveringsplicht wordt volgens het gemeen recht beteugeld, waardoor de koper een volledige vergoeding kan verkrijgen voor de door hem geleden schade. Bij de vrijwaring daarentegen geniet men enkel een schadevergoeding wanneer men kan bewijzen dat de verkoper ter kwade trouw is, namelijk dat hij bij de levering op de hoogte was van het gebrek.¹⁴⁴

¹⁴²V. PIRSON, "Dol ou garantie des vices cachés" (Noot onder Kh. Luik 8 september 2000), *RRD* 2000, 472-473.

¹⁴³ Artikel 2262bis BW.

¹⁴⁴A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1604 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 25, nr. 19; J. H. HERBOTS, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek" (noot onder Antwerpen 22 december 1982), *RW* 1982-83, II, 1735, nr. 6; A. VAN OEVELEN, "Het nieuwe begrip conformiteit", in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 33-34, nr. 5-6.

4. De vrijwaring voor verborgen gebreken en de vrijwaring voor uitwinning

77. De vrijwaring voor uitwinning in hoofde van de verkoper moet ervoor zorgen dat de koper kan genieten van een ongestoord bezit van de aan hem verkochte zaak. Hierdoor heeft de koper de garantie dat hij zijn rechten op de zaak niet zal verliezen wegens een oorzaak van vóór de koop noch wegens een oorzaak van na de koop, voor zover deze aan de eigen daad van de verkoper te wijten is.

78. Tussen beide vorderingen kunnen vijfverschilpunten naar voor geschoven worden. Ten eerste belemmert zowel de uitwinning als het gebrek het gebruik van de zaak. Waar bij de uitwinning de belemmering veroorzaakt wordt door de uitoefening van het recht van een derde met betrekking tot de zaak, is bij de vrijwaring voor verborgen gebreken de stoornis het gevolg van de afwezigheid van een of andere hoedanigheid in de zaak zelf die haar ongeschikt maakt voor haar gebruik. Vervolgens kunnen we vermelden dat wanneer het juridisch gebruik van de zaak bedreigd of aangetast wordt men zich enkel kan beroepen op de vrijwaring voor uitwinning, daar de regeling voor verborgen gebreken enkel het nuttig gebruik van de zaak betreft. Ten derde brengt de kennis van de uitwinningsoorzaak door de koper niet met zich mee dat men de vrijwaring verliest. Bij de vrijwaring voor verborgen gebreken geeft deze kennis echter aanleiding tot een ontheffing van de vrijwaringsplicht in hoofde van de verkoper.¹⁴⁵ Ten vierde is ook de termijn waarbinnen de vordering moet worden ingesteld verschillend, opnieuw geldt hier een verjaringstermijn van tien jaar die in schril contrast staat met de korte termijn die op de vrijwaringsregeling voor verborgen gebreken van toepassing is.¹⁴⁶ Tot slot is er nog een onderscheid specifiek voor de verkoop van onroerende goederen. Het klassieke voorbeeld is de verkoop van een bouwgrond waarbij men er op wijst dat de zichtbare tekenen van een erfdienstbaarheid niet mogen verward worden met de aanwezigheid van andere ondergrondse stoffen of materialen die de uitvoering van de geplande bouwwerken onmogelijk maken of erg bemoeilijken. Het ene geeft immers aanleiding tot de vrijwaring voor uitwinning¹⁴⁷, het andere tot de vrijwaring voor verborgen gebreken^{148 149}.

C. Aard van de vordering

¹⁴⁵ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 33-34.

¹⁴⁶ F. BUYSENS, "Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van een onroerend goed", in *De notaris en de conflictbeheersing*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 41, nr. 38.

¹⁴⁷ Cass. 28 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 952; *Pas.* 1980, I, 936.

¹⁴⁸ Rb. Brugge 6 februari 1952, *RW* 1952-53, 20; Rb. Luik 4 januari 1973, *Jur. Liège* 1973-74, 171.

¹⁴⁹ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 33.

79. Het is vanzelfsprekend dat de vordering contractueel van aard is, aangezien de vordering tot vrijwaring voor verborgen gebreken voortvloeit uit de koopovereenkomst. Dit geldt niet alleen voor de koper maar ook voor derden en dit brengt twee zaken met zich mee.

80. Enerzijds wanneer een koper de korte termijn van artikel 1648 BW niet naleeft en zijn vordering geweigerd wordt, kan hij zich niet beroepen op de buitencontractuele aansprakelijkheid van artikel 1382 BW. Hierop zijn echter twee uitzonderingen. Ten eerste wanneer het leveren van een gebrekkige zaak, wat een contractuele wanprestatie uitmaakt, tevens een tekortkoming is aan de algemene regels van voorzichtigheid die door de strafwet zijn voorgeschreven. Hierdoor zijn ondanks artikel 1648 BW, zelfs voor de burgerlijke rechter, de strafrechtelijke verjaringstermijnen van toepassing. Ten tweede wanneer het niet gaat om een strafrechtelijk misdrijf maar wel om een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm, dan kan dit aanleiding geven tot een cumul van aansprakelijkheidsgronden. Cassatie¹⁵⁰ voert echter aan dat vooraleer men zich op de aquiliaanse grondslag kan beroepen er bovendien ook sprake moet zijn van schade die niet louter het gevolg is van een slechte uitvoering van het contract. De koper zal dus moeten kiezen op welke grond hij zich beroept daar het niet mogelijk is beide tegelijk uit te oefenen.

81. Anderzijds krijgt de vrijwaring voor verborgen gebreken slechts uitwerking binnen het kader van de koopovereenkomst. Derden kunnen er zich ten aanzien van de beroepsverkoper niet op beroepen noch op het vermoeden van kwade trouw.¹⁵¹

§2: Het gebrek volgens het Burgerlijk Wetboek

A. Definitie van het gebrek

1. Afwezigheid van een wettelijke definitie

82. Zeer opvallend is het feit dat het Burgerlijk Wetboek niet voorziet in een wettelijke definitie van het gebrek. Dit zou men kunnen verklaren door de weinige aandacht die door de oudere auteurs aan het begrip werd besteed. Wel staat vast dat het begrip afkomstig is van 'breken' en dat het ook wijst op 'ontbreken'.¹⁵²

¹⁵⁰ Cass. 4 november 1971, *Arr. Cass.* 1971, 989; Cass. 9 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 315.

¹⁵¹ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 35-36, nr. 33.

¹⁵² A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3; B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 15, nr. 22.

83. Desondanks de afwezigheid van een wettelijke omschrijving geeft het Burgerlijk Wetboek wel twee vereisten waaraan het gebrek moet voldoen. Enerzijds moet het bij de levering verborgen zijn, anderzijds moet het betrekking hebben op het gebruik van de zaak, waarbij de koper een bepaalde bestemming voor ogen had. Wat dat laatste betreft moet het gebrek zo ernstig zijn dat het tot gevolg heeft dat de zaak ongeschikt is voor het voorbestemde gebruik of dat het dit gebruik in een zodanige mate zou verminderen dat de koper indien hij het gebrek gekend had, niet tot koop zou zijn overgegaan of het slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht.¹⁵³

84. De ontstentenis van een wettelijke definitie heeft geleid tot drie opvattingen omtrent de invulling van het begrip. Ten eerste de conceptuele of structurele opvatting, vervolgens de functionele opvatting en ten slotte bestaat er ook nog de minder frequent voorkomende contractuele opvatting.

2. Verschillende opvattingen van het begrip

a. De conceptuele of de structurele opvatting

85. De conceptuele opvatting is de meest traditionele van de drie en meteen ook de meest restrictieve. Namelijk doordat zij het nauwst aansluit bij het gewone concept van het gebrek, waarbij het aanzien wordt als een afwijkend abnormaal kenmerk van de zaak. Belangrijk om hier op te merken is dat een gebrek niet gelijk te stellen is met de normale slijtage van de zaak als gevolg van hetzij het verstrijken van de tijd hetzij doordat de koper nalaat de nodige voorzorgmaatregelen te nemen.¹⁵⁴

86. Men vertrekt van het typemodel dat men zich mag voorstellen van de zaak en vervolgens gaat men dit model vergelijken met de geleverde zaak. Wanneer men dan concludeert dat er iets schort aan de structuur of de samenstelling van de zaak die er toe leidt dat de zaak ongeschikt is voor haar normaal gebruik of het in ernstige mate belemmert, mag men er van uitgaan dat het gaat om een gebrekkige zaak.

¹⁵³A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3; P. GÉRARD, "Vice de la chose et Vente commerciale" (noot onder Cass. 18 november 1971), *RCJB* 1973, 613, nr. 3; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 58; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 6, nr. 10.

¹⁵⁴B. TILLEMEN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 15, nr. 23.

87. Bijgevolg is het dus de zaak *in se* die is aangetast, daar het gebrek inherent of intrinsiek is aan de zaak. Het criterium om te bepalen of we te maken hebben met een ernstig gebrek luidt als volgt: het gebrek is ernstig wanneer het er voor zorgt dat het de zaak in zekere mate of volledig ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe ‘men’ het bestemt, waarmee men dan bedoelt haar gewone, normale bestemming.¹⁵⁵ Dit is uiteraard niet het geval indien het gebrek op een eenvoudige wijze hersteld kan worden, op voorwaarde evenwel dat het genotsverlies gedurende de periode van herstelling van korte duur is. Daar tegenover staat dan weer dat niet vereist wordt dat het gebrek onherstelbaar is. Het volstaat dat de aangekochte zaak, in de staat waarin het werd gekocht, gedurende een min of meer lange periode ongeschikt was voor haar bestemming.¹⁵⁶

88. Concluderend kunnen we dus stellen dat de ongeschiktheid van de zaak voor het gebruik waartoe men ze heeft bestemd, het gevolg is van het gebrek. Maar geleidelijk aan is men hiervan afgestapt en heeft men ze vervangen door een meer functionele benadering.

b. De functionele opvatting

89. Waar de conceptuele opvatting bekend staat om haar restrictieve interpretatie, gaat men het bij de functionele opvatting allemaal veel ruimer gaan zien. Zo beschouwt men de ongeschiktheid van de zaak voor het gebruik die men voor ogen had als een gebrek, welke dan ook de oorzaak moge zijn van die ongeschiktheid. Men spreekt van een functioneel gebrek daar het slecht of het niet-functioneren net het kenmerk is van het gebrek.

90. Bij de conceptuele opvatting wordt de ongeschiktheid van de zaak enkel aanzien als een gevolg van het intrinsiek gebrek, hier daarentegen valt het onderscheid tussen de oorzaak (het gebrek) en haar gevolg (de ongeschiktheid) volledig weg. Dit brengt natuurlijk met zich mee dat de bewijslast in hoofde van de koper wordt verlicht.¹⁵⁷

¹⁵⁵ A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1641 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3; K. LAVEYT, “De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop” (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 553; S. MOSSELMANS, “De appreciatie van de feitenrechter inzake verborgen koopvernietigende gebreken”, *AJT* 1999-00, 885; B. Tilleman, “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed” in B. Tilleman en A. Verbeke (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 15-16, nr. 24-25; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, “Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)”, in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 6, nr. 11.

¹⁵⁶ B. TILLEMEN, “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed” in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 16, nr. 25.

¹⁵⁷ A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1641 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4; B. TILLEMEN, “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop

91. Op grond hiervan is het dus mogelijk dat een zaak die *in se* volmaakt is, toch ongeschikt blijkt te zijn voor het gebruik die koper voor ogen had, ook al stemt dit echter niet overeen met het normale gebruik. Het kan dat de koper een bijzondere bestemming heeft gegeven aan de zaak, de voorwaarde is hier wel dat de verkoper ten tijde van de koop hiervan kennis had.¹⁵⁸ Of de verkoper kennis behoort te hebben van het (afwijkend) gebruik door de koper wordt overgelaten aan de soevereine appreciatie van de feitenrechter.¹⁵⁹

92. Sinds lange tijd heeft het Hof van Cassatie¹⁶⁰ zich bij deze ruimere opvatting aangesloten, evenals het Franse Hof van Cassatie¹⁶¹. Zo oordeelde het Hof in 1971¹⁶² voor het eerst: *“een verborgen gebrek van de verkochte zaak, dat de verkoper tot vrijwaring verplicht, kan ook een gebrek zijn dat, zelfs indien het de zaak niet intrinsiek aantast, deze ongeschikt maakt tot het gebruik waartoe de koper ze, naar de verkoper wist, bestemde.”*

c. De contractuele opvatting

93. De derde en laatste opvatting gaat nog verder dan de twee voorgaande in die mate dat het de plicht is van de verkoper om een zaak te leveren die op materieel vlak zo volkomen beantwoordt aan de overeenkomst, dat iedere afwezigheid van eender welk element of kwaliteit waarop de koper krachtens het contract had mogen rekenen, te aanzien valt als een gebrek. Of dit al dan niet

van een onroerend goed” in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 16, nr. 26.

¹⁵⁸Cass. 19 juni 1980, *Pas.* 1980, I, 1295; *RW* 1981-82, 940; A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1641 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 5; M. DAMBRE, “Het beding van niet-vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van onroerende goederen” (Noot onder Rb. Brussel 30 juni 1986), *DCCR* 1988-89, 114; X. DESMET, “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 206, nr. 8; J. H. HERBOTS, “Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek” (noot onder Antwerpen 22 december 1982), *RW* 1982-83, II, 1735, nr. 5; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, “Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 1989, 1091, nr. 55; K. LAVEYT, “De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop” (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 553; S. MOSSELMANS, “De appreciatie van de feitenrechter inzake verborgen koopvernietigende gebreken”, *AJT* 1999-00, 885; S. STIJNS, “Nieuw kooprecht in oud BW? Sophie’s choice”, in J. HERBOTS (ed), *Liber Amicorum*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 402, nr. 17; B. TILLEMANS, “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed” in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 16-17, nr. 26; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, “Bijzondere overeenkomsten in kort bestek” in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 58; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, “Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)”, in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 9, nr. 12.

¹⁵⁹K. LAVEYT, “De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop” (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 553.

¹⁶⁰Cass. 19 juni 1980, *Pas.* 1980, I, 1295, *RW* 1981-82, 940; Cass. 17 mei 1984, *Pas.* 1984, I, 1128, *RW* 1984-85, II, 2090.

¹⁶¹Cass. Fr. 18 januari 1966, *Bull.* 1966, III, 30.

¹⁶²Cass. 18 november 1971, *Arr. Cass.* 1972, 247, *Pas.* 1971, I, 258.

uitdrukkelijk bedongen werd is irrelevant. Aldus maakt elke non-conformiteit van de geleverde zaak een gebrek uit en valt de levering van een gebrekkige zaak gelijk te stellen met een niet-conforme levering. Onmiddellijk valt het op dat deze opvatting doordat ze zo verregaand is niet strookt met de opvatting van ons Burgerlijk Wetboek, waarbij het onderscheid tussen een niet-conforme levering en de levering van een gebrekkige zaak van fundamenteel belang is.¹⁶³

3. Toelichting bij die opvattingen

94. Om de drie opvattingen beter te kunnen plaatsen is het beter om na te gaan hoe zij toegepast worden in de praktijk.

95. Wat betreft de contractuele opvatting bleek reeds dat zij sterk afwijkt van de regels die door ons Burgerlijk Wetboek voorop gesteld worden. Zij vindt dan ook geen toepassing in België, maar wel in meer moderne wetgevingen, zoals het Nederlands Burgerlijk Wetboek¹⁶⁴ en het Weens Koopverdrag (CISG)¹⁶⁵. Essentieel is hier dat het onderscheid tussen de bedongen eigenschappen van de zaak en de elementen en kwaliteiten waarop de koper redelijkerwijze krachtens de overeenkomst mocht op rekenen, niet meer bestaat. Van het Byzantijnse onderscheid die ons Burgerlijk Wetboek hanteert, is hier dus geenszins sprake. Zij voorziet bijgevolg geen afzonderlijke regeling meer voor de vrijwaring voor verborgen gebreken.¹⁶⁶ Uiteraard moet hierbij wel vermeld worden dat het CISG enkel betrekking heeft op koopovereenkomsten betreffende roerende zaken en dus in het kader van deze masterproef geen verder belang heeft.¹⁶⁷

96. Niettegenstaande er nog niet veel aanhangers zijn van deze theorie is het volgens ons best nuttig om met deze opvatting naar de toekomst toe rekening te houden. We zouden op dit vlak nog iets kunnen leren van de Nederlanders. Kiezen voor dergelijk systeem zou er ons inziens voor zorgen dat alles veel eenvoudiger wordt.

¹⁶³ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 5-6; J. H. HERBOTS, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek" (noot onder Antwerpen 22 december 1982), *RW* 1982-83, II, 1736, nr. 7.

¹⁶⁴ Artikel 7: 17, lid 1 en 2 NBW: "De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

¹⁶⁵ Verdrag der Verenigde Naties 11 april 1980 inzake Internationale Koopovereenkomsten betreffende Roerende Zaken, *BS* 1 juli 1997.

¹⁶⁶ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 5-6.

¹⁶⁷ Artikel 1 Verdrag der Verenigde Naties 11 april 1980 inzake Internationale Koopovereenkomsten betreffende Roerende Zaken, *BS* 1 juli 1997.

97. Als we de conceptuele of structurele opvatting van naderbij bekijken valt direct op dat men de aanvaarding kan beschouwen als het scharnierpunt tussen de twee verplichtingen van de verkoper, met name de verplichting tot conforme levering en de vrijwaring voor verborgen gebreken.¹⁶⁸

Aangezien deze opvatting vereist dat het gaat om een intrinsiek gebrek van de geleverde zaak is het onderscheid tussen het gebrek zelf en de non-conformiteit van de zaak aan de specifieke kenmerken die de partijen hebben bedongen, dan ook meteen duidelijk.

98. Men mag een zaak die niet overeenstemt met hetgeen afgesproken is niet zomaar aanzien als een gebrekkige zaak, aangezien het hier immers gaat om iets anders dan hetgeen men heeft gekocht.¹⁶⁹ Een gebrekkige zaak is een zaak die het voorwerp uitmaakt van een verkoop en bijgevolg conform is aan de afspraak, maar waaraan er toch iets mankeert.

99. Gaat het daarentegen om de levering van een zaak die niet conform is aan hetgeen de partijen zijn overeengekomen, dan spreekt men van een tekortkoming aan de leveringsplicht, zelfs wanneer het gebruik hierdoor niet in de geringste mate wordt verhinderd.¹⁷⁰ Beslist men alsnog om te aanvaarden dan brengt dat met zich mee dat de koper zich naar de toekomst toe nog enkel kan baseren op de vrijwaring voor verborgen gebreken. De koper wordt immers verondersteld vooraf de zaak nauwkeurig te hebben onderzocht.¹⁷¹

100. Op het eerste gezicht lijkt deze opvatting ons ideaal. Alles is duidelijk afgebakend door de aanvaarding, er zal nooit twijfel bestaan over de vordering waarop je je kan beroepen. Desondanks kan deze opvatting in een welbepaald geval manifest nadelige gevolgen voor de koper teweeg brengen. Met name wanneer het gaat om een zaak die weliswaar geen intrinsiek gebrek bevat, maar toch na de aanvaarding ongeschikt blijkt te zijn voor het gebruik die de koper voor ogen had.

101. In de conceptuele opvatting wordt de ongeschiktheid aanzien als het gevolg van het intrinsiek gebrek en wordt ze enkel gehanteerd als maatstaf voor de rechter om de ernst van het gebrek te bepalen. De koper zou zich dus bijgevolg niet kunnen beroepen op de vrijwaring voor verborgen

¹⁶⁸ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1604 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 24-25.

¹⁶⁹ B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 5, nr. 4; R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 360.

¹⁷⁰ A. VAN OEVELEN, "Het nieuwe begrip conformiteit", in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 30, nr. 2.

¹⁷¹ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 6-7; B. TILLEMEN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 19, nr. 28.

gebreken, aangezien de essentiële toepassingsvoorwaarde niet vervuld is.¹⁷² Evenmin kan men zich nog beroepen op de schending van de leveringsplicht door de verkoper, daar de aanvaarding elke vordering op basis van niet-conformiteit uitsluit.¹⁷³ Het enige redmiddel dat de koper nog rest, is de vordering tot vernietiging van de koop wegens substantiële dwaling.¹⁷⁴ Uiteraard moet alle toepassingsvoorwaarden daarvoor wel vervuld zijn.

102. Het staat bijgevolg onmiskenbaar vast dat dit voor de koper een zeer ongelukkige situatie teweeg brengt, daar hij als het ware gestraft wordt voor het ontbreken van een of andere expliciete of impliciete bedongen eigenschap die op het moment van de aanvaarding nog verborgen was.¹⁷⁵

103. Om de afwezigheid van enige bescherming in de conceptuele zienswijze op te vangen, is men het begrip “gebrek” ruimer gaan zien en is dientengevolge de functionele opvatting tot stand gekomen. Op die manier wordt dus in een uitweg voorzien wanneer de koper na de aanvaarding wordt geconfronteerd met een non-conformiteit van de koopwaar voor wat betreft haar overeengekomen eigenschappen en waarbij die non-conformiteit ten tijde van de levering verborgen was.¹⁷⁶ Men spreekt hier van de verborgen non-conformiteit.

¹⁷²A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1641 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 6-7; P. GÉRARD, “Vice de la chose et vente commerciale” (noot onder Cass. 18 november 1971), *RCJB* 1973, 614, nr. 4; B. TILLEMANS, “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed” in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 19, nr. 28.

¹⁷³A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1641 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 7; D. DELI, “Afbakeningsproblemen tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering bij het hanteren van een functioneel gebreksbegrip in de koop-verkoop” (noot onder Gent 24 juni 1987), *RW* 1987-88, II, 1365, nr. 4; J. H. HERBOTS, “Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek” (noot onder Antwerpen 22 december 1982), *RW* 1982-83, II, 1736, nr. 8; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, “Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 1989, 1081, nr. 43; B. TILLEMANS, “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed” in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 19, nr. 29.

¹⁷⁴A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1641 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 9; D. DELI, “Afbakeningsproblemen tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering bij het hanteren van een functioneel gebreksbegrip in de koop-verkoop” (noot onder Gent 24 juni 1987), *RW* 1987-88, II, 1365, nr. 6; P. GÉRARD, “Vice de la chose et vente commerciale” (noot onder Cass. 18 november 1971), *RCJB* 1973, 619, nr. 10.

¹⁷⁵X. DESMET, “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 205, nr. 8.

¹⁷⁶F. BUYSSENS, “Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van een onroerend goed”, in *De notaris en de conflictbeheersing*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 39, nr. 37; A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1641 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 7-8; D. DELI, “Afbakeningsproblemen tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering bij het hanteren van een functioneel gebreksbegrip in de koop-verkoop” (noot onder Gent 24 juni 1987), *RW* 1987-88, II, 1366, nr. 7; X. DESMET, “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 205, nr. 8; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, “Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 1989, 1081, nr. 43; B. TILLEMANS, “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed” in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*,

104. Hoewel de voorstanders van de functionele opvatting het goed meende, is er toch een grote discussie ontstaan of dit wel de juiste oplossing was.

4. Pro en contra argumenten

105. Aangezien men het begrip “verborgen gebrek” ruimer ging gaan zien, is het dan ook niet verwonderlijk dat men ook het begrip “aanvaarding” opnieuw ging gaan onderzoeken.¹⁷⁷ Wat ertoe geleid heeft dat in de rechtsleer een nieuwe visie is ontstaan waarbij ze de stelling van het Hof van Cassatie fel bekritisieren.

a. Contra argumenten voor de functionele opvatting

106. Overall werd de functionele opvatting geprezen omdat ze voorzag in een vorderingsmogelijkheid voor de koper in de gevallen waarin dit ogenschijnlijk niet meer mogelijk was. Maar daar zit het hem net, het nut van die extra vorderingsmogelijkheid wordt zwaar overschat, aangezien men er verkeerdelijk van uitgaat dat de vrijwaring voor verborgen gebreken de enigste optie is om de koper te beschermen tegen de verborgen non-conformiteit bij de levering.¹⁷⁸

Als we de non-conformiteit nu letterlijk gaan interpreteren dan gaat het *in se* om een gemis aan overeenstemming en is er allesbehalve sprake van een gebrek Er is dus helemaal geen nood aan de ruime, functionele opvatting.¹⁷⁹

107. Over het feit dat de aanvaarding elk bezwaar wegens non-conformiteit uitsluit, bestaat dan ook geen discussie. Maar waar men het wel oneens over is, is de vraag over wat men precies moet verstaan onder “de aanvaarding”.

108. SIMONT¹⁸⁰, hierin gevolgd door HERBOTS¹⁸¹ en STIJNS¹⁸², is het eens dat de aanvaarding de erkenning omvat dat de zaak conform is en is daarom bijgevolg van mening dat ze enkel kan slaan op

Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 20, nr. 29; A. VAN OEVELEN, “Het nieuwe begrip conformiteit”, in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 30-31, nr. 2.

¹⁷⁷A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1641 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 8.

¹⁷⁸A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1641 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 9; P.A. FORIERS, “Conformité et garantie dans la vente” in B. TILLEMEN en P.A. FORIERS (eds.), *De Koop*, Brugge, Die Keure, 2002, 34, nr. 27; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, “Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 1989, 1081, nr. 43; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux”, *RCJB* 1995, 181, nr. 45.

¹⁷⁹D. DELI, “Afbakeningsproblemen tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering bij het hanteren van een functioneel gebreksbegrip in de koop-verkoop” (noot onder Gent 24 juni 1987), *RW* 1987-88, II, 1366, nr. 8.

de zichtbare conformiteitsgebreken. Daar het hier gaat om een tussenkomst van de wil van de koper is het dan ook meer dan logisch dat men zijn goedkeuring niet geeft voor iets wat men niet kent en kan geenszins een afstand van zijn recht worden vermoed voor wat betreft de verborgen non-conformiteit. Derhalve blijft de vordering wegens een niet-conforme levering op grond van artikel 1610 BW, zelfs na de aanvaarding nog steeds mogelijk.¹⁸³

109. Enige voorwaarde die wordt gesteld, is dat de koper van zodra hij de niet-conformiteit ontdekt de verkoper hiervan onmiddellijk in kennis stelt en bewijst dat de non-conformiteit ten tijde van de aanvaarding verborgen was.¹⁸⁴ Dit om te vermijden dat de verkoper zou kunnen opperen dat laattijdige inkennisstelling van de ontdekte verborgen non-conformiteit de aanvaarding ervan meebrengt in hoofde van de koper. Blijft hij de zaak daarentegen verder gebruiken dan gaat men dit aanzien als een aanvaarding en verliest hij het recht op ontbinding op grond van de niet-conforme levering.¹⁸⁵

110. Voorts wordt nog bekritiseerd dat men in de functionele opvatting het gebrek gaat gaan verwarren met één van zijn eigenschappen, met name dat het van aard moet zijn om het gebruik van de zaak ernstig te verstoren.¹⁸⁶

¹⁸⁰L. SIMONT, "La notion fonctionnelle du vice caché: un faux problème?", in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 338-340, nr. 10-11.

¹⁸¹J. H. HERBOTS, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek" (noot onder Antwerpen 22 december 1982), *RW* 1982-83, II, 1735-1737.

¹⁸²S. STUNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 383, nr. 273 (3.2).

¹⁸³F. BUYSSENS, "Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van een onroerend goed", in *De notaris en de conflictbeheersing*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 39, nr. 37; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1604 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 29 en 30-31; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 10; M. DAMBRE, "Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen" (noot onder Antwerpen 20 januari 1980), *TBBR* 1990, 44, nr. 9; E. DEGROOTE, J. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1988-1994) – Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1997, 710, nr. 74; D. DELI, "Afbakeningsproblemen tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de niet-conforme levering bij het hanteren van een functioneel gebreksbegrip in de koop-verkoop" (noot onder Gent 24 juni 1987), *RW* 1987-88, II, 1366, nr. 8; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 206, nr. 8; J. H. HERBOTS, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek" (noot onder Antwerpen 22 december 1982), *RW* 1982-83, II, 1736-1737, nr. 8; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1989, 1081, nr. 43; B. Tilleman, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. Tilleman en A. Verbeke (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 20, nr. 29.

¹⁸⁴L. SIMONT, "La notion fonctionnelle du vice caché: un faux problème?", in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 340, nr. 12.

¹⁸⁵Brussel 25 november 1982, *JT* 1983, 396; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1989, 1082, nr. 43.

¹⁸⁶A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 9; J. DE GAVRE, P.A. FORIERSEN L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1995, 181, nr. 45.

111. Het is dan ook duidelijk dat deze visie, verdedigd door SIMONT, een ruimere bescherming omvat voor de koper voor wat betreft de termijn waarbinnen de koper moet optreden, de omvang van de schadeloosstelling waarop hij aanspraak zal kunnen maken en tot slot ook diens vorderingsmogelijkheden.¹⁸⁷ Het is dan ook niet verwonderlijk dat, daar zij nog voordeliger is dan de functionele opvatting, zij beaamd wordt door een deel van de rechtsleer¹⁸⁸ en rechtspraak¹⁸⁹.

112. De zienswijze van SIMONT bevat ons inziens wel waarheid, maar ondanks hun vastberadenheid om te blijven ingaan tegen de vaste cassatierechtspraak kunnen we evenwel niet ontkennen dat Cassatie in geen enkel arrest vaststelt dat hun opvatting correct is noch voorziet artikel 1641 BW in een aanknopingspunt voor de differentiatie tussen een structureel en functioneel gebrek.¹⁹⁰

b. Pro argumenten voor de functionele opvatting

113. Tegenover deze contra argumenten staan er natuurlijk ook pro argumenten waarbij wordt verwezen naar POTHIER¹⁹¹. Hij benadrukt de innige band tussen de twee hoofdverbintenissen, levering en vrijwaring. Deze twee verbintenissen kunnen niet los van elkaar worden gezien aangezien de vrijwaringsplicht volgt uit de plicht tot levering en er als het ware een aanvulling en verlengstuk van is.¹⁹²

114. Hier wordt het onderscheid naar voor geschoven tussen enerzijds de zaken waarvan de ongeschiktheid voor het gebruik reeds zichtbaar was bij de aanvaarding en anderzijds de zaken

¹⁸⁷ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 10; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 206, nr. 8; L. SIMONT, "La notion fonctionelle du vice caché: un faux problème?", in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 341, nr. 13; B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 20, nr. 29.

¹⁸⁸ M. DAMBRE, "Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen" (noot onder Antwerpen 20 januari 1980), *TBBR* 1990, 44, nr. 9; P.A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente" in B. TILLEMANS en P.A. FORIERS (eds.), *De Koop*, Brugge, Die Keure, 2002, 34, nr. 29; J. H. HERBOTS, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek" (noot onder Antwerpen 22 december 1982), *RW* 1982-83, II, 1733-1737; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 383, nr. 273 (3.2); J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1995, 180-184; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 5, nr. 4.

¹⁸⁹ Gent 5 april 1979, *RW* 1979-80, 2721; Brussel 25 november 1982, *JT* 1983, 396; Antwerpen 22 december 1982, *RW* 1982-83, II, 1730-1733.

¹⁹⁰ H. DEWULF, "Samenloop of exclusiviteit tussen de sanctionering van niet-conforme levering en verborgen gebreken: heeft cassatie de controverse beslecht?" (noot onder Cass. 19 oktober 2007), *TBH* 2008, 157-158.

¹⁹¹ R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Paris, Pere Debure, 1772, 199, nr. 202.

¹⁹² J. GHESTIN, *Conformité et garantie de la vente*, Paris, LGDJ, 1983, 181, nr. 194.

waarvan de ongeschiktheid op dat moment nog niet zichtbaar was. Men gaat derhalve zowel het intrinsiek als de verborgen non-conformiteit als een gebrek aanzien¹⁹³, wat dus een cumulatie van beide vorderingen uitsluit¹⁹⁴. Opnieuw gaat men de aanvaarding aanzien als het scharnierpunt en wordt de koper bijgevolg ook beschermd tegen de verborgen non-conformiteit bij de levering.¹⁹⁵

115. GÉRARD meent dat om de rechtszekerheid in transacties te bevorderen, de korte termijn van artikel 1648 BW in een meer adequate sanctie voorziet dan de vordering tot ontbinding wegens dwaling, daar zij een tienjarige verjaringstermijn vooropstelt. Net daarin ziet hij een extra argument om te opteren voor de ruimere functionele opvatting.¹⁹⁶

116. Diens zienswijze werd in Frankrijk verdedigd door ZÉRAH¹⁹⁷ die zich hierbij steunde op de arresten van het Franse Hof van Cassatie¹⁹⁸. Ook het Belgische Hof van Cassatie¹⁹⁹ sloot zich hierbij aan, net zoals een groot deel van de rechtsleer²⁰⁰ en rechtspraak²⁰¹.

c. Besluit

117. Vandaag de dag lijkt het ons nog steeds de enige mogelijkheid om de rechtspraak van het Hof van Cassatie te volgen daar het Burgerlijk Wetboek, desondanks de vele oproepen tot een eenvoudiger regeling, nog steeds het Byzantijnse onderscheid hanteert.

¹⁹³ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 8-9; P. GÉRARD, "Vice de la chose et vente commerciale" (noot onder Cass. 18 november 1971), *RCJB* 1973, 620-621, nr. 11-12.

¹⁹⁴ M. DAMBRE, "Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen" (noot onder Antwerpen 20 januari 1980), *TBBR* 1990, 44, nr. 9.

¹⁹⁵ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 8-9; P. GÉRARD, "Vice de la chose et vente commerciale" (noot onder Cass. 18 november 1971), *RCJB* 1973, 620-621, nr. 11-12.

¹⁹⁶ P. GERARD, "Vice de la chose et vente commerciale" (noot onder Cass. 18 november 1971), *RCJB* 1973, 620 en 622-623, nr. 14.

¹⁹⁷ R. ZERAH, "La garantie des vices cachés" in J. HAMEL (ed.), *La vente commerciale de marchandises*, Parijs, Dalloz, 1951, 340.

¹⁹⁸ Cass. Fr. 4 januari 1859, *D.P.* 1859, I, 213; Cass. Fr. 18 mei 1966, *Bull. civ.* 1966, I, 236, nr. 308.

¹⁹⁹ Cass. 18 November 1971, *Arr. Cass.* 1972, 247, *Pas.* 1971, I, 258 en Cass. 17 mei 1984, *Pas.* 1984, I, 1128, *RW* 1984-85, II, 2090; Cass. 19 oktober 2007, AR C040500F-C050403F.

²⁰⁰ H. DE PAGE en A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, Brussel, Bruylant, 1997, nr. 201; J. L. FAGNART, "L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant" (noot onder Cass. 28 februari 1980), *RCJB* 1983, 242, nr. 24; P. GERARD, "Vice de la chose et vente commerciale" (noot onder Cass. 18 november 1971), *RCJB* 1973, 624-625, nr. 15; P. HARMEL, *Théorie générale de la vente*, in *Rép. not. VII*, I, Brussel, Larcier, 1985, 334; D. PHILIPPE, "Les clauses relatives à la garantie des vices cachés", *TBBR* 1996, 173 e.v..

²⁰¹ Gent 4 december 1873, *Pas.* 1873, II, 110; Luik 6 februari 1984, *Pas.* 1985, II, 112; Brussel 13 november 1986, *JLMB* 1987, 178; Brussel 13 november 1986, *JLMB* 1987, 178; Bergen 15 februari 1994, *JLMB* 1995, 908; Kh. Brussel 20 mei 1958, *JCB* 1959, 51; Kh. Brussel 23 juni 1961, *JCB* 1961, 366; Kh. Brussel 29 oktober 1987, *JT* 1988, 443.

118. Hoewel men door de invoering van het functioneel gebrek een oplossing heeft willen voorzien, valt het niet te miskennen dat die opvatting andere problemen heeft doen ontstaan. Is het immers niet zo dat wanneer blijkt dat de gekochte zaak, die *in se* volmaakt is, toch niet beantwoordt aan de eigenschap die de koper speciaal op het oog had, men dan ook gedwaald heeft over een substantiële hoedanigheid van de zaak? Wat tot gevolg heeft dat de grens tussen de vordering tot vrijwaring voor verborgen gebreken en de vordering tot nietigverklaring wegens substantiële dwaling zeer vaag is geworden. Desondanks het feit dat de korte termijn van artikel 1648 BW niet van toepassing is op de substantiële dwaling leidt die vervaging onvermijdelijk tot cumulatie.²⁰²

Dergelijke cumul is opmerkelijk daar de wetgever nooit de bedoeling had om een cumul tussen voorgaande vorderingen in te voeren. Niet alleen is hun toepassingsgebied volledig verschillend – de ene vordering situeert zich in de uitvoering van het contract, de andere daarentegen in de totstandkoming van het contract – bovendien is het onaanvaardbaar dat de koper wanneer de korte termijn van artikel 1648 BW verstreken is, zich nog gedurende tien jaar op de vordering tot ontbinding van de koop wegens substantiële dwaling kan beroepen.²⁰³

119. We stellen vast dat de ontgoochelde koper nog steeds de keuze heeft tussen 3 vorderingen: de vordering wegens niet-conforme levering, de vordering in vrijwaring wegens verborgen gebreken en tot slot de vordering tot nietigverklaring wegens substantiële dwaling. Ons inziens is een systeem dat dergelijke keuze mogelijk maakt absoluut uit den boze, vermits de verjaringstermijn voor iedere vordering verschillend is en de mogelijkheid tot het bekomen van een schadevergoeding en de omvang ervan niet hetzelfde is bij de drie vorderingen.

120. Het verrast ons dan ook niet dat men reeds gedurende jaren pleit voor een eenvoudiger systeem en dit voornamelijk door aan te dringen dat de wetgever hier ter zake tussenkomt en het Burgerlijk Wetboek aanpast naar het voorbeeld van de Nederlandse wetgever. Wij menen dan ook, net zoals vele andere rechtsgeleerden dat enkel op die manier een einde kan gemaakt worden aan de huidige verwarring en dat men zo tot één enkele regeling zou komen, met name door een samensmelting van de regimes van de leverings- en vrijwaringsverbintenis wegens verborgen gebreken.²⁰⁴

²⁰²A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 11.

²⁰³P.A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente" in B. TILLEMANS en P.A. FORIERS (eds.), *De Koop*, Brugge, Die Keure, 2002, 33, nr. 26; P. GERARD, "Vice de la chose et vente commerciale" (noot onder Cass. 18 november 1971), *RCJB* 1973, 623-624, nr. 14.

²⁰⁴A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 11; M. DAMBRE, "Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen" (noot onder Antwerpen 20 januari 1980), *TBBR* 1990, 40, nr. 5 en 45 nr. 11; X. DESMET,

121. Hoewel velen het arrest van 19 oktober 2007 van het Hof van Cassatie beschouwden als een welkome verduidelijking valt het volgens DE WULF en wij sluiten ons hier bij aan, te betreuren dat Cassatie de jarenlange discussie niet in tegenovergestelde wijze heeft beslecht. In plaats van het dualistische systeem af te schaffen en te vervangen door een monistisch regime heeft ze er voor gekozen om trouw te blijven aan haar voorgaande zienswijze. Dit is enigszins opmerkelijk daar de Belgische wetgever voor wat betreft de consumentenkoop en de internationale handelskoop wel geopteerd heeft voor het monistische regime. De verkoper heeft dan als voornaamste plicht de conforme levering vrij van gebreken.²⁰⁵

122. Concreet gezegd, geldt de korte termijn van artikel 1648 BW enkel en alleen nog voor de verkopen van een onroerend goed.

123. Echter zolang die aanpassing er niet komt heeft elke rechter evenwel de mogelijkheid om ambtshalve een andere rechtsgrond aan te nemen wanneer de koper zich op de verkeerde rechtsgrond beroept. Hierbij wel opgemerkt dat men niet van elke rechter kan verwachten dat hij de koper effectief ter hulp komt.²⁰⁶

124. Het is bijgevolg grote zonde dat men bij de omzetting van de Europese richtlijn niet het gehele kooprecht heeft aangepast, maar men dit enkel gedaan heeft voor de consumentenkoop. Het zou heel wat problemen opgelost hebben en een eenvoudiger systeem vooropgesteld hebben. Wat met andere woorden de rechtszekerheid alleen maar ten goede zou zijn gekomen.

B. Toepassingsvoorwaarden van artikel 1641 BW

125. Los van de hele discussie omtrent de invulling van het begrip gebrek vergt de toepassing van artikel 1641 BW dat het gebrek verborgen is, dat het voldoende ernstig is en dat het minstens in de kiem bestond op het ogenblik van de koop.

126. Enkele voorbeelden van verborgen gebreken met betrekking tot onroerende goederen:

“De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 207, nr. 8; P.A. FORIERS, “Conformité et garantie dans la vente” in B. TILLEMANS en P.A. FORIERS (eds.), *De Koop*, Brugge, Die Keure, 2002, 35, nr. 30; P. GÉRARD, “Vice de la chose et vente commerciale” (noot onder Cass. 18 november 1971), *RCJB* 1973, 619, nr. 10.

²⁰⁵H. DEWULF, “Samenloop of exclusiviteit tussen de sanctionering van niet-conforme levering en verborgen gebreken: heeft cassatie de controverse beslecht?” (noot onder Cass. 19 oktober 2007), *TBH* 2008, 159-160.

²⁰⁶Antwerpen 22 december 1982, *RW* 1982-83, II, 1731 en 1734, nr. 4, Noot J. H. HERBOTS; M. DAMBRE, “Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen” (noot onder Antwerpen 20 januari 1980), *TBBR* 1990, 45, nr. 11.

- de aanwezigheid van een ondergrondse waterloop, waardoor de voorgenomen constructiewerken aanzienlijk duurder worden.²⁰⁷
- de aanwezigheid van huiszwam²⁰⁸
- gevelstenen die onvoldoende vorstbestendig zijn zodat ze afschilferen en zelfs afbrokkelen²⁰⁹
- onzichtbare barsten en scheuren wegens gebrekkige fundering van het gebouw²¹⁰

1. Verborgen

127. De vereiste dat het gebrek verborgen moet zijn, sluit onmiddellijk uit dat gebreken die zichtbaar waren op het moment van de aanvaarding of die door een elementair maar aandachtig onderzoek achterhaald konden worden, door de vrijwaring gedekt worden.²¹¹

128. Of het gaat om een verborgen gebrek is steeds een feitenkwestie waarover de feitenrechter soeverein oordeelt.²¹² Hij gaat na of het gebrek door een normaal en aandachtig onderzoek in het licht van de aard van de verkochte zaak en de hoedanigheid van de koper al dan niet detecteerbaar is. Men houdt dus rekening met de concrete omstandigheden, er kan immers niet verwacht worden dat de koper de gekochte zaak bij de levering aan alle technische tests onderwerpt noch dat hij zich laat bijstaan door specialisten.²¹³

²⁰⁷ Bergen 9 september 2003, *TBBR* 2005, 76; Vred. Elsene 21 januari 1994, *T. Vred.* 1995, 153.

²⁰⁸ Brussel 25 september 2000, *RW* 2001-02, 1607; Gent 17 februari 2004, *NJW* 2004, 1390.

²⁰⁹ Gent 26 januari 1995, *AJT* 1995-96, 49.

²¹⁰ Bergen 6 februari 1990, *Rev. not. b.* 1990, 554.

²¹¹ Cass. 29 maart 1976, *AR* 197.

²¹² Cass. 24 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 424.

²¹³ Cass. 6 december 2001, *AR* C990223N; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1995, 186, nr. 48; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 208, nr. 9; R. DE VALKENEER, noot onder Antwerpen (1^e k.) 28 november 1985, *Rev. not. b.* 1986, 395; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 554, nr. 2; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 335-336, nr. 1045; B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 27-28, nr. 43; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 59, nr. 218; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, *Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 12, nr. 16-19.

2. Voldoende ernstig

129. Is het de feitenrechter die op onaantastbare wijze oordeelt of het gebrek voldoende ernstig is, immers niet elk gebrek is belangrijk. De koper mag dan ook geen absolute bevrediging verwachten vanwege de verkoper, tenzij men een contractueel beding in die zin heeft opgenomen. Vereist is dat het normale gebruik of het door de partijen bedongen gebruik van de zaak verhinderd wordt. Opgelet niet elke gebruikshinder geeft aanleiding tot vrijwaring, essentieel is dat het minstens de prijs beïnvloedt. Het criterium dat wordt toegepast is dat van de belangrijke of langdurige herstelling waarbij het dus niet vereist is dat de gekochte zaak definitief onbruikbaar wordt. Geven dus geen aanleiding tot vrijwaring: defecten die slechts een kleine herstelling nodig hebben of die het bestemde gebruik niet verhinderen.²¹⁴

3. Anterioriteit

130. Vereist is dat het gebrek reeds aanwezig was ten laatste op het moment waarop het risico overgaat naar de koper. Het is niet noodzakelijk dat het zich al volledig had ontwikkeld, alleen moet het reeds in de kiem aanwezig zijn geweest, waardoor het zich later onvermijdelijk zal ontwikkelen. Daar de vereiste van anterioriteit eigenlijk een voorwaarde van toerekenbaarheid is, moet de verkoper voor later ontstane gebreken of gebreken die het gevolg zijn van een toeval niet instaan.²¹⁵ Het bewijs van anterioriteit ligt volledig ten laste van de koper, dit is vaak een harde en kostelijke opdracht. Het is dan ook daarom dat de rechtspraak vaak het vermoeden van anterioriteit²¹⁶ hanteert wanneer het duidelijk is dat de verkochte zaak op de normale wijze werd gebruikt door de koper. Zo aanvaardt men ook dat er sprake is van anterioriteit wanneer alle andere oorzaken met

²¹⁴A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 16, nr. 9; R. DE VALKENEEER, noot onder Antwerpen (1^e k.) 28 november 1985, *Rev. not. b.* 1986, 395; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 554, nr. 3; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 336-337, nr. 1048; B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 30, nr. 45; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 59, nr. 221; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 13, nr. 20; R. TIMMERMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken van onroerend goed" in R. TIMMERMANS (ed.), *Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed*, Mechelen, Kluwer, 2007, 381.

²¹⁵A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 18, nr. 12; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1995, 187, nr. 48; R. DE VALKENEEER, noot onder Antwerpen (1^e k.) 28 november 1985, *Rev. not. b.* 1986, 395; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1989, 1094, nr. 59.

²¹⁶Brussel 5 juni 1996, *Res. Jur. Imm.* 1996, 122.

zekerheid kunnen uitgesloten worden en dit op grond van gewichtige, bepaalde en samenlopende vermoedens.²¹⁷

C. De bewijslast

131. Het is aan de koper om te bewijzen dat het gebrek toe te schrijven is aan de verkoper en hierbij mag hij alle middelen aanwenden. Men kiest het vaakst voor een tegensprekelijk deskundigenonderzoek, maar soms bestaat er helemaal geen twijfel over het voorafbestaan van het gebrek. Het gebeurt ook dat de koper zichzelf in een moeilijke positie brengt door de zaak verder te gebruiken of ze zelf te herstellen alvorens over te gaan tot een contradictoire vaststelling. Dit brengt vaak twijfel met zich mee, waardoor de verkoper niet meer aansprakelijk kan gesteld worden. Wat betreft de eenzijdige expertise moet opgemerkt worden dat deze niet aan de verkoper kan tegengeworpen worden, ze kan echter wel als vermoeden gelden.²¹⁸

§3: De vrijwaring

A. Uitzondering: gebreken die koper kent of moest kennen

132. Bij de voorwaarde dat het gebrek verborgen moet zijn werd reeds gesteld dat men rekening houdt met de concrete omstandigheden, waarmee men dan concreet bedoelt de technische kennis van de verkoper en de aard van de verkochte zaak. Uiteraard is het ook steeds mogelijk dat de verkoper de koper voor de aanvaarding op de hoogte heeft gebracht van (mogelijke) gebreken.

1. Précontractuele kennis van de koper

133. Indien de koper op de hoogte was van het gebrek en toch de koopovereenkomst sluit dan kan hij zich later niet meer beroepen op de vrijwaring, daar men die kennis gaat beschouwen als de aanvaarding van een zichtbaar gebrek. Het is ook mogelijk dat de verkoper de koper vooraf hiervan

²¹⁷Gent 1 februari 1995, *AJT* 1995-96, 169; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 554, nr. 4; B. TILLEMANN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 31, nr. 46; B. TILLEMANN en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 60, nr. 222; B. TILLEMANN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 14, nr. 21.

²¹⁸A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 19, nr. 13; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 210, nr. 12; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1989, 1095-1096, nr. 60; B. TILLEMANN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 32, nr. 48-49;

op de hoogte heeft gebracht of hem heeft verwittigd voor mogelijke gebreken.²¹⁹ In beide gevallen wordt het beschouwd als kennis van het gebrek en is de koper bijgevolg te kwader trouw.²²⁰ Terecht wordt dit door een deel van de rechtsleer betreurd, het leidt immers tot een uitholling van de wettelijke vrijwaringsplicht en het maakt dat de verkoper louter door een algemene verklaring te geven over de mogelijkheid van verborgen gebreken hij zich kan bevrijden ten aanzien van de koper, zelfs als hij weet heeft van het bestaan ervan. Wij zijn ook van oordeel dat wanneer de verwittiging niet langer hoeft te slaan op specifieke gebreken dit de koper in een slechte positie stelt. Op die manier bestaat er voor hem als het ware een “fifty-fifty” kans dat er een verborgen gebrek aanwezig is en dit kan er zowel toe leiden dat je besluit om niet over te gaan tot de koop, ook al zou later blijken dat er geen gebrek aanwezig is als tot de beslissing om alsnog over te gaan tot de koop en er zich wel een verborgen gebrek manifesteert. Wij gaan dan ook akkoord met het principe dat er enkel sprake zou mogen zijn van bevrijdende algemene verklaringen wanneer die verantwoord worden door bijzondere omstandigheden, zoals een opvallend lage verkoopprijs.²²¹

134. Verder mag ook niet uit het oog verloren worden dat de bewijslast hier bij de verkoper ligt, hij zal moeten aantonen dat de koper op het moment van de koop kennis had of moest hebben van het gebrek.²²²

2. De technische kennis van de koper

135. Je hebt twee soorten kopers, enerzijds deze die als vakman of door hun ervaring of opleiding over de nodige kennis beschikken om bepaalde gebreken te ontdekken, anderzijds deze die niet over dergelijke kennis beschikken. Het is uiterst belangrijk om bij de beoordeling een onderscheid tussen hen beiden te maken.

136. Van de niet-professionele koper verlangt men enkel dat men de zaak eerst onderwerpt aan een aandachtig maar normaal onderzoek alvorens over te gaan tot aanvaarding. Het is niet vereist dat men zich laat bijstaan door deskundigen noch dat men gespecialiseerde informatie inwint.²²³ Men

²¹⁹Cass. 6 februari 1975, *Arr. Cass.* 1975, 638; *Pas.* 1975, I, 579; Cass. 25 mei 1989, *JT* 1989, 620.

²²⁰X. DESMET, “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 209, nr. 11; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, “Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 1989, 1095-1096, nr. 58.

²²¹E. DEGROOTE, J. HERBOTS en C. PAUWELS, “Overzicht van de rechtspraak (1988-1994) – Bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 1997, 728, nr. 101; X. DESMET, “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 209, nr. 11.

²²²J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, “Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 1989, 1093, nr. 58.

²²³A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1642 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4, nr. 3; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, “Overzicht van de rechtspraak (1982-1987):

heeft er dus voor geopteerd om het voor de niet-professionele koper zo eenvoudig mogelijk te maken, wat volgens ons alleen maar kan worden toegejuicht. Particuliere kopers worden de dag van vandaag al met zodanig veel regeltjes geconfronteerd dat het onbillijk zou zijn om dit van hen te verlangen.

137. Voor de professionele koper zijn de regels iets strenger. Indien men thuis is in dezelfde materie als die van de gekochte zaak dan kan worden vermoed dat hij – in tegenstelling tot de niet-professionele koper – bij een normaal, aandachtig onderzoek de gebreken wel zou waarnemen. Het is evenwel zo dat men zelfs voor de professionele koper aanvaardt dat het gebrek onzichtbaar is wanneer het pas aan het licht zou komen door een technisch onderzoek dat de kennis en de middelen van de vakman overtreft. Er geldt dus in geen geval een vermoeden van kennis!²²⁴

3. De aard van het verkochte goed

138. Zowel bij reeds bestaande onroerende goederen als bij nieuwbouwwoningen kunnen zich verborgen gebreken manifesteren. Gaat het om woningen die reeds gebruikt zijn dan zal de koper van in het begin rekening moet houden met een aantal gebreken, zoals de vetustiteit en kleine afwijkingen die behoren tot de aard van dergelijke woningen. Dit alles heeft nochtans niet tot gevolg dat de koper zijn recht op vrijwaring geheel verliest, opdat dit wel het geval zou zijn moet er bijvoorbeeld ook sprake zijn van een zeer lage prijs.²²⁵ Zo zal bijvoorbeeld de aanwezigheid van boktor in een oude woning die lange tijd met gebroken ruiten onbewoond en volledig vervallen stond geen vrijwaring meebrengen voor de eerste koper maar daarentegen wel voor de tweede koper die later het ietwat opgeknapt huis koopt.²²⁶

B. Keuzerecht in hoofde van de koper

139. Wanneer men na de aanvaarding met een verborgen gebrek wordt geconfronteerd, heeft de koper op grond van artikel 1644 BW de keuze tussen twee vorderingen. Hetzij de *actio redhibitoria*

Bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 1989, 1093, nr. 57; D. PHILIPPE, “Les clauses relatives à la garantie des vices cachés”, *TBBR* 1996, 175-176, nr. 2.1.

²²⁴ A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1642 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4, nr. 3; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux”, *RCJB* 1995, 189-190, nr. 50; X. DESMET, “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 210, nr. 11; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, “Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)”, in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 12, nr. 18.

²²⁵ A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1642 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 5-6, nr. 3; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux”, *RCJB* 1995, 190, nr. 50.

²²⁶ Rb. Brussel 27 april 1993, *Res. Jur. Imm.* 1993, 115.

(de gerechtelijke ontbinding met wederkerige teruggaven van prijs en goed), hetzij de *actio aestimatoria* of de *actio quanti minoris* (de prijsvermindering). Het gaat hier om een bijzondere sanctieregeling die afwijkt van het gemeen recht en haar oorsprong vindt in het Romeinse recht.

140. De van het gemeen recht afwijkende regeling komt er op neer dat de koper geen beroep kan doen op de ontbinding (artikel 1184 BW) noch dat zij de gedwongen uitvoering kan vorderen. Artikel 1644 BW moet strikt geïnterpreteerd worden en tenzij iets anders is overeengekomen, heeft de koper maar de keuze tussen twee vorderingen.²²⁷

141. In eerste instantie heeft de koper een soevereine keuze tussen de twee vorderingen en die moet door de rechter gerespecteerd worden. Deze heeft immers geen appreciatiebevoegdheid en kan dus niet ambtshalve de *actio redhibitoria* vervangen door een *actio aestimatoria*. Hierin ziet men opnieuw een verschil met het gemeen recht, daar een rechter maar de ontbinding²²⁸ kan uitspreken als zij wordt gerechtvaardigd door de contractuele wanprestatie, ze moet zwaarwichtig genoeg zijn. Deze vereiste is overbodig bij de *actio redhibitoria* daar de vrijwaring maar uitwerking krijgt wanneer het verborgen gebrek voldoende ernstig is. Ook de verkoper beschikt niet over de mogelijkheid om één van de vorderingen op te dringen. Bovendien blijft dit keuzerecht bestaan tot op het moment van de eindbeslissing, wat met zich meebrengt dat de koper in de loop van het geding zijn vordering nog kan wijzigen, tenzij hij afstand heeft gedaan van zijn keuzerecht.²²⁹

1. Actio redhibitoria

142. Bij deze vordering komt het er op neer dat men de ontvangen zaak teruggeeft in ruil voor de betaalde prijs verhoogd met de door de koop veroorzaakte kosten^{230, 231}. Het leidt dan ook tot de

²²⁷A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1644 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2-3, nr. 1-2; S. STUNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 379-380.

²²⁸ Artikel 1184 BW.

²²⁹A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1644 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3-4, nr. 2; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 216-217, nr. 24 en 27; J. GHESTIN, *Conformité et garantie de la vente*, Paris, LGDJ, 1983, 194, nr. 203; B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 34 en 36, nr. 50 en 53; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Themis Cahiers n°32, Brugge, die Keure, 2005-06, 14-15, nr. 22 en 24.

²³⁰Daaronder verstaat men in België: de kosten van akte, de kosten van overschrijving, hypotheekzuivering en de B.T.W.. In Frankrijk ziet men dit begrip nog ruimer, daar staat de verkoper te goeder trouw enkel niet in voor de door de koper gederfde winst. W. VAN CAUWELAERT, "Verborgen gebreken bij koop: actiemogelijkheden voor de koper" (noot onder Rb. Leuven 16 november 1979), *RW* 1980-81, 203, nr. 11.

²³¹E. DEGROOTE, J. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1988-1994) – Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1997, 734, nr. 109; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De vrijwaring voor verborgen

vernietiging van de koopex *tunc* en hoewel zij eigenlijk neerkomt op de gewone vordering tot ontbinding, wordt zij toch niet zo genoemd wegens enkele opmerkelijke verschillen. Zo heeft de koper enkel recht op een aanvullende schadevergoeding wanneer de verkoper op de hoogte was van de verborgen gebreken, dit in tegenstelling tot de ontbinding die altijd aanleiding geeft tot schadevergoeding. Als tweede verschilpunt kan nog aangestipt worden, de korte termijn van artikel 1648 BW waarbinnen de vordering op grond van de koopvernietigende gebreken moet worden ingesteld.²³²

2. Actio aestimatoria

143. Is de zaak niet helemaal ongeschikt geworden voor het gebruik waartoe men ze bestemt, maar enkel in aanmerkelijke mate vermindert dan opteert de koper meestal voor de *actio aestimatoria*. In dat geval mag hij de zaak behouden en zal de verkoper hem een gedeelte van de prijs terug betalen. Dat deel dat door een deskundige moet worden vastgesteld komt overeen met het deel van de prijs die de koper niet zou hebben betaald indien hij op de hoogte was van het verborgen gebrek. Het is niet noodzakelijk zo dat de prijsvermindering overeenstemt met het bedrag van de herstellingskosten.²³³

3. Geen recht op herstel of vervanging

144. Zoals reeds gezegd is de keuzemogelijkheid van de koper beperkt tot de in artikel 1644 BW voorziene opties, dit brengt met zich mee dat de koper dus niet over het recht beschikt om de herstelling te eisen noch de vervanging te vorderen, tenzij men dit conventioneel heeft bedongen. Hoewel dit vandaag de heersende opvatting is, zag men het vroeger anders. Men achtte de

gebreken" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 338, nr. 1057; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 554; B. STROOBANTS, "De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen", *Nieuwsbrief Notariaat*, 2009, afl. 7, 2, nr. 5; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 14, nr. 22; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 60, nr. 223.

²³² A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1644 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3-4, nr. 2.

²³³ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1644 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 6, nr. 6; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 339, nr. 1060; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 554-555; B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 33, nr. 50; W. VAN CAUWELAERT, "Verborgen gebreken bij koop: actiemogelijkheden voor de koper" (noot onder Rb. Leuven 16 november 1979), *RW* 1980-81, 203, nr. 13.

herstelling mogelijk in de mate dat de kosten hiervan niet overdreven waren in vergelijking met de waarde van de zaak. Waarbij sommige auteurs zich baseerden op artikel 1625 BW, anderen op artikel 1641 BW. Ook is men het er vandaag over eens dat de verkoper het herstel of de vervanging van de zaak niet kan opdringen aan de koper.²³⁴

4. Tenietgaan van de keuze

145. De koper verliest evenwel zijn keuzerecht wanneer hij niet meer in staat is om de zaak terug te geven hetzij doordat men de zaak na de ontdekking van het gebrek is blijven verder gebruiken en daardoor in waarde is verminderd²³⁵ hetzij omdat men ze heeft vervreemd of bezwaard met zakelijke rechten hetzij omdat de zaak is tenietgaan door een andere reden dan het gebrek zelf, hetzij omdat men de zaak heeft gewijzigd. De mogelijkheid om de *actio redhibitoria* uit te oefenen is immers nauw verbonden met de mogelijkheid om de zaak terug te geven. In dat geval kan de koper zich enkel nog beroepen op de *actio aestimatoria*. De vraag is nu natuurlijk in welke staat moet de gekochte zaak teruggegeven worden. Hoewel er hieromtrent discussie bestaat, geeft men eerder de voorkeur aan de staat van de zaak waarin ze zich bevond op het moment van het ontdekken van het gebrek dan aan de oorspronkelijke staat op het moment van de koop.²³⁶

C. Beide vorderingen kunnen gepaard gaan met een bijkomende schadevergoeding

²³⁴Cass. 21 november 1974, *Arr. Cass.* 1975, 350; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1644 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3-4, nr. 2; P.A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente" in B. TILLEMEN en P.A. FORIERS (eds.), *De Koop*, Brugge, Die Keure, 2002, 36, nr. 31; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 555; V. PIRSON, "Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente", *TBBR* 2001, 431-432, nr.23; B. TILLEMEN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 34-35, nr. 51; W. VAN CAUWELAERT, "Verborgen gebreken bij koop: actiemogelijkheden voor de koper" (noot onder Rb. Leuven 16 november 1979), *RW* 1980-81, 205-207, nr. 15 en 17.

²³⁵*Contra* B. TILLEMEN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 37-38, nr. 55

²³⁶A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1644 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 7, nr. 7; E. DEGROOTE, J. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1988-1994) – Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1997, 714, nr. 82; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1989, 1098, nr. 62; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 555; V. PIRSON, "Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente", *TBBR* 2001, 431-432, nr.23; B. TILLEMEN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 36-37, nr. 54; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 15-16, nr. 25; W. VAN CAUWELAERT, "Verborgen gebreken bij koop: actiemogelijkheden voor de koper" (noot onder Rb. Leuven 16 november 1979), *RW* 1980-81, 201-202, nr. 17.

1. De verkoper te goeder trouw

146. De verkoper te goeder trouw is een verkoper die niet op de hoogte is van het verborgen gebrek, hij blijft evenwel ondanks zijn onwetendheid aansprakelijk ten aanzien van de ongelukkige koper. Dit brengt twee gevolgen met zich mee enerzijds dat hij zich kan exonereren op grond van een geldig tot stand gekomen beding anderzijds dat hij slechts gehouden is om in te staan voor de door de koop veroorzaakte kosten. In tegenstelling tot de koper te kwader trouw, moet hij geen integrale schadevergoeding ophoesten. Velen beschouwen de terugbetaling van de contractkosten als een terechte sanctie, zij gaan er immers van uit dat ook al was hij onwetende over het gebrek, hij het had moeten kennen.²³⁷

147. Desalniettemin is er een discussie gaande of de koper in het geval hij een prijsvermindering vordert ook recht heeft op een aanvullende schadevergoeding van de verkoper te goeder trouw. Het Franse Hof van Cassatie²³⁸ oordeelde in die zin in 1988 dat de verkoper op grond van de *actio aestimatoria* niet veroordeeld kon worden tot een som die de verkoopprijs overtrof. Nergens wordt betwist dat de artikelen 1645-1646 BW strikt genomen enkel betrekking hebben op de *actio redhibitoria*, maar POTHIER²³⁹ werpt terecht op dat de principes die in die artikelen vervat liggen ook van toepassing zijn op de *actio aestimatoria*.²⁴⁰ Toch blijft FORIERS²⁴¹ volharden dat wat ook de draagwijdte van die artikels mag zijn, het toekennen van een aanvullende schadevergoeding zou hun hele betekenis teniet doen.²⁴²

²³⁷ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1643 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3, nr. 2; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1995, 192, nr. 52; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 60, nr. 225; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 17, nr. 29; B. TILLEMEN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 41, nr. 61; B. WYLLEMAN, "Enkele aspecten van de vrijwaringsregeling voor verborgen gebreken bij koop" (noot onder Gent 1 februari 1995), *AJT* 1995-96, 170, nr. 1.

²³⁸ Cass. Fr. 22 november 1988, *Bull. Civ.*, I, 226, nr. 333.

²³⁹ R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Paris, Pere Debure, 1772, 237-238, nr. 232.

²⁴⁰ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1645-1646 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2, nr. 1; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1995, 198, nr. 54.

²⁴¹ P.A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente" in B. TILLEMEN en P.A. FORIERS (eds.), *De Koop*, Brugge, Die Keure, 2002, 37-38, nr. 32.

²⁴² B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 17-18, nr. 30; B. TILLEMEN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 41-42, nr. 62.

2. De verkoper te kwader trouw

148. In tegenstelling tot de verkoper die de gebreken niet kende, is de verkoper te kwader trouw gehouden tot het betalen van een integrale schadevergoeding. Hij moet dus niet alleen instaan voor de restitutie van de prijs of van de prijsvermindering, maar ook voor de vergoeding van alle²⁴³ schade die de koper heeft geleden.²⁴⁴ Bovendien brengt deze kennis ook met zich mee dat ieder exonerationbeding zijn uitwerking verliest.²⁴⁵

149. Overigens is het aan de koper om te bewijzen dat de verkoper op de hoogte was van het verborgen gebrek op het moment van de contractsluiting en dus te kwader trouw is. Er bestaat immers geen vermoeden van kwade trouw.²⁴⁶ Zolang de koper geen kennis van het gebrek kan aantonen, wordt er van uitgegaan dat hij het niet kende en heeft de koper dus geen recht op een integrale schadevergoeding. Uitzondering hierop is het weerlegbaar vermoeden ten aanzien van de gespecialiseerde beroepsverkoper.²⁴⁷ Hierover wordt in het volgende puntje meer gedetailleerd op in gegaan.

²⁴³ Bv.: de schade welke door de gebrekkige zaak aan de koper of aan andere goederen zou zijn veroorzaakt, herstellingskosten, verlies van tijd, verlies van betere kansen, genotsderving, ...

²⁴⁴ Cass. 22 oktober 1993, *RW* 1995-96, 40; Brussel 2 april 2004, *Res Jur. Imm.* 2004, 18; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1645-1646 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3, nr. 2; M. DAMBRE, "Actuele ontwikkelingen inzake koop-verkoop van onroerende goederen: overzicht van de belangrijkste recente rechtspraak (2000-2005)" in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, VII, Brugge, Die Keure, 2005, 111, nr. 60; E. DEGROOTE, J. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1988-1994) – Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1997, 725, nr. 98; GHESTIN, *Conformité et garantie de la vente*, Paris, LGDJ, 1983, 194, nr. 204; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 17, nr. 28; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 60, nr. 226.

²⁴⁵ M. DAMBRE, "Actuele ontwikkelingen inzake koop-verkoop van onroerende goederen: overzicht van de belangrijkste recente rechtspraak (2000-2005)" in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, VII, Brugge, Die Keure, 2005, 111, nr. 62; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1995, 195, nr. 52; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1989, 1098-1099, nr. 63; M. GEVERS, "Examen de jurisprudence (1949-1952) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1953, 313, nr. 13.

²⁴⁶ Artikel 2268 BW.

²⁴⁷ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1645-1646 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 5, nr. 4; A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1648 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3-4, nr. 3; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 338, nr. 1058; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 555.

3. Van weerlegbaar vermoeden van kwade trouw in hoofde van de gespecialiseerde verkoper²⁴⁸ naar een afzonderlijke resultaatverbintenis

150. Zoals zojuist bleek, ligt de bewijslast bij de koper. Dit is vaak een uiterst lastige opdracht en het is dan ook daarom dat het Hof van Cassatie in 1939²⁴⁹ besloot om de bewijslast om te keren. Men voerde een vermoeden van kennis in ten aanzien van de professionele verkoper, zodat deze laatste steeds gehouden is tot volledige schadeloosstelling van de koper, ongeacht of deze het gebrek kent of niet. Wil hij hieraan ontkomen dan moet de professionele verkoper het bewijs leveren van zijn onoverkomelijke onwetendheid of van de absolute onnaspeurbare aard van het gebrek.²⁵⁰ Bovendien kan de professionele verkoper wegens het vermoeden van kwade trouw zich niet exonereren.²⁵¹

151. Dit alles is doorheen de jaren aan heel wat evolutie onderhevig geweest en het is dan ook onze bedoeling om kort uit te leggen hoe het vandaag de dag met dit alles gesteld is en welke veranderingen hebben plaats gevonden.

152. Ten eerste kunnen we stellen dat, hoewel bepaalde Belgische rechtsleer dat vermoeden van kennis meende af te leiden uit twee arresten van het Hof van Cassatie²⁵², het Hof sinds eind de jaren zeventig het evenwel niet meer heeft over een vermoeden. Men gaat sindsdien uit van een resultaatverbintenis die op de gespecialiseerde verkoper rust, met name dat de verkoper “*verplicht is de zaak zonder gebrek te leveren en daartoe alle nuttige maatregelen moet nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen*”²⁵³. We zouden het ook wel de hedendaagse vertaling kunnen noemen van het principe *spondet peritiam artis*, waar het ook op gebaseerd is. Verder beschouwen velen die strenge resultaatverbintenis als los staand van de vrijwaring voor verborgen gebreken.²⁵⁴ Toch blijft de meerderheid van de rechtsleer nog steeds het begrip “vermoeden” in de mond nemen.

153. Ons inziens lijkt de opvatting van CLAEYS correcter, de argumenten die ze naar voor brengen, mogen niet zomaar voorbij gekeken worden. Immers nooit heeft Cassatie het woord “vermoeden”

²⁴⁸ Met betrekking tot de verkoop van onroerende goederen, verstaat men hieronder: de bouwpromotoren en aannemers die een door hen opgetrokken gebouw verkopen.

²⁴⁹ Cass. 4 mei 1939, *Pas.* 1939, I, 224.

²⁵⁰ J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, “Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 1989, 1099, nr. 64; K. LAVEYT, “De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop” (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 556; B. TILLEMANS, “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed” in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 42-43, nr. 64-65.

²⁵¹ *Infra* nr 165-166.

²⁵² Cass. 4 mei 1939, *Pas.* 1939, I, 224; Cass. 13 november 1959, *Arr. Cass.* 1960, 225, *JT*, 1960, 59.

²⁵³ Cass. 6 mei 1977, *Arr. Cass.* 1977, II, 915.

²⁵⁴ I. CLAEYS en K. VAN STRYDONCK, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro”, *Bijzondere overeenkomsten* 2007-2008, Mechelen, Kluwer, 2008, 314, nr. 6-7.

gehanteerd, het enige wat ooit werd geschreven, is dat “*de verkoper geacht werd het gebrek te kennen*”. Het lijkt ons een stap te ver om daaruit direct een weerlegbaar vermoeden te gaan afleiden, bovendien wordt die gedachte van CLAEYS nog versterkt doordat Cassatie na die twee arresten ook haar formulering sterk heeft aangepast.

154. Vervolgens is ook het begrip “professionele verkoper” onderhevig geweest aan wat verandering. Sinds 1977 heeft het Hof van Cassatie²⁵⁵ het over de gespecialiseerde verkoper en hoewel op het eerste gezicht er niet zoveel verschil is tussen beide, hebben ze toch een volledige verschillende inhoud. Zo is de professionele verkoper, een verkoper die optreedt in het kader van zijn beroep, de gespecialiseerde verkoper²⁵⁶ daarentegen is een verkoper met technische kennis met betrekking tot het verkochte goed. Dit kan bijgevolg zowel een beroepsmatige als een occasionele verkoper zijn, maar niet iedere beroepsverkoper is een gespecialiseerde verkoper.²⁵⁷ De vraag kan natuurlijk gesteld worden wat men daar concreet onder dient te verstaan? Het lijkt ons dan ook de juiste keuze geweest te zijn om niet te kiezen voor een algemene definitie maar om het aan de rechter over te laten die dan een beoordeling in concreto dient te maken.²⁵⁸

155. De gespecialiseerde verkoper kon maar in één geval ontkomen aan die integrale vergoedingsplicht en dat was door het bewijs te leveren dat het gebrek onmogelijk kon worden opgespoord²⁵⁹, welke ook zijn zorg en nauwlettendheid zou zijn geweest. In haar arrest van 7 december 1999²⁶⁰ beantwoordde het Hof voor het eerst de cruciale vraag hoe men het bewijs van die onoverkomelijke onwetendheid of absolute onnaspeurbaarheid van het gebrek diende te beoordelen. Zij kwam daarbij tot het besluit dat die beoordeling in abstracto dient te gebeuren en dat in geen geval rekening mag worden gehouden met de technische onderzoeksmogelijkheden van de verkoper in dat concreet geval. Men gaat bijgevolg nagaan of iedere andere normaal, zorgvuldige

²⁵⁵ Cass. 6 mei 1977, *Arr. Cass.* 1977, II, 915.

²⁵⁶ Bv. een bouwpromotor. Antwerpen 26 januari 2009, *TBO* 2008, 225.

²⁵⁷ A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1643 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 5-6, nr. 4; T. VANSWEEVELT, “Het begrip gespecialiseerde verkoper en de beoordeling in abstracto van de onoverkomelijke onwetendheid bij de fabrikant en de gespecialiseerde verkoper” (noot onder Cassatie 7 december 1990), *RW* 1992-93, 432-433, nr. 3-4; B. WYLLEMAN, “Enkele aspecten van de vrijwaringsregeling voor verborgen gebreken bij koop” (noot onder Gent 1 februari 1995), *AJT* 1995-96, 171, nr. 2.

²⁵⁸ T. VANSWEEVELT, “Het begrip gespecialiseerde verkoper en de beoordeling in abstracto van de onoverkomelijke onwetendheid bij de fabrikant en de gespecialiseerde verkoper” (noot onder Cassatie 7 december 1990), *RW* 1992-93, 433, nr. 5.

²⁵⁹ Sinds het arrest van 18 oktober 2001 spreekt het Hof niet meer over de onoverkomelijke onwetendheid of absolute onnaspeurbaarheid van het gebrek, maar gewoon van de onmogelijkheid dat het gebrek kon worden opgespoord. Het lijkt ons dat Cassatie de bewijslast iets lichter wou maken, maar het blijft in ieder geval voor de gespecialiseerde verkoper een uiterst moeilijke taak. Cass. 18 oktober 2001, AR C990326N.

²⁶⁰ Cass. 7 december 1990, *RW* 1992-93, 431, Noot T. VANSWEEVELT.

gespecialiseerde verkoper geplaatst in dezelfde omstandigheden evenmin in staat zou zijn geweest om het gebrek te ontdekken.²⁶¹

§4: De korte termijn waarbinnen de vordering moet worden ingesteld

A. Ratio

156. Zoals reeds enkele malen werd aangehaald moet de vrijwaringsvordering worden ingesteld binnen een korte termijn.²⁶² De voornaamste reden die hiervoor kan worden aangehaald, is vermijden dat de koper geconfronteerd wordt met bewijsmoeilijkheden.²⁶³ Op de koper rust immers de bewijslast omtrent de anterioriteit van het gebrek. Hoewel men tegenwoordig over technische innovaties beschikt die het mogelijk maken om de oorsprong van het gebrek een lange tijd na de levering te achterhalen, was dit vroeger allesbehalve het geval. Daarom was het een absolute noodzaak om de vordering in te stellen op een moment dat niet te ver aflag van het tijdstip van de koop of de levering. Immers hoe langer de koper wacht hoe groter de kans bestaat dat de verkoper succesvol kan argumenteren dat het gebrek posterieur is.²⁶⁴

157. Hoewel men die korte termijn met goede bedoelingen heeft ingevoerd in 1804 hebben de argumenten die toen aangekaart werden veel van hun waarde verloren. Enerzijds beschikken we nu zoals net gezegd over hoogstaande technische snufjes anderzijds lijkt het veeleer dat de korte termijn gebruikt wordt als sanctie om de koper die te lang treuzelt, te straffen. Bovendien wordt ook

²⁶¹ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1643 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 5-6, nr. 4; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RC/B* 1995, 194, nr. 53; E. DEGROOTE, J. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1988-1994) – Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1997, 729-730, nr. 103; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 556; B. STROOBANTS, "De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen", *Nieuwsbrief Notariaat*, 2009, afl. 7, 2, nr. 5; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 18, nr. 32; B. WYLLEMAN, "Enkele aspecten van de vrijwaringsregeling voor verborgen gebreken bij koop" (noot onder Gent 1 februari 1995), *AJT* 1995-96, 171, nr. 2.

²⁶² Artikel 1648 BW.

²⁶³ Brussel 14 december 2010, *T. Not.* 2012, 50.

²⁶⁴ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1648 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 1, nr. 1; E. DEGROOTE, J. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1988-1994) – Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1997, 723, nr. 95; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 211, nr. 13; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 20, nr. 37; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 62, nr. 233.

nog aangehaald dat het voornamelijk een aanleiding vormt tot procederen wat opnieuw een grote kost met zich meebrengt.²⁶⁵

B. Vertrekpunt en duur

158. Wanneer we artikel 1648 van het Burgerlijk Wetboek van dichterbij bekijken valt het onmiddellijk op dat noch de duur noch het vertrekpunt van die korte termijn door de wetgever werd gepreciseerd. De feitenrechter beschikt opnieuw over een ruime appreciatiemarge en moet zich daarbij laten leiden door de aard van de gebreken en de gebruiken die gelden op de plaats waar de koop tot stand is gekomen. Verder wordt er ook rekening gehouden met alle concrete omstandigheden van het geval, waaronder men verstaat: de aard van de verkochte zaak, de hoedanigheid van de betrokken partijen en de door hen verrichte gerechtelijke en buitengerechtelijke handelingen, zoals een deskundigenexpertise.²⁶⁶

159. Het vertrekpunt van die korte termijn is steeds het onderwerp geweest van talloze discussies. Er zijn twee opvattingen die het meest voorkomen. Enerzijds is men van mening dat ze aanvangt vanaf de dag van de levering, anderzijds meent men dat het maar billijk is voor de koper als ze start vanaf de ontdekking van het gebrek. Welke nu de juiste opvatting is, lijkt ons nog steeds niet echt duidelijk.

Velen opteren voor de dag van de levering en daarbij maken zij in ons ogende terechte opvatting dat indien de wetgever het voor ogen had dat men rekening hield met de dag van de ontdekking van het gebrek, hij niet in artikel 1648 BW had laten opnemen dat men moest rekening houden met de aard van het gebrek. Hiertegen wordt dan weer opgeworpen dat zolang men het gebrek niet kent de korte tijd geen aanvang kan nemen.²⁶⁷ Enkele auteurs beweren dat men steeds moet uitgaan van het moment van de levering, tenzij het gaat om gebreken die moeilijk zijn te ontdekken of die pas na een lange tijd tot uiting komen. Alleen in dat laatste geval moet men zich dus beroepen op het moment

²⁶⁵ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1648 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2, nr. 1.

²⁶⁶ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1648 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4, nr. 2; W. DE BONDT, "Over gedupeerde kopers, vervallen termijnen en teleurgestelde rechtszoekenden" (noot onder Antwerpen 3 januari 1990), *TBBR* 1993, 346-347; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1995, 200, nr. 55; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1989, 1096, nr. 61; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 61, nr. 293; B. TILLEMEN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 45-46, nr. 69-71.

²⁶⁷ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1648 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4-5, nr. 2.

van het ontdekken van het gebrek.²⁶⁸ Anderen²⁶⁹ opteren uitsluitend voor het moment van het ontdekken van het gebrek maar daar wordt door sommigen een kleine nuance bij aan gebracht, namelijk gaat het om gebreken die onmiddellijk zichtbaar worden bij het gebruik van het verkochte goed dan moet men zich beroepen op het moment van de levering.²⁷⁰

C. Verlenging

160. In de rechtspraak wordt algemeen aanvaard dat de korte termijn wordt geschorst ofwel wordt verlengd indien er sprake is van ernstige onderhandelingen met het oog op een minnelijke regeling. Hieraan moet direct worden toegevoegd dat ze niet nodeloos mogen worden gerekt noch mogen aanslepen. Wanneer men tot het besef komt dat een minnelijke schikking niet mogelijk is, neemt de korte termijn aanvang. Hoewel een bevel tot expertise niet volstaat, lijkt de rechtspraak er toch rekening mee te houden. Zo kan het voor de koper nuttig zijn de resultaten van het expertise onderzoek af te wachten alvorens over te gaan tot het instellen van een vordering. Men stelt het vertrekpunt van de korte termijn dan ook uit tot het moment van de resultaten van het deskundigenonderzoek^{271 272}.

²⁶⁸M. DAMBRE, "Actuele ontwikkelingen inzake koop-verkoop van onroerende goederen: overzicht van de belangrijkste recente rechtspraak (2000-2005)" in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, VII, Brugge, Die Keure, 2005, 113, nr. 66; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 211, nr. 14; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 556-557.

²⁶⁹Antwerpen 20 januari 1988, *TBBR* 1990, 33-38; E. DEGROOTE, J. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1988-1994) – Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1997, 723, nr. 95.

²⁷⁰P.A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente" in B. TILLEMEN en P.A. FORIERS (eds.), *De Koop*, Brugge, Die Keure, 2002, 38, nr. 33; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, *Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 21, nr. 42; B. TILLEMEN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 49, nr. 75

²⁷¹Cass. 19 mei 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1155.

²⁷²A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1648 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 7-8, nr. 4; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1995, 201, nr. 55; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 212, nr. 15; J. H. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1989, 1096-1097, nr. 61; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 557; B. TILLEMEN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 50, nr. 78; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 62, nr. 232; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, *Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 22, nr. 44.

§5: Contractuele bedingen met betrekking tot de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken

A. Bedingen tot uitbreiding en precisering van de vrijwaringsplicht

161. Hoewel er nergens in het Burgerlijk Wetboek iets vermeld staat over de uitbreiding van de vrijwaringsverplichting is men het er over eens dat deze bedingen steeds geldig zijn. Het is dan ook niet verrassend dat aangezien zij de koper nog meer bescherming biedt, deze uitbreidingen in de praktijk zelden voorkomen. Een voorbeeld van zo een beding kan er in bestaan dat de verkoper ook vrijwaring biedt voor de zichtbare en minder ernstige gebreken of dat hij ook nog de herstelling of vervanging als extra actiemogelijkheid voor de koper voorziet.²⁷³

162. Wat echter frequenter voorkomt, is dat men de vrijwaringsverplichting van de verkoper gaat preciseren. Zo wordt er vaak voor geopteerd om de duur en het vertrekpunt van die korte termijn conventioneel vast te leggen en op die manier komaf te maken met de rechtsonzekerheid die de korte termijn meebrengt. Bijzonder hieraan is, dat in zoverre die termijn redelijk²⁷⁴ is, het er niet toe doet of de verkoper te goeder of kwader trouw is. Gaat het echter om een invulling die onredelijk is dan wordt ze beschouwd als een vrijwaringsbeperkende clausule en zal ze bijgevolg maar geldig zijn in de mate dat de verkoper geen kennis had van het verborgen gebrek.²⁷⁵

B. De eigenlijke exoneratiebedingen

²⁷³A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1643 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 8, nr. 8; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1995, 204, nr. 56; E. DEGROOTE, J. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1988-1994) – Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1997, 735, nr. 112; X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 227, nr. 41; D. MEULEMANS P. VAN HOUTTE, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 340, nr. 1065; V. PIRSON, "Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente", *TBBR* 2001, 434, nr. 26; B. TILLEMANS, *Recht in beweging – 17e vrg alumnidag*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 2010, 55, nr. 15; B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 51, nr. 81.

²⁷⁴ De koper moet de mogelijkheid hebben om binnen die vastgestelde termijn de verborgen gebreken te ontdekken.

²⁷⁵X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 227, nr. 41; D. MEULEMANS P. VAN HOUTTE, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 339, nr. 1063; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 558; V. PIRSON, "Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente", *TBBR* 2001, 435-436, nr. 29; B. TILLEMANS, *Recht in beweging – 17e vrg alumnidag*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 2010, 57-58, nr. 19; B. TILLEMANS, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 57, nr. 92.

1. Geldigheid volgens het gemeen recht

163. Artikel 1643 BW maakt het voor de verkoper in principe mogelijk om zijn vrijwaringsverplichting te beperken en zelfs helemaal uit te sluiten. De vrijwaringsregeling heeft immers betrekking op private belangen en deze exonerationen worden niet strijdig geacht met de openbare orde. Essentieel hierbij is dat ze pas uitwerking krijgen wanneer de verkoper te goeder trouw²⁷⁶ is en dus onwetend is van het verborgen gebrek. Erkennen dat de verkoper een zaak kan leveren waarvan hij weet dat ze gebrekkig is en daarenboven kan bedingen dat hij niet aansprakelijk is, zou immers neerkomen op bedrog en daarvoor kan men zich niet exonereren. Bovendien is het beding nietig wanneer het de essentie van de aangegane verbintenis teniet doet. Er is slechts één mogelijkheid die de verkoper de kans biedt om alsnog van het niet-vrijwaringsbeding te genieten en dat is door de koper op de hoogte te brengen van de aanwezigheid van verborgen gebreken.²⁷⁷

2. De inhoud van dergelijke exonerationebedingen

164. Het is uitermate belangrijk dat het beding is opgesteld in juridisch nauwkeurige bewoordingen en geen aanleiding kan geven tot dubbelzinnigheden.²⁷⁸ Naast de volledige uitsluiting van zijn vrijwaringsplicht kan de verkoper er ook voor opteren om hetzij de keuzemogelijkheid uit te schakelen hetzij de terugbetaling van contractkosten af te schaffen of ze te beperken tot een forfaitair bedrag hetzij bepaalde verborgen gebreken uitsluiten van het toepassingsgebied hetzij enkel de vervanging of herstel te voorzien hetzij een combinatie van het voorgaande.²⁷⁹

²⁷⁶ *Contra* B. VAN BAEVEGHEM, Actualiteiten inzake koop-verkoop van onroerende goederen en verkoopsmandaat: overzicht van rechtspraak (2002-2007) in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, XI, Brugge, Die Keure, 2007, 95-96, nr. 7-8.

²⁷⁷ A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1643 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 11, nr. 10; M. DAMBRE, "Het beding van niet-vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van onroerende goederen" (Noot onder Rb. Brussel 30 juni 1986), *DCCR* 1988-89, 115-116, nr.7-8; E. DEGROOTE, J. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van de rechtspraak (1988-1994) – Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1997, 725, nr. 99; P.A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la vente" in B. TILLEMANS en P.A. FORIERS (eds.), *De Koop*, Brugge, Die Keure, 2002, 40, nr. 38; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 340, nr. 1068; B. TILLEMANS, *Recht in beweging – 17e vrg alumnidag*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 2010, 56-57, nr. 16.

²⁷⁸ M. DAMBRE, "Het beding van niet-vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van onroerende goederen" (Noot onder Rb. Brussel 30 juni 1986), *DCCR* 1988-89, 117, nr.10; C. PAUWELS, "Exoneration voor verborgen gebreken bij koop - gemeen recht" in J. HERBOTS (ed.), *Exonerationebedingen*, Brugge, Die Keure, 1993, 29, nr. 15; B. VAN BAEVEGHEM, "Actualiteiten inzake koop-verkoop van onroerende goederen en verkoopsmandaat: overzicht van rechtspraak (2002-2007)" in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, XI, Brugge, Die Keure, 2007, 96, nr. 10.

²⁷⁹ X. DESMET, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 228, nr. 41; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 340, nr. 1066; V. PIRSON, "Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente", *TBBR* 2001, 434-435, nr. 27-28.

3. De gespecialiseerde verkoper

165. De overgrote meerderheid gaat ervan uit dat door het vermoeden van kwader trouw de gespecialiseerde verkoper zich niet kan exoneren, tenzij hij kan aantonen dat het gebrek onmogelijk kon opgespoord worden.²⁸⁰ Het is opnieuw CLAEYS die in de tegenaanval gaat waarbij hij zich steunt op FORIERS. Die laatste was namelijk van mening dat die afzonderlijke resultaatverbintenis het voorwerp uitmaakte van suppletief recht en niets dus nog de verkoper verhinderde om zijn aansprakelijkheid als gevolg van de niet-nakoming van die resultaatverbintenis te beperken. CLAEYS benadrukt evenwel dat het niet zijn bedoeling is om te pleiten voor de afschaffing van de intensieve verbintenis die op de gespecialiseerde verkoper rust, maar dat hij gewoon wil aantonen dat er ruimte is voor exonatiebedingen wegens het aanvullend recht waarvan die verbintenis deel uitmaakt.²⁸¹ Een deel van de rechtsleer is evenwel van mening dat het de gespecialiseerde verkoper is toegelaten om clausules op te stellen die de korte termijn preciseren, opnieuw op voorwaarde dat het hier gaat om een redelijke termijn. Het gaat hier tenslotte niet over een effectief exonatiebeding.²⁸²

166. Hoewel het voor ons op het eerste gezicht niet echt duidelijk is wie het bij het juiste eind heeft, gaat onze voorkeur echter uit naar de laatste opvatting die het de gespecialiseerde verkoper mogelijk maakt wat meer rechtszekerheid te creëren. Op die manier weet hij tenslotte dat hij na het verstrijken van een bepaalde, vastgelegde termijn niet meer in vrijwaring kan worden aangesproken. Zoals geargumenteed, blijft de koper binnen die redelijke termijn zijn volle actiemogelijkheden behouden en is het voor hem niet direct nadelig daar hij op die manier ook meer zekerheid heeft over de duur van die korte termijn. Wat betreft de opvatting van CLAEYS is het naar onze mening nog te vroeg om hierover uitspraken te doen. De toekomst zal hierover meer uitsluitsel moeten brengen waarbij het vooral belangrijk zal zijn hoe de rechters hiermee zullen omgaan.

C. Interpretatie door de feitenrechter

²⁸⁰ Antwerpen 22 december 1992, *T. Aann.* 1998, 15; K. LAVEYT, "De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop" (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 557; B. STROOBANTS, "De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen", *Nieuwsbrief Notariaat*, 2009, afl. 7, 5, nr. 14; B. TILLEMEN, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 53, nr. 86.

²⁸¹ I. CLAEYS en K. VAN STRYDONCK, "Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro", *Bijzondere overeenkomsten* 2007-2008, Mechelen, Kluwer, 2008, 315, nr. 7.

²⁸² J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux", *RCJB* 1995, 206, nr. 56; V. PIRSON, "Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente", *TBBR* 2001, 438, nr. 33; B. WYLLEMAN, "Enkele aspecten van de vrijwaringsregeling voor verborgen gebreken bij koop" (noot onder Gent 1 februari 1995), *AJT* 1995-96, 171, nr. 2.

167. Bij discussie of twijfel over de aard en de draagwijdte van het niet-vrijwaringsbeding is het steeds de feitenrechter die er soeverein zal over oordelen. De rechter zal zich laten leiden door twee vuistregels, ten eerste moeten exonerationclausules ten allen tijde restrictief geïnterpreteerd worden. Clausules die in te algemene bewoordingen zijn opgesteld, brengen vaak voor de verkoper mee dat hij alsnog moet instaan voor de vrijwaring voor verborgen gebreken, daar de bedoeling om zich te exonereren hier niet duidelijk uit kan worden afgeleid. Ten tweede bepaalt artikel 1602 BW: “*de verkoper is verplicht duidelijk te verklaren waartoe hij zich verbindt. Ieder duister of dubbelzinnig beding wordt tegen de verkoper uitgelegd*”. De interpretatie gebeurt dus altijd in het voordeel van de koper.²⁸³

168. Een goed voorbeeld van een beding die de interpretatietoets met glans doorstaat is: “De verkopers worden vrijgesteld van elke waarborg aangaande de aard, de staat, de zichtbare en/of verborgen gebreken van grond, ondergrond en gebouwen en in het bijzonder van deze die voortspruiten uit de artikelen 1641 en 1643 van het Burgerlijk Wetboek betreffende de verborgen gebreken”.²⁸⁴

§6: Geen toepassing van de vrijwaring voor verborgen gebreken

A. Bij verkopen op rechterlijk gezag

169. De artikelen 1641-1648 BW zijn in beginsel van toepassing op alle verkoopsovereenkomsten, met uitzondering van de verkoop op rechterlijk gezag^{285, 286}. In dergelijk geval heeft de koper geen recht op vrijwaring, dit in tegenstelling tot het recht op uitwinning waarvan de koper wel geniet. Onder een verkoop onder rechterlijk gezag dient men te verstaan, verkopen die uitsluitend door het gerecht worden bevolen. Er moet evenwel een onderscheid gemaakt worden tussen de vrijwillige openbare verkoop in gerechtelijke vorm en de gedwongen openbare verkoop. In het eerste geval

²⁸³J. DE GAVRE, P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux”, *RCJB* 1995, 204, nr. 56; X. DESMET, “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 228, nr. 42; M. GEVERS, “Examen de jurisprudence (1949-1952) – Les contrats spéciaux”, *RCJB* 1953, 314, nr. 13; V. PIRSON, “Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente”, *TBBR* 2001, 436-437, nr. 31; B. TILLEMEN, “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed” in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 56, nr. 90-91; B. VAN BAEVEGHEM, “Actualiteiten inzake koop-verkoop van onroerende goederen en verkoopsmandaat: overzicht van rechtspraak (2002-2007)” in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, XI, Brugge, Die Keure, 2007, 96, nr. 11.

²⁸⁴X. DESMET, “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 231, nr. 43.

²⁸⁵ Artikel 1649 BW.

²⁸⁶ C. DE KONINCK, *Glossarium van Latijnse en Romeinse rechtstermen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 15; R. DE VALKENEEER, noot onder Antwerpen (1^e k.) 28 november 1985, *Rev. not. b.* 1986, 395; B. STROOBANTS, “De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen”, *Nieuwsbrief Notariaat*, 2009, afl. 7, 1, nr. 2; W. VAN CAUWELAERT, “Verborgen gebreken bij koop: actiemogelijkheden voor de koper” (noot onder Rb. Leuven 16 november 1979), *RW* 1980-81, 200-201, nr. 5.

moeten we denken aan bijvoorbeeld de verkoop van een onroerend goed die geheel of ten dele toebehoort aan een minderjarige. In het andere geval wordt de eigenaar hiertoe gedwongen, hij heeft geen andere keuze. Bijvoorbeeld in geval van een uitvoerend onroerend beslag²⁸⁷ of in geval van een gerechtelijke verdeling^{288, 289}. Dit onderscheid is voor de toepassing van artikel 1649 BW irrelevant, in beide gevallen is er geen vrijwaring voor verborgen gebreken verschuldigd. Opteren de partijen toch voor een verkoop op rechterlijk gezag, hoewel zij eigenlijk een gewone vrijwillige verkoop kunnen organiseren, dan geldt deze uitzondering niet.²⁹⁰

B. Bij exonerationbedingen

170. Zoals we hierboven hebben besproken heeft de verkoper te goeder trouw de mogelijkheid om zijn vrijwaring volledig uit te sluiten, waardoor de koper dus ieder recht op vrijwaring verliest. Opdat de koper toch beroep zou kunnen doen op de regeling is het noodzakelijk dat hij aantoont dat de verkoper wel degelijk kennis had van het verborgen gebrek ten tijde van de verkoop.

C. Wanneer de koper kennis had van de verborgen gebreken

171. Het is evident dat er geen sprake is van vrijwaring wanneer de koper kennis had van de verborgen gebreken, daar de vereiste dat het gebrek “verborgen” moet zijn op het moment van de koop niet meer aanwezig is. Hij aanvaardt als het ware, door toch met de koop verder te gaan, de mogelijke risico’s die zich kunnen voordoen. Hierover werd reeds dieper ingegaan in paragraaf 3, deel A.

D. Bij verlies van het goed

1. Te wijten aan toeval

172. In artikel 1647 BW kan de gekochte zaak op twee manieren verloren gaan enerzijds ten gevolge van het gebrek, anderzijds door toeval. Het onderscheid is niettemin van groot belang, vermits in het

²⁸⁷ Artikel 1560 en volgende Ger. W.

²⁸⁸ Artikel 1207 en volgende Ger. W.

²⁸⁹ C. ENGELS, “Burgerlijk procesrecht – Bijzondere rechtsplegingen” in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, XVII, Brugge, Die Keure, 2010, 178, nr. 58; X. DESMET, “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 212; B. TILLEMEN, “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed” in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 56, nr. 90-91; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, “Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)”, in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 6, nr. 7; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, “Bijzondere overeenkomsten in kort bestek” in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 57, nr. 212.

²⁹⁰ J. DE CONINCK, “Commentaar bij artikel 1649 B.W.” in *Artikelsgewijze commentaar Bijzondere overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4-5 en 7, nr. 3 en 6-7.

eerste geval het verlies voor rekening van de verkoper is, in het andere geval moet de koper hiervan de gevolgen zelf dragen.

173. Wat betreft het verlies ten gevolge van een toevallige gebeurtenis kunnen we stellen dat de verkoper hierdoor onmiddellijk bevrijd is van zijn vrijwaringsplicht en het recht op de volle prijs die hij tengevolge van de verkoop had ontvangen, behoudt.²⁹¹ Over *de ratio* die hieraan ten basis ligt, is men het in de rechtsleer niet bepaald eens. Zo voeren sommigen aan dat de wetgever deze regel heeft ingevoerd om te vermijden dat er onzekere processen zouden gevoerd worden, nu de zaak waarvan het gebrek moest worden onderzocht niet meer voorhanden is. Kunnen we dan niet stellen dat deze zelfde argumentatie ook kan aangevoerd worden als oplossing voor artikel 1647 lid 1 BW dat meebrengt dat de verkoper moet instaan voor de zaak die teniet gaat door het gebrek? Anderen zijn dan weer ten stelligste tegen deze regel, aangezien zij menen dat hierdoor de verkoopprijs in handen van de verkoper blijft, niettegenstaande hier geen oorzaak meer voor is te vinden. Daarnaast wordt ook nog opgeworpen dat deze regel haar oorsprong vindt in het gemeen recht, meer bepaald in het principe *res perit domino* (het verlies van de zaak is voor de eigenaar).²⁹² Wat ook de juiste beweegreden is, het is enigszins wel logisch dat de koper hiervoor zelf moet instaan, aangezien de zaak ook zonder het gebrek verloren zou gaan en het gebrek *in se* dus geen schade heeft berokkend aan de koper.²⁹³

174. Men heeft deze voor de koper nadelige regel toch ietwat verzwakt door een uitzondering te voorzien. Heeft de koper reeds een vordering tot vrijwaring voor verborgen gebreken ingesteld en gaat achteraf de zaak door toeval verloren, dan heeft de koper toch recht op bescherming. De achterliggende reden hiertoe kan men vinden in de terugwerkende kracht van het vonnis dat de verkoper veroordeeld tot vrijwaring en op zodanige wijze terugwerkt tot op de datum van de dagvaarding, zodat de eigenaar van het goed op het moment dat het teniet gaat nog steeds de verkoper is.²⁹⁴

²⁹¹A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1647 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2, nr. 1; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 339, nr. 1061-1062; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 23, nr. 48; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 63, nr. 237.

²⁹²A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1647 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2-3, nr. 3.

²⁹³B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 23, nr. 48.

²⁹⁴A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1647 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3, nr. 3; D. MEULEMANS P. VAN HOUTTE, "De vrijwaring voor verborgen gebreken" in D.

2. Te wijten aan de exclusieve fout van de koper

175. In dit geval kunnen we kort en bondig zijn, is het verlies te wijten aan een handeling die de koper zelf heeft gesteld dan staat de koper op grond van het gemeen recht hiervoor zelf in. Vermits het hier louter gaat om de logica zelve, lijkt het ons niet nodig hier dieper op in te gaan.²⁹⁵

E. Bij omvorming, verandering of herstelling van het goed door de koper na de ontdekking van het verborgen gebrek

176. De reden kan opnieuw gevonden worden in het feit dat de wetgever wou vermijden dat hierover onnodige processen worden gevoerd die grote rechtsonzekerheid met zich meebrengen. Het is namelijk door die wijzigingen niet meer mogelijk om te achterhalen of de zaak behept was met een gebrek. De koper handelt vanaf dan op eigen risico, wil hij daarentegen zijn bescherming niet verliezen dan moet hij de zaak vanaf het ontdekken van het gebrek laten zoals ze is en de verkoper in vrijwaring stellen.

MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 339, nr. 1062; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)", in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, Themis Cahiers n°32*, Brugge, die Keure, 2005-06, 23, nr. 49; B. TILLEMANS en A. VERBEKE, "Bijzondere overeenkomsten in kort bestek" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 63, nr. 237.

²⁹⁵A. CHRISTIAENS, "Commentaar bij art. 1647 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3, nr. 3.

HOOFDSTUK 3: IMPLICATIE VAN HET BODEMDECREET OP DE LEER VAN DE VERBORGEN GEBREKEN

177. Bodemverontreiniging is heden ten dage een welgekend fenomeen, maar het is eigenlijk voornamelijk een zware erfenis uit het verleden. Hoewel velen daar waarschijnlijk niet bij stilstaan, heeft dergelijke verontreiniging verontrustende economische en ruimtelijke gevolgen. In 1995 kwam het Bodemsaneringsdecreet²⁹⁶ tot stand. Dit was voor het bodemsaneringsbeleid een enorme stap vooruit!

§1: Het Bodemdecreet

A. Doel en kenmerken

178. Niettegenstaande men had kunnen opteren voor een grondige reparatie van het Bodemsaneringsdecreet, koos men ervoor om een geheel nieuw decreet te ontwerpen. Het Bodemsaneringsdecreet werd in oktober 2006 geheel vervangen door het Decreet betreffende de bodemsanering en de bodembescherming (hierna: Bodemdecreet)²⁹⁷ en diens uitvoeringsbesluit (VLAREBO)²⁹⁸.

179. Het Bodemdecreet heeft als voornaamste taak bestaande bodemvervuiling zo efficiënt mogelijk aan te pakken en nieuwe verontreiniging te voorkomen. Uit de titel van het Bodemdecreet kunnen we afleiden dat het nieuwe bodembeleid gebaseerd is op twee grote pijlers. Naast de “bodemsanering” staat nu ook de “bodembescherming” centraal.²⁹⁹ Er wordt bijgevolg een preventief beleid gevoerd om toekomstige verontreiniging en verstoring van bodems te voorkomen.³⁰⁰

B. De overdracht van gronden

²⁹⁶ Decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering, *BS* 29 april 1995, err. *BS* 3 oktober 1995.

²⁹⁷ Decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, *BS* 22 januari 2007, err. *BS* 20 februari 2007.

²⁹⁸ B. Vl. Reg. 14 december 2007 houdende vaststelling van het Vlaams Reglement betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, *BS* 22 april 2008.

²⁹⁹ C. DE BEIR, P. DE SMEDT, L. LAVRYSEN, T. MALFAIT en R. SLABBINCK, *Van bodemsaneringsdecreet naar bodemdecreet: Toelichting bij het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en het bodembeheer – Met een blik over de gewestgrenzen*, Brugge, Die Keure, 2008, 3, nr. 4.

³⁰⁰ *Parl. St. Vl. Parl.* 2005-06, nr. 867/1, 76; C. DE BEIR, P. DE SMEDT, L. LAVRYSEN, T. MALFAIT en R. SLABBINCK, *Van bodemsaneringsdecreet naar bodemdecreet: Toelichting bij het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en het bodembeheer – Met een blik over de gewestgrenzen*, Brugge, Die Keure, 2008, 111-112, nr. 130.

180. In het Bodemdecreet is een volledig hoofdstuk gewijd aan overdrachten van gronden. Zo bevat het ondermeer een heel reeks verplichtingen in hoofde van de overdrager. Hiermee beoogt men de bescherming van potentiële verwervers van gronden tegen mogelijke bodemverontreiniging.³⁰¹

181. Artikel 2 lid 18 van het Bodemdecreet bevat een limitatieve opsomming³⁰² van de rechtshandelingen die beschouwd kunnen worden als een “overdracht van gronden”. Wat met zich meebrengt dat sommige verrichtingen of situaties geen overdracht uitmaken. Dit is het logische gevolg van het algemene principe dat wetbepalingen die afwijken van het gemeen recht restrictief moeten worden geïnterpreteerd.³⁰³ Er moet evenwel opgewezen worden dat het begrip “grond” een ruimere betekenis heeft dan gebruikelijk is in de gewone omgangstaal. Het omvat niet enkel de bodem, maar ook de opstallen die zich op of in de bodem bevinden, met uitzondering evenwel van de opstallen die door de Vlaamse Regering bepaald worden^{304 305}.

182. Artikel 101 van Bodemdecreet krijgt evenwel maar uitwerking wanneer het gaat om “een overeenkomst betreffende overdracht van gronden”. Een onderscheid moet gemaakt worden tussen de overdracht van een niet-risicoground en de overdracht van een risicoground. Immers in het laatste geval zijn de verplichtingen veel strenger. Of men te maken heeft met een risicoground wordt uitsluitend bepaald door de feitelijke situatie. Er is sprake van een risicoground wanneer het gaat om een grond waarop een risico-inrichting gevestigd was of is.³⁰⁶ Onder “een risico-inrichting” dient men te verstaan fabrieken, werkplaatsen, opslagplaatsen, machines, installaties, toestellen en handelingen die een verhoogd risico op bodemverontreiniging kunnen inhouden en die op een lijst³⁰⁷ voorkomen die is opgesteld door de Vlaamse Regering.³⁰⁸

§2: De implicatie

A. In principe geen gevolgen

183. Hoewel men op het eerste gezicht misschien geen verband legt tussen het Bodemdecreet en de vrijwaring voor verborgen gebreken is het wel degelijk belangrijk om hier even bij stil te staan. Bodemverontreiniging wordt immers aanzien als een typevoorbeeld van een verborgen gebrek. Denk

³⁰¹ Artikel 101 tot 117 Bodemdecreet.

³⁰² Bv. de overdracht onder levenden van het eigendomsrecht op een grond, het aangaan of het beëindigen van een concessie op een grond, ...

³⁰³ J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 10.

³⁰⁴ Bv. scheidingsmuren en omheiningen, antennes en masten, rails van trein, tram en metro, ...

³⁰⁵ Artikel 2, lid 9 Bodemdecreet.

³⁰⁶ Artikel 2 lid 13 Bodemdecreet.

³⁰⁷ Zie bijlage 1 bij VLAREM I.

³⁰⁸ Artikel 2 lid 14 Bodemdecreet.

hierbij aan een verontreinigende vijver³⁰⁹ en een ondergrondse mazouttank met daaromheen een vervuilde bodem³¹⁰.

Het gaat hier meer bepaald om de hypothese waarin een koper van een onroerend goed nadien vaststelt dat zijn grond verontreinigd is of zwaarder verontreinigd is dan contractueel beschreven. In de meeste gevallen wordt de bodemgesteldheid niet uitdrukkelijk beschreven en zal de vrijwaring voor verborgen gebreken soelaas kunnen brengen, tenzij de verkoper zich hiervoor heeft geëxonereerd.³¹¹

184. Aangezien in hoofdstuk twee reeds uitvoerig werd ingegaan op de vrijwaring voor verborgen gebreken is het hier de bedoeling om slechts kort de vrijwaring eens te bekijken vanuit de problematiek van de bodemverontreiniging.

Indien voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 1641 van het Burgerlijk Wetboek kan de koper hetzij de ontbinding van de koopovereenkomst hetzij een prijsvermindering vorderen.³¹² Ten eerste moet de bodemverontreiniging beschouwd worden als een verborgen gebrek dat het normale gebruik van die grond onmogelijk maakt of dat de grond ongeschikt maakt voor het gebruik dat de koper voor ogen had en waarvan de verkoper op de hoogte was. Vervolgens mag de koper geen kennis hebben van die verontreiniging, noch behoorde hij er redelijkerwijze van op de hoogte te zijn. Tot slot moet er reeds – minstens in de kiem – sprake zijn van verontreiniging ten tijde van de eigendomsoverdracht.³¹³

185. Wat betreft de eerste vereiste kunnen we stellen dat de bodemverontreiniging een gebrek uitmaakt, wanneer de koper geconfronteerd wordt met een saneringsplicht of met gebruiksbeperkingen die het ongestoorde genot van de grond aantasten.³¹⁴ Wanneer er daarentegen geen saneringsplicht geldt omdat er geen gevaar bestaat voor mens en milieu, dan is er geen sprake van een gebrek.³¹⁵

³⁰⁹ Brussel (1^e k.) 17 november 2009, *T. Not.* 2010, 473.

³¹⁰ Antwerpen 17 januari 2000, *AJT* 2000-01, 255.

³¹¹ C. DE BEIR, P. DE SMEDT, L. LAVRYSEN, T. MALFAIT en R. SLABBINCK, *Van bodemsaneringsdecreet naar bodemdecreet: Toelichting bij het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en het bodembeheer – Met een blik over de gewestgrenzen*, Brugge, Die Keure, 2008, 136, nr. 166 en 167.

³¹² Artikel 1644 BW.

³¹³ J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 93.

³¹⁴ Antwerpen 17 januari 2000, *AJT* 2000-01, 255; F. VAN NUFFEL, "De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen", *TMR* 2005, 618, nr. 13.

³¹⁵ J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 95; F. VAN NUFFEL, "De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen", *TMR* 2005, 618, nr. 13.

186. Men verwacht dat een koper kennis heeft van de bodemverontreiniging als ze detecteerbaar is door de kleur of de geur van de bodem, door de afwezigheid van vegetatie of door de aanwezigheid van tal van afval. Daarentegen is de bodemverontreiniging in ieder geval verborgen als ze maar aan het licht komt na een uitgebreid deskundig onderzoek. In ieder geval behoort de koper op de hoogte te zijn van (potentiële) verontreiniging als hij weet of behoorde te weten dat de activiteiten die de verkoper uitoefende, vervuילend zijn.³¹⁶

187. Verder moet de koper ervoor zorgen dat zijn vordering binnen een korte termijn wordt ingesteld. Het is de feitenrechter die op soevereine wijze en met inachtneming van alle concrete omstandigheden bepaalt of ze tijdig is ingesteld. Over het algemeen gaat men er vanuit dat de korte termijn begint te lopen vanaf de ontdekking van de bodemverontreiniging. Het is dan ook niet verwonderlijk dat er tussen de koop en het ontdekken enig tijdsverloop zit.³¹⁷

188. Zoals reeds vermeld moet de verkoper niet instaan voor de vrijwaring als hij zich kan beroepen op een geldig exoneratiebeding. Essentiële is hier echter dat de verkoper geen kennis had van de verontreiniging en dus te goeder trouw handelde.³¹⁸ Gaat het om een gespecialiseerde koper dan is er in principe geen exoneratie mogelijk daar hij vermoed wordt kennis te hebben van het gebrek, tenzij hij het bewijs levert van zijn onoverkomelijke onwetendheid.³¹⁹

189. In het geval de koper ervoor opteert om de grond te behouden, heeft hij recht op een prijsvermindering, waarbij dat bedrag meestal overeenstemt met de saneringskosten. De kostprijs van de sanering wordt bijgevolg in mindering gebracht van de koopprijs.³²⁰ Bovendien kan men zowel bij de ontbinding als bij de prijsvermindering aanspraak maken op een aanvullende vergoeding, indien men het bewijs levert dat de verkoper te kwader trouw is of wanneer de gespecialiseerde verkoper geen bewijs kan leveren van zijn onoverkomelijke onwetendheid. In dergelijk geval bekomt men een volledige schadevergoeding die het door de koper geleden verlies en alle schade die door de gebrekkige zaak is veroorzaakt, moet dekken^{321 322}.

³¹⁶ J. CEENAEME en M. DEWEIRD, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 96.

³¹⁷ J. CEENAEME en M. DEWEIRD, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 95; F. VAN NUFFEL, "De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen", *TMR* 2005, 618, nr. 15.

³¹⁸ Rb. Gent 7 april 2009, *TBO* 2010, 270.

³¹⁹ C. DE BEIR, P. DE SMEDT, L. LAVRYSEN, T. MALFAIT en R. SLABBINCK, *Van bodemsaneringsdecreet naar bodemdecreet: Toelichting bij het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en het bodembeheer – Met een blik over de gewestgrenzen*, Brugge, Die Keure, 2008, 136-137, nr. 166-167.

³²⁰ Antwerpen 17 januari 2000, *AJT* 2000-01, 255; C. DE BEIR, P. DE SMEDT, L. LAVRYSEN, T. MALFAIT en R. SLABBINCK, *Van bodemsaneringsdecreet naar bodemdecreet: Toelichting bij het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en het bodembeheer – Met een blik over de gewestgrenzen*, Brugge, Die Keure, 2008, 137, nr. 167.

³²¹ Bv. genots- en winstderving, verdragingskosten, ...

190. Hieruit kunnen we concluderen dat het Bodemdecreet fundamenteel niets wijzigt aan de klassieke wettelijke vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken. Is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 1641 BW en is de vordering ingesteld binnen de korte termijn van artikel 1648 BW, dan beschikt de ongelukkige koper over twee actiemogelijkheden, hetzij de ontbinding hetzij de prijsvermindering. Niettegenstaande moet er wel een kleine nuance gemaakt worden. Zowel het Bodemsaneringsdecreet als diens opvolger, het Bodemdecreet, heeft tot doel de partijen en in het bijzonder de koper in te lichten over de ware aard van het door hem gekochte goed, voornamelijk met betrekking tot verontreiniging. Wat er toe geleid heeft dat de voorlichtingsplicht van de verkoper en de notaris omtrent de draagwijdte van de verborgen gebreken en het Bodemdecreet in aanzienlijke mate verscherpt is.³²³

B. Verhoging van de verplichtingen in hoofde van de verkoper en de notaris

1. Algemene informatieverplichting

191. In hoofdstuk 1 kwam reeds aan bod dat op grond van het gemeen recht op de onderhandelende partijen naar aanleiding van het sluiten van een overeenkomst een informatieverplichting en onderzoeksplicht rust betreffende de essentiële bestanddelen van het contract.

Die onderzoeksplicht die bestaat in hoofde van de overdrager geldt eveneens met betrekking tot potentiële verontreiniging. Wanneer de overdrager kennis heeft van de huidige verontreiniging is hij verplicht de verwerver hiervan op de hoogte te brengen, evenzeer wanneer hij meent dat er sprake kan zijn van een vervuilde bodem.³²⁴ Verzwijgt hij die informatie opzettelijk dan moet dat beschouwd worden als een *culpa in contrahendo* en kan hij op grond daarvan tot schadeloosstelling gehouden zijn.³²⁵

192. Uit het voorgaande bleek reeds dat er op de gespecialiseerde verkoper een vermoeden van kennis van het verborgen gebrek rust. Daar hij gehouden is de grond te leveren vrij van enig gebrek,

³²²J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 95; C. DE BEIR, P. DE SMEDT, L. LAVRYSEN, T. MALFAIT en R. SLABBINCK, *Van bodemsaneringsdecreet naar bodemdecreet: Toelichting bij het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en het bodembeheer – Met een blik over de gewestgrenzen*, Brugge, Die Keure, 2008, 137, nr. 167; F. VAN NUFFEL, “De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen”, *TMR* 2005, 617, nr. 12.

³²³X. DESMET, “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 220, nr. 32.

³²⁴J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 21; D. RYCKBOST, “De weerslag van het Vlaamse bodemsaneringsdecreet op het contractenrecht” in J. BILLIET, H. BRAECKMANS en H. CASMAN (eds.), *XXVI Post-Universitaire Cyclis Willy Delva 1999-2000*, Gent, Mys en Breesch, 2000, 56, nr. 84; I. VAN GIEL, “Contractuele sanctiemechanismen bij de overdracht van verontreinigende gronden”, *Jura Falc.* 2004-05, 551.

³²⁵J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 21.

bestaat er in diens hoofde een zwaardere informatie- en onderzoeksverplichting.³²⁶ Hij zal moeten nagaan of de grond wel geschikt is voor de bestemming die de koper er wil aangeven.³²⁷ Het is dan ook vanzelfsprekend dat men kan verwachten dat een bouwgrond schoner is dan een industriegrond.³²⁸ Doet de overdrager dit niet en blijkt achteraf dat er toch sprake is van verontreiniging, dan brengt dit zijn precontractuele aansprakelijkheid in het gedrang.³²⁹ Het kan in bepaalde gevallen best mogelijk zijn dat de overdrager een bodemonderzoek zal moeten verrichten naar de mogelijke aanwezigheid van verontreinigende stoffen in de bodem.³³⁰

2. Bijkomende informatieplicht

193. Desondanks het bestaan van de algemene informatieverplichting vond de decreetgever van het Bodemsaneringsdecreet dat de onwetende verwerver nog steeds onvoldoende beschermd was. Het is dan ook daarom dat men een bijkomende informatieplicht³³¹ in het leven heeft geroepen. Enerzijds is ze bijkomend, aangezien ze een aanvulling is van de gemeenrechtelijke informatieplicht. Anderzijds is ze algemeen, daar ze moet gerespecteerd worden vóór het sluiten van iedere overeenkomst betreffende de overdracht van gronden.³³² Of het nu gaat om de overdracht van een niet-risicoground of om de overdracht van een risicoground is hier volledig irrelevant. Er geldt echter nog een meer specifieke regeling wanneer het gaat over de overdracht van een risicoground, maar hierover verder meer.

194. Bij het sluiten van een overeenkomst betreffende de overdracht van gronden kunnen drie fases onderscheiden worden. In eerste instantie moet de overdrager (of de gemandateerde³³³) bij de

³²⁶J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 21; D. RYCKBOST, "De weerslag van het Vlaamse bodemsaneringsdecreet op het contractenrecht" in J. BILLIET, H. BRAECKMANS en H. CASMAN (eds.), *XXVI Post-Universitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000*, Gent, Mys en Breesch, 2000, 57, nr. 84.

³²⁷I. VAN GIEL, "Contractuele sanctiemechanismen bij de overdracht van verontreinigende gronden", *Jura Falc.* 2004-05, 551.

³²⁸D. RYCKBOST, "De weerslag van het Vlaamse bodemsaneringsdecreet op het contractenrecht" in J. BILLIET, H. BRAECKMANS en H. CASMAN (eds.), *XXVI Post-Universitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000*, Gent, Mys en Breesch, 2000, 56-57, nr. 84.

³²⁹I. VAN GIEL, "Contractuele sanctiemechanismen bij de overdracht van verontreinigende gronden", *Jura Falc.* 2004-05, 551.

³³⁰D. RYCKBOST, "De weerslag van het Vlaamse bodemsaneringsdecreet op het contractenrecht" in J. BILLIET, H. BRAECKMANS en H. CASMAN (eds.), *XXVI Post-Universitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000*, Gent, Mys en Breesch, 2000, 57, nr. 84.

³³¹Vroeger artikel 36 Bodemsaneringsdecreet, nu artikel 101 Bodemdecreet.

³³²J. CEENAEME en M. DEWEIRDT, *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 21; I. VAN GIEL, "Contractuele sanctiemechanismen bij de overdracht van verontreinigende gronden", *Jura Falc.* 2004-05, 555.

³³³Artikel 2, lid 28 Bodemdecreet.

OVAM³³⁴ een bodemattest aanvragen en vervolgens de inhoud ervan meedelen aan de verwerver. De overdrager moet dus in elk geval reeds in het bezit zijn van een bodemattest vóórleer men de overeenkomst sluit.³³⁵

Het bodemattest vermeldt de identificatie van de grond en geeft een overzicht van de informatie die over de grond beschikbaar is in het grondeninformatieregister.³³⁶ Het is best mogelijk dat de OVAM voor bepaalde gronden nog geen gegevens heeft betreffende de bodemkwaliteit. In dergelijk geval verstrekt men een blanco-bodemattest. Ons inziens is enige waakzaamheid in hoofde van de verwerver hier aan de orde daar zo een blanco-bodemattest niet betekent dat er geen verontreiniging is, maar enkel dat er nog geen oriënterend bodemonderzoek werd uitgevoerd.³³⁷ Op die manier kan de verwerver nu met kennis van zaken onderhandelen en zelfs afzien van de contractsluiting of eventueel op basis van de gegevens van het bodemattest de contractvoorwaarden laten aanpassen.³³⁸

195. In de tweede fase moet de onderhandse akte waarin de overdracht van de gronden wordt vastgelegd, de volledige inhoud van het bodemattest bevatten. De derde en laatste fase zorgt voor een bijkomende plicht in hoofde van de instrumenterende ambtenaar, waarbij dit in de meeste gevallen de notaris zal zijn. Deze moet er met name voor zorgen dat in alle akten betreffende de overdracht van gronden, de verklaring van de overdrager (of van de gemandateerde) is opgenomen, dat de verwerver vóór het sluiten van de overeenkomst op de hoogte is gebracht van de inhoud van het bodemattest. Eveneens moet de inhoud van het bodemattest ook worden opgenomen in de authentieke akte zelf.³³⁹

Komt de notaris tot de conclusie dat de inhoud van het bodemattest niet werd meegedeeld dan is hij op grond van zijn informatieplicht gehouden om de partijen hierop te wijzen. Het is immers zijn taak in het kader van zijn raadgevingsplicht om de partijen bij te staan in de transactie en hen te wijzen op hun wettelijke verplichtingen.³⁴⁰ Daarenboven zal de notaris ook moeten nagaan of de overdrager voldaan heeft aan zijn algemene informatieverplichting. Als dit niet het geval is, dan moet de notaris, opnieuw op grond van zijn eigen informatie- en raadgevingsverplichting, de verwerver daarvan op de

³³⁴ Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij www.ovam.be (consultatie 7 april 2012).

³³⁵ Artikel 101 §1 Bodemdecreet.

³³⁶ Artikel 5 §3 Bodemdecreet.

³³⁷ <http://www.ovam.be/jahia/Jahia/pid/1863?lang=null> (consultatie 7 april 2012).

³³⁸ I. VAN GIEL, "Contractuele sanctiemechanismen bij de overdracht van verontreinigende gronden", *Jura Falc.* 2004-05, 556.

³³⁹ Artikel 101, §3 Bodemdecreet.

³⁴⁰ D. RYCKBOST, "De weerslag van het Vlaamse bodemsaneringsdecreet op het contractenrecht" in J. BILLIET, H. BRAECKMANS en H. CASMAN (eds.), *XXVI Post-Universitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000*, Gent, Mys en Breesch, 2000, 63, nr. 90

hoogte brengen en hemwijzen op de mogelijke nadelige gevolgen ervan, onder meer inzake aansprakelijkheid en saneringsverplichtingen, alsmede inzake de mogelijkheid om de nietigverklaring van het overdrachtscontract te vorderen.³⁴¹

196. Ook al zijn de bepalingen van artikel 101, paragraaf 3 Bodemdecreet correct nageleefd dan nog mag de notaris niet over gaan tot het verlijden van de authentieke akte, daar hij op basis van zijn opzoekingsplicht ertoe gehouden is na te gaan of de overdracht betrekking heeft op een risicoground. Immers wanneer het gaat om de overdracht van een risicoground moeten de artikelen 102 tot en met 115 Bodemdecreet worden toegepast. De historiek van de over te dragen grond speelt bijgevolg een cruciale rol.³⁴²

De notaris zal derhalve bij de overdrager en de bevoegde overheden – meer bepaald de OVAM en de gemeente – de gebruikelijke informatie dienen op te vragen.³⁴³ De notaris mag, wanneer alles erop wijst dat de verklaringen afkomstig van de overdrager geloofwaardig zijn, zich hierop baseren.³⁴⁴ Zo zal hij ook niet verplicht zijn andere onderzoeksverrichtingen te doen wanneer de bevoegde instanties alle nuttige en nodige attesten hebben afgeleverd en hieruit geen problemen inzake bodemverontreiniging en -sanering blijken.³⁴⁵ Als uit alle ingewonnen informatie blijkt dat het niet gaat om een risicoground dan mag de notaris overgaan tot het verlijden van de authentieke akte. In het tegenovergestelde geval moet de notaris nagaan of de specifieke regeling inzake de overdracht van risicogronden werd nageleefd. Het loutere feit dat die verstrekte informatie achteraf verkeerd bleek te zijn en de notaris zich dus eigenlijk op onjuiste informatie baseerde om geen aanvullend onderzoek te verrichten, maakt geen schending uit van zijn zorgvuldigheidsplicht.³⁴⁶ Denk bijvoorbeeld aan illegale dumping van afvalstoffen waarvan de gemeente niet op de hoogte is en de overdrager dit ook niet ter sprake brengt.

197. Het Bodemdecreet voorziet ook in een sanctie wanneer artikel 101 Bodemdecreet niet is nageleefd, bijvoorbeeld wanneer de onderhandse of authentieke akte niet de inhoud vermeldt van het bodemattest. In dergelijk geval kan de verwerver de nietigheid vorderen van de overdracht.³⁴⁷

³⁴¹I. VAN GIEL, “Contractuele sanctiemechanismen bij de overdracht van verontreinigende gronden”, *Jura Falc.* 2004-05, 557.

³⁴²J. CEENAEME, *Hetregelgevend kader voor de bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 106.

³⁴³Brussel (1^e k.) 17 november 2009, *T. Not.* 2010, 484-485; J. CEENAEME, *Hetregelgevend kader voor de bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 106; J. CEENAEME, “Zorgvuldigheid verkoper bij overdracht van een risicoground”, *Vastgoed info* 2010, afl. 9, 1.

³⁴⁴Brussel (1^e k.) 17 november 2009, *T. Not.* 2010, 485.

³⁴⁵Antwerpen 15 juni 2009, *NJW* 2010, 154.

³⁴⁶J. CEENAEME, “Zorgvuldigheid verkoper bij overdracht van een risicoground”, *Vastgoed info* 2010, afl. 9, 2.

³⁴⁷Artikel 116 §1, eerste lid Bodemdecreet.

198. Zoals gezegd voorziet het Bodemdecreet in een bijzondere regeling wanneer het gaat om de overdracht van risicogronden.³⁴⁸ Hier spreekt de wet echter niet van een overeenkomst tot overdracht van risicogronden, maar slechts van een overdracht van risicogronden. Wat er op neer komt dat ook de overdrachten die niet steunen op een overeenkomst – bijvoorbeeld het eenzijdig verzaken aan een onder levenden gevestigd vruchtgebruik of opstalrecht – onder deze regeling vallen.³⁴⁹

199. Is men van plan om een risicogrond over te dragen dan zal vóóraf een oriënterend bodemonderzoek moeten worden uitgevoerd op initiatief en op kosten van de overdrager.³⁵⁰ Dit onderzoek gebeurt onder leiding van een erkend bodemsaneringsdeskundige en is er op gericht vast te stellen of er duidelijke aanwijzingen voor de aanwezigheid van bodemverontreiniging zijn.³⁵¹ Daarnaast zal de overdrager de bedoeling om tot overdracht over te gaan, moeten melden aan de OVAM en terwijl ook de resultaten van het onderzoek meedelen.³⁵²

200. Vervolgens kunnen zich twee hypothesen voordoen, enerzijds de hypothese waarin de OVAM nalaat om binnen de 60 dagen de overdrager (of de gemandateerde) aan te manen³⁵³, anderzijds de hypothese waarbij de overdrager wordt aangemaand om een beschrijvend bodemonderzoek te doen.³⁵⁴ In het eerste geval kan de overdracht doorgaan, in het tweede geval niet.³⁵⁵ De overdrager zal het vereiste beschrijvend bodemonderzoek moeten laten uitvoeren en het verslag daarvan voorleggen aan de OVAM.³⁵⁶ De OVAM kan opnieuw twee beslissingen nemen. Ofwel kan de overdracht gewoon doorgaan ofwel is de OVAM van oordeel dat de bodemsaneringsnormen overschreden zijn en kan er geen overdracht plaatsvinden vóóraleer de overdrager overgaat tot bodemsanering.³⁵⁷

201. Vergeet niet dat wanneer het gaat om een overeenkomst tot overdracht van een risicogrond eveneens artikel 101 van het Bodemdecreet moet worden nageleefd. Dit artikel geldt immers voor iedere overeenkomst tot overdracht van een grond ongeacht of het nu gaat om een risicogrond of niet.

³⁴⁸ Artikel 102-115 Bodemdecreet.

³⁴⁹ I. VAN GIEL, "Contractuele sanctiemechanismen bij de overdracht van verontreinigende gronden", *Jura Falc.* 2004-05, 561.

³⁵⁰ Artikel 102 Bodemdecreet.

³⁵¹ Artikel 28 §1-2 Bodemdecreet.

³⁵² Artikel 103 Bodemdecreet.

³⁵³ Artikel 104 §1, lid 2 Bodemdecreet.

³⁵⁴ Artikel 104 §1, lid 1 Bodemdecreet.

³⁵⁵ C. DE BEIR, P. DE SMEDT, L. LAVRYSEN, T. MALFAIT en R. SLABBINCK, *Van bodemsaneringsdecreet naar bodemdecreet: Toelichting bij het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en het bodembeheer – Met een blik over de gewestgrenzen*, Brugge, Die Keure, 2008, 33-34, nr. 34.

³⁵⁶ Artikel 39 §1 Bodemdecreet.

³⁵⁷ Artikel 104 §2 Bodemdecreet.

202. Wanneer de overdracht van een risicoground plaatsvond in strijd met de hierboven uiteengezette bepalingen inzake melding, oriënterend bodemonderzoek, eventueel beschrijvend bodemonderzoek en eventueel sanering, dan kan de verwerver de nietigheid vorderen.³⁵⁸ Tot zover lijkt dus geen verschil te bestaan met de nietigheidssanctie bij de overdracht van een niet-risicoground. Toch voorziet het Bodemdecreet als het ware in een extra sanctie. Heeft men een risicoground overgedragen in strijd met de bepalingen van artikel 102 tot en met 115 Bodemdecreet dan is die overdracht niet tegenstelbaar jegens de OVAM.³⁵⁹ Wat er concreet op neerkomt dat de OVAM geen rekening hoeft te houden met het feit dat de grond is overgedragen en bijgevolg zowel de overdrager als de verwerver kan aanspreken voor de nakoming van de verplichtingen inzake bodemsanering, zelfs al is de overdrager geen eigenaar meer.³⁶⁰

§3: Conclusie

203. We begonnen dit hoofdstuk door te zeggen dat bodemverontreiniging vooral een zware erfenis is uit het verleden. Vandaag is het topic niet meer weg te denken wanneer het gaat om de overdracht van gronden. Toch is het niet alleen belangrijk om iets te doen aan de huidige vervuiling maar vooral om verdere verontreiniging naar de toekomst toe te voorkomen. Het blijkt evenwel dat de uitwerking van het Bodemdecreet erg prematuur is en dat het slechts een algemene, weinig richtinggevende blanco delegatiebepaling voor de Vlaamse Regering bevat.³⁶¹ Een extra wetgevend optreden is hier ons inziens aan de orde.

204. Wat betreft de implicatie van het Bodemdecreet op de leer van de verborgen gebreken hebben we kunnen vaststellen dat het decreet hier weinig of geen invloed op heeft. Dit kwam voor ons niet echt als een verrassing daar het er eigenlijk gewoon op neerkomt om na te gaan of aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 1641 BW is voldaan. Is dit het geval dan kan men zich hier op beroepen. Toch kunnen we er niet omheen dat er hieromtrent nog niet zoveel rechtspraak te vinden is. Het zal dus van de rechters afhangen of men bodemverontreiniging in de toekomst nog steeds zal beschouwen als een typevoorbeeld van een verborgen gebrek.

Ondanks het feit dat het Bodemdecreet geen invloed heeft op de vrijwaring voor verborgen gebreken, voelden we ons toch genoodzaakt om een kleine nuance aan te brengen. Het

³⁵⁸ Artikel 116 §2 Bodemdecreet.

³⁵⁹ Artikel 116 §3 Bodemdecreet.

³⁶⁰ *Parl. St.* VI. Parl. 2005-06, 867/1, 61.

³⁶¹ C. DE BEIR, P. DE SMEDT, L. LAVRYSEN, T. MALFAIT en R. SLABBINCK, *Van bodemsaneringsdecreet naar bodemdecreet: Toelichting bij het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en het bodembeheer – Met een blik over de gewestgrenzen*, Brugge, Die Keure, 2008, 172, nr. 217.

Bodemdecreet zorgt er niet alleen voor dat de gemeenrechtelijke informatie- en opzoekingsplicht strenger wordt beoordeeld, het brengt ook nog een bijkomende informatieplicht tot stand. Aangezien de meeste verwervers kunnen beschouwd worden als “Jan met de pet” en bijgevolg geen kennis hebben van de bestaande regelgeving, lijkt het ons uiterst belangrijk dat de betrokken partijen hun wettelijke verplichtingen zeer nauwkeurig naleven. Ook in hoofde van de notaris is er sprake van een verhoogde verantwoordelijkheid.

205. De overdracht van een verontreinigende grond brengt niet alleen met zich mee dat de verwerver er geen gebruik kan van maken zoals hij voor ogen had, maar vooral dat hij opgezadeld zit met de saneringskost, die vaak kan oplopen tot een aanzienlijk bedrag. Het extra beschermingsmechanisme waarin het Bodemdecreet voorziet, is voor de verwerver dan ook van ongeziene waarde. Enerzijds zorgt het ervoor dat overdrager en verwerver op die manier qua kennis betreffende de grond op hetzelfde niveau zitten. Anderzijds brengt de regeling inzake de overdracht van een risicogrond met zich mee dat de verwerver op grond van de resultaten van het oriënterend bodemonderzoek zal weten of er verontreiniging is of niet.

206. We kunnen concluderen dat waar men ook gaat langs de Vlaamse wegen overal wordt men geconfronteerd met bodemverontreiniging. Het lijkt ons dan ook aangeraden om als verwerver uiterst waakzaam te zijn en ingeval van twijfel u te richten tot de notaris, die als raadsman ertoe gehouden is de partijen bij te staan. Een gewaarschuwd man is er immers twee waard!

HOOFDSTUK 4: DE VERHOUDING VAN DE VRIJWARING VOOR VERBORGEN GEBREKEN TEN OPZICHTE VAN DE TIENJARIGE AANSPRAKELIJKHEID VAN AANNEMERSEN ARCHITECTEN

§1: De tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten

A. Doel en kenmerken

207. Wanneer men het heeft over de tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten dan kan men niet voorbij aan de omvang van deze materie.³⁶² Desondanks wijdt het Burgerlijk Wetboek er slechts twee artikelen aan, met name artikel 1792 en artikel 2270. Het doel van deze regeling kan gevonden worden in de bescherming van de private belangen van de bouwheer, maar evenzeer in het waarborgen van de openbare veiligheid.³⁶³ Meer bepaald kwam het er op neer dat de wetgever de opdrachtgever en het publiek in het algemeen wou beschermen tegen het gevaar voor instorting.³⁶⁴

208. Als we de materie van naderbij bekijken kunnen wij hier vier kenmerken uit afleiden. Ten eerste is men het in het algemeen er over eens dat de tienjarige aansprakelijkheid van openbare orde is, wat een logisch gevolg is van het principe dat men de openbare veiligheid wil waarborgen. Vermits zij de openbare orde raakt, beschikken de partijen niet over de mogelijkheid om contractueel af te wijken van hun aansprakelijkheid. Bijgevolg is ieder exonerationbeding dat hun tienjarige aansprakelijkheid beperkt of uitsluit, uit den boze!³⁶⁵

³⁶²P. COLLE, en K. TROCH, "Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studie bureau", *T.Verz.* 2000, 5, nr. 1.

³⁶³D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 509, nr. 2; S. BEYAERT, "De tienjarige aansprakelijkheid", in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., hoofdstuk 2,3; K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 139, nr. 232; P. COLLE, en K. TROCH, "Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studie bureau", *T.Verz.* 2000, 13, nr. 15; W. NACKAERTS, "Invloed van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken op de tienjarige aansprakelijkheid", *RW* 1992-93, 171, nr. 4.

³⁶⁴Cass. 5 mei 1967, *Arr. Cass.* 1966-67, 1079, *Pas.* 1967, I, 1046.

³⁶⁵D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 509-510, nr. 2; S. BEYAERT, "De tienjarige aansprakelijkheid", in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., hoofdstuk 2, 4; K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 139, nr. 232; P. COLLE, en K. TROCH, "Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studie bureau", *T.Verz.* 2000, 13, nr. 15.

209. Als tweede kenmerk kan aangehaald worden dat zij afwijkt van het gemeen recht. Zij vormt immers een uitzondering op het algemeen principe van het aannemingsrecht dat de “*locator operis*” na de aanvaarding bevrijd is van iedere aansprakelijkheid.³⁶⁶

210. Ten derde stelt de rechtsleer dat ze van contractuele aard is en dit desondanks het feit dat de partijen ze niet contractueel hebben bedongen. We moeten de tienjarige aansprakelijkheid beschouwen als een door de wet bepaald gevolg van de verbintenissen, voortvloeiend uit een aannemings- of architectencontract.³⁶⁷ Dit werd meermaals bevestigd in de arresten van het Hof van Cassatie.³⁶⁸

211. Uit het tweede en derde kenmerk van de tienjarige aansprakelijkheid kunnen we opmaken dat zowel de aansprakelijkheid als haar toepassingsvoorwaarden strikt moeten worden geïnterpreteerd. Zo geldt de tienjarige vervaltermijn enkel tussen de partijen en evenmin kunnen derden zich op de regeling beroepen.³⁶⁹

212. Het vierde en laatste kenmerk heeft alles te maken met de periode gedurende dewelke de aannemer en de architect aansprakelijk zijn. Zowel in de rechtsleer als in de rechtspraak is men het erover eens dat het hier niet gaat om een verjaringstermijn, maar over een vervaltermijn. Dit heeft tot gevolg, daar de vervaltermijn van openbare orde is dat er noch van een stuiting noch van een schorsing sprake kan zijn. Bijgevolg dient de rechter het verval van rechtswege toe te passen.³⁷⁰

B. Toepassingsgebied

213. Het is onze bedoeling om deze omvangrijke klassieke materie samen te vatten in een beknopte tekst, maar dit zal hoe dan ook geen sinecure zijn. Achtereenvolgens zullen de toepassingsvoorwaarden *ratione materiae*, *ratione personae* en *ratione temporis* aan bod komen en tot slot zal de sanctie besproken worden.

³⁶⁶D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, “De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak”, *AJT* 2000-01, 510, nr. 3; M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, 375, nr. 41.

³⁶⁷D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, “De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak”, *AJT* 2000-01, 510, nr. 4; S. BEYAERT, “De tienjarige aansprakelijkheid”, in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., hoofdstuk 2,1; M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 347, nr. 41.

³⁶⁸Cass. 17 oktober 1968, *Arr. Cass.* 1969, 188; *Pas.* 1969, 181; Cass. 15 september 1989, *Pas.* 1990, I, 65; *RW* 1989-90, 776.

³⁶⁹D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, “De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak”, *AJT* 2000-01, 509-510, nr. 5; S. BEYAERT, “De tienjarige aansprakelijkheid”, in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., hoofdstuk 2,1; P. COLLE, en K. TROCH, “Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studie bureau”, *T.Verz.* 2000, 14, nr. 17.

³⁷⁰D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, “De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak”, *AJT* 2000-01, 509-510, nr. 6; K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 142, nr. 238

1. Ratione materiae

214. Opdat de tienjarige aansprakelijkheid van toepassing zou zijn, moet voldaan zijn aan vier voorwaarden: (1) de partijen moeten verbonden zijn door een aannemingsovereenkomst, (2) het gebrek moet een gebouw³⁷¹ of een groot onroerend werk³⁷² aantasten, (3) het gebrek moet ernstig zijn en (4) het gebrek moet het gevolg zijn van een ontwerper, toezichthouder of uitvoerder.

215. Er moet bijgevolg steeds sprake zijn van een huur van diensten. Dit heeft als gevolg dat wanneer een aannemer voor zichzelf een gebouw opricht en het later verkoopt, de koper zich niet kan beroepen op de tienjarige aansprakelijkheid, maar zich enkel kan richten tot de verkoper op grond van de vrijwaring voor verborgen gebreken.³⁷³ Hierop bestaat één uitzondering, met name wanneer het gaat om een verkoopsovereenkomst betreffende een bouwwerk die onder het toepassingsgebied van de Wet Breyne valt, maar hierover in hoofdstuk vijf meer.³⁷⁴

216. Met een groot onroerend werk bedoelt men enerzijds allerhande onroerende constructies zoals huizen, bedrijfsgebouwen, sportcomplexen, bruggen, sluizen, ... Anderzijds de hoofdbestanddelen van deze constructies, zoals dragende muren, metselwerk, trappen, schoorsteen, ...³⁷⁵

217. Hoewel artikel 1792 BW het heeft over het geheel of gedeeltelijk tenietgaan van het gebouw, volstaat het dat er sprake is van een aantasting van de stabiliteit of van het duurzame karakter van het bouwwerk. Het betreft zowel gebreken in het bouwwerk als de ongeschiktheid van de grond.³⁷⁶ Het is daarnaast irrelevant of het gaat om een zichtbaar dan wel om een verborgen gebrek.³⁷⁷

³⁷¹ Artikel 1792 BW.

³⁷² Artikel 2270 BW.

³⁷³ Cass. 9 september 1965, *Pas.* 1965, I, 44.

³⁷⁴ D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 510-511, nr. 7-8; S. BEYAERT, "De tienjarige aansprakelijkheid", in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, , losbl., hoofdstuk 3, 4.

³⁷⁵ S. BEYAERT, "De tienjarige aansprakelijkheid", in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., hoofdstuk 3, 5; P. COLLE, en K. TROCH, "Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studiebureau", *T.Verz.* 2000, 13, nr. 12.

³⁷⁶ D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 513, nr. 15-16; S. BEYAERT, "De tienjarige aansprakelijkheid", in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., hoofdstuk 3, 6; M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, 376, nr. 42.

³⁷⁷ Cass. 11 april 1986, *RW* 1986-87, 2629; D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 517, nr. 28; M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, 376, nr. 42.

218. Aangezien zowel het grootste deel van de rechtsleer als Cassatie³⁷⁸ het erover eens is dat er geen vermoeden van fout is, moet er een bewijs van fout van de aannemer of architect worden geleverd. In de praktijk doet men meestal beroep op een expertise om de fout te kunnen aantonen.³⁷⁹

2. Ratione personae

219. In eerste instantie zal het de opdrachtgever zijn die zich op de regeling kan beroepen alsook de kopers van het kwestieuze gebouw. Daar de wettelijke bescherming beschouwd wordt als een toebehoren van de verkochte zaak, zal de koper van het gebouw beschikken over een vordering op grond van artikel 1792 en 2270 BW tegen de aannemers en de architect.³⁸⁰

Aangezien de tienjarige aansprakelijkheid uitsluitend bestaat in het kader van een bouwaaneming, kan de vordering ingesteld worden tegen elke natuurlijke of morele persoon, die zich, geheel of gedeeltelijk, heeft bezig gehouden met de studie, de leiding of de uitvoering van de werken en die gebonden is door een contract van huur van diensten met de opdrachtgever. Denk hierbij aan de architect, de aannemer, studiebureaus en ingenieurs. De tienjarige aansprakelijkheid geldt eveneens in de verhouding aannemer-onderaannemer wanneer het gebrek te wijten is aan een fout van de onderaannemer voor de werken die de aannemer hem had toevertrouwd.³⁸¹ Dit werd in het verleden meermaals bevestigd door het Hof van Cassatie.³⁸²

3. Ratione temporis

220. Bij het bespreken van de kenmerken van de tienjarige aansprakelijkheid bleek dat die tienjarige termijn een vervaltermijn is. De vraag is nu natuurlijk wanneer deze termijn begint te lopen? Hoewel er geen sprake is van eensgezindheid, kunnen we wel stellen dat de overgrote meerderheid van de rechtsleer en rechtspraak de mening is toegedaan dat de termijn aanvangt bij de aanvaarding. Er is

³⁷⁸Cass. 15 december 1995, AR C950048F.

³⁷⁹D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 515-516, nr. 20 en 23; K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 141-142, nr. 236-237.

³⁸⁰D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 518, nr. 30-31.

³⁸¹D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 520, nr. 36; S. BEYAERT, "De tienjarige aansprakelijkheid", in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., hoofdstuk 3, 1-2; P. COLLE, en K. TROCH, "Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studiebureau", *T.Verz.* 2000, 12-13, nr. 14; M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU, *Vastgoedzakboekje 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, 376, nr. 43.

³⁸²Cass. 5 mei 1967, *Arr. Cass.* 1966-67, 1079, *Pas.* 1967, I, 1046; Cass. 11 april 1986, *RW* 1986-87, 2629.

sprake van aanvaarding wanneer de bouwheer de werken goedkeurt en bij deze erkent dat de aannemer al zijn verbintenissen is nagekomen. Dit vindt meestal plaats ten tijde van de definitieve oplevering. Het is echter wel mogelijk om hiervan af te wijken en te bepalen dat de voorlopige oplevering als aanvaarding geldt, *in casu* vangt de tienjarige termijn dan aan vanaf de voorlopige oplevering.³⁸³

We stellen dus vast dat de aannemer en de architect vanaf het moment van de definitieve aanvaarding gedurende tien jaar aansprakelijk gesteld kunnen worden. Eenmaal die termijn is verstreken, kan men geen aansprakelijkheid meer oplopen. Bijgevolg dient de opdrachtgever zijn vordering in te stellen binnen die periode. Doet hij dit niet dan kunnen de aannemer en de architect de exoptie van verjaring inroepen. Met andere woorden bestaat er geen onderscheid tussen de procedure- en waarborgtermijn^{384 385}.

221. Hierop bestaan echter wel twee uitzonderingen, enerzijds wanneer er sprake is van herstellingen anderzijds wanneer er sprake is van bedrog in hoofde van de aannemer of architect. In principe vormt het louter uitvoeren van herstellingen gedurende de garantietermijn geen reden om ze te onderbreken of ze te verlengen. Gaat het daarentegen om herstellingen die op zichzelf als grote werken moeten aanzien worden dan is het Hof van oordeel dat een nieuwe termijn begint te lopen vanaf de aanvaarding van die werken.³⁸⁶ Wat betreft de tweede uitzondering blijkt dat wanneer de aannemer en/of de architect bedrieglijk optreedt bij de definitieve oplevering ze niet tien maar

³⁸³ D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 523, nr. 45; S. BEYAERT, "De tienjarige aansprakelijkheid", in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., hoofdstuk 4, 1; P. COLLE, en K. TROCH, "Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studiebureau", *T.Verz.* 2000, 12-13, nr. 14; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De aansprakelijkheid tegenover de koper" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 350, nr. 1102; W. NACKAERTS, "Invloed van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken op de tienjarige aansprakelijkheid", *RW* 1992-93, 179, nr. 17.

³⁸⁴ Cass. 2 februari 2006, AR C040529N; W. GOOSSENS, "Tienjarige aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in het kader van de aannemingsovereenkomst: twee onderscheiden aansprakelijkheidsgronden" (noot onder Cass. 4 april 2003), *TBO* 2004, 46, nr. 2.

³⁸⁵ S. BEYAERT, "De tienjarige aansprakelijkheid", in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., hoofdstuk 4, 3; P. COLLE, en K. TROCH, "Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studiebureau", *T.Verz.* 2000, 16, nr. 20; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De aansprakelijkheid tegenover de koper" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 350, nr. 1101.

³⁸⁶ Cass. 9 december 1988, *RW* 1988-89, 1229; D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 525, nr. 51; P. COLLE, en K. TROCH, "Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studiebureau", *T.Verz.* 2000, 17, nr. 21; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De aansprakelijkheid tegenover de koper" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 350, nr. 1103; W. NACKAERTS, "Invloed van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken op de tienjarige aansprakelijkheid", *RW* 1992-93, 179, nr. 18.

dertig jaar na het ontdekken van het bedrog aansprakelijk blijven. *In casu* is dan de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van dertig jaar van toepassing.³⁸⁷

4. Sanctie

222. Als blijkt dat de opdrachtgever de vordering tijdig heeft ingesteld en voldaan is aan alle toepassingsvoorwaarden dan is de aannemer en/of de architect ertoe gehouden om over te gaan tot herstel in natura. Enkel en alleen wanneer dit niet meer mogelijk is kan een herstel bij equivalent plaatsvinden.³⁸⁸

§2: De verhouding

A. Naast de tienjarige aansprakelijkheid ook vrijwaring voor lichte verborgen gebreken door de aannemer

223. Een van de juridische knelpunten in de geschiedenis van het aannemingsrecht betrof de vraag of, na de aanvaarding van de werken, de aannemer nogaansprakelijk gesteld kon worden voor de zogenaamde 'lichte' verborgen gebreken. Hiermee bedoelt men verborgen gebreken die niet onder het toepassingsgebied van de tienjarige aansprakelijkheid vallen.³⁸⁹ Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan haarfijne scheurtjes in tegel- of vloerwerken, condensatie van dubbel glas, afschilferen van dakpannen, ... Hoewel zij het normale gebruik verstoren, zijn zij niet van die aard dat ze de stevigheid van een gebouw of een groot onroerend werk in gedrang brengen.³⁹⁰

224. Na een jarenlange discussie tussen voor- en tegenstanders zorgde het Hof van Cassatie met zijn Plastiekplaten-arrest van 25 oktober 1985 voor een doorbraak door te erkennen dat een aannemer ook buiten artikel 1792 BW en zelfs na aanvaarding, aansprakelijk is voor verborgen gebreken.³⁹¹ *In*

³⁸⁷ K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 142, nr. 239; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De aansprakelijkheid tegenover de koper" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 350-351, nr. 1104; W. NACKAERTS, "Invloed van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken op de tienjarige aansprakelijkheid", *RW* 1992-93, 180, nr. 19.

³⁸⁸ D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 527, nr. 59; S. BEYAERT, "De tienjarige aansprakelijkheid", in H. COUSY, J.J. COUTURIER, J. HERBOTS (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., hoofdstuk 7, 1.

³⁸⁹ P. COLLE, en K. TROCH, "Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studie bureau", *T.Verz.* 2000, 9, nr. 8.

³⁹⁰ D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 530, nr. 66; W. NACKAERTS, "Exoneratieclausules voor lichte verborgen gebreken bij aannemingsovereenkomsten", in J. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, Brugge, Die Keure, 1993, 134, nr. 4.

³⁹¹ Cass. 25 oktober 1985, *JT* 1986, 438, *RW* 1988-89, 670; P. COLLE, en K. TROCH, "Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studie bureau", *T.Verz.* 2000, 9, nr. 8; K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 143, nr. 240.

casu ging het om lichte verborgen gebreken aan de door de aannemer geleverde materialen, zodat men zich opnieuw de vraag stelde of die lichte verborgen gebreken ook hun oorsprong konden vinden in een loutere uitvoeringsfout. In 1987 besliste het Hof³⁹² in die zin: een licht verborgen gebrek kan het gevolg zijn van hetzij een gebrek aan de materialen, hetzij een zuivere uitvoeringsfout.³⁹³

225. Niettegenstaande het Hof van Cassatie de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken heeft erkend, onstond er opnieuw een heuse discussie over de grondslag van deze aansprakelijkheid, over de waarborg- en proceduretermijn en of de aannemer en architect zich hiervoor contractueel konden exoneren. In wat volgt zal ieder twistpunt afzonderlijk aan bod komen en zullen we nagaan hoe men hierover vandaag de dag denkt.

B. Loskoppeling van de regels van vrijwaring voor verborgen gebreken in het kooprecht

226. In het verleden werd naarstig gezocht naar een juridische basis waardoor er tal van nieuwe theorieën ontstonden. De meest frequente waren: de toepassing van de artikelen 1792 en 2270 BW, de gemeenrechtelijke contractuele aansprakelijkheid en een analogische toepassing van de regels inzake koop-verkoop.³⁹⁴

De eerste twee theorieën waren moeilijk houdbaar enerzijds omdat dit zou betekenen dat voor de toepassing van de tienjarige aansprakelijkheid niet vereist zou zijn dat het gebrek van die aard is dat het de stabiliteit van het gebouw of van een essentieel onderdeel ervan aantast,³⁹⁵ anderzijds omdat de gemeenrechtelijke contractuele aansprakelijkheid een aansprakelijkheidstermijn van dertig jaar voorziet.³⁹⁶

De analogische toepassing hield het langst stand omdat men hierin een verantwoording zag voor het feit dat het overgrote deel van rechtsleer en rechtspraak van mening was dat men slechts aansprakelijk kon zijn indien de vordering werd ingesteld binnen de korte termijn van artikel 1648 BW.³⁹⁷ Desondanks gaf het Hof in zijn arresten hierover geen uitsluitsel waardoor men ervan uitging

³⁹²Cass. 18 mei 1987, *Pas.* 1987, I, 1125, *RW* 1988-89, 1124.

³⁹³D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-01, 530, nr. 68.

³⁹⁴S. DE COSTER, "De aansprakelijkheid na oplevering voor lichte verborgen gebreken. Grondslag en toepassingsvoorwaarden", *T. Aann.* 1989, 335, nr. 4; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De aansprakelijkheid tegenover de koper" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 351-353, nr. 1106-1111.

³⁹⁵S. DE COSTER, "De aansprakelijkheid na oplevering voor lichte verborgen gebreken. Grondslag en toepassingsvoorwaarden", *T. Aann.* 1989, 343, nr. 24.

³⁹⁶D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De aansprakelijkheid tegenover de koper" in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 351-352, nr. 1107-1108.

³⁹⁷S. DE COSTER, "De aansprakelijkheid na oplevering voor lichte verborgen gebreken. Grondslag en toepassingsvoorwaarden", *T. Aann.* 1989, 336-337, nr. 9; D. MEULEMANS en P. VAN HOUTTE, "De aansprakelijkheid

dat dit stilzwijgen naar alle waarschijnlijkheid geïnterpreteerd moest worden als een impliciet afwijzen van de analogische toepassing. Het zou ons verbazen dat Cassatie een van het gemeen recht afwijkende regeling bij analogie zou toepassen, zonder dit letterlijk te vermelden.³⁹⁸

227. Echter in 1988 sprak het Hof van Cassatie zich hier voor het eerst uitdrukkelijk over uit en dit door te stellen dat artikel 1648 BW niet toepasselijk is op aannemingsovereenkomsten.³⁹⁹ Deze rechtspraak werd nogmaals bevestigd door latere uitspraken van het Hof.⁴⁰⁰ Het ziet er dus naar uit dat het Hof op die manier inzake de lichte verborgen gebreken alle banden met de artikelen 1641-1649 BW heeft doorgeknipt.⁴⁰¹

228. Het is dus nog steeds niet echt duidelijk wat de juridische grondslag is voor deze aansprakelijkheid, maar het lijkt ons inziens correct om ons te baseren op de interpretatie van het begrip “aanvaarding der werken”. Wanneer de bouwheer overgaat tot de aanvaarding dan kan die geen betrekking hebben op hetgeen hij niet kon waarnemen, met name de verborgen gebreken. Bijgevolg slaat de aanvaarding enkel op de werken, in de toestand zoals ze op het ogenblik van de definitieve oplevering konden worden waargenomen.⁴⁰² Je gaat immers nooit je toestemming geven voor iets dat je niet kunt vaststellen, daar je niet kunt nagaan of het wel correct en conform de afspraken is uitgevoerd.

Het zal van de toekomst afhangen of deze theorie zal gehanteerd worden als juridische basis voor de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken, maar een wetgevende tussenkomst is hoe dan ook gewenst.

C. De “nuttige” termijn ten opzichte van de korte termijn van artikel 1648 BW

229. Eerst en vooral moet er volgens ons een onderscheid gemaakt worden tussen de waarborgtermijn enerzijds en de proceduretermijn anderzijds. De waarborgtermijn is de termijn binnen de welke de aannemer en/of architect aansprakelijk zijn voor de gebreken. De

tegenover de koper” in D. MEULEMANS (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 352-353, nr. 1110-1111.

³⁹⁸S. DE COSTER, “De aansprakelijkheid na oplevering voor lichte verborgen gebreken. Grondslag en toepassingsvoorwaarden”, *T. Aann.* 1989, 338, nr. 13.

³⁹⁹Cass. 8 april 1988, *Pas.* 1988, I, 921, *T. Aann.* 1989, 301.

⁴⁰⁰Cass. 15 september 1994, *RW* 1995-96, 454; Cass. 4 april 2003, *TBO* 2004, 44, Noot W. GOOSSENS.

⁴⁰¹D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, “De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak”, *AJT* 2000-01, 531, nr. 72; P. COLLE, en K. TROCH, “Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studiebureau”, *T. Verz.* 2000, 9-10, nr. 8

⁴⁰²D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, “De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak”, *AJT* 2000-01, 530-531, nr. 69.

proceduretermijn daarentegen is de termijn binnen de welke de bouwheer vanaf het ontdekken van het gebrek zijn vordering dient in te stellen.⁴⁰³

230. Wat betreft de waarborgtermijn was er lange tijd discussie of men gedurende tien of dertig jaar aansprakelijk bleef. Het principe was immers dat bij gebreke aan andersluidende bepalingen, de contractuele aansprakelijkheid maar verjaart na dertig jaar.⁴⁰⁴ Wij menen echter, net zoals de overgrote meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer, dat een dertigjarige aansprakelijkheid niet weerhouden kan worden. Het zou immers helemaal absurd zijn dat men gedurende tien jaar aansprakelijk is voor zware gebreken die de stevigheid van het gebouw in gedrang brengen, terwijl men voor lichte verborgen gebreken dertig jaar lang aansprakelijk is.⁴⁰⁵ Hierbij moet echter wel opgemerkt worden dat deze discussie louter theoretisch is geworden door de invoering⁴⁰⁶ in 1998 van artikel 2262bis in het Burgerlijk Wetboek. Dit nieuwe artikel bepaalt dat alle persoonlijke rechtsvorderingen verjaren door een verloop van tien jaar.⁴⁰⁷

De waarborgtermijn vangt aan op het moment van de aanvaarding, tenzij men iets anders is overeengekomen. Dit lijkt ons niet alleen logisch maar bovendien ook aangewezen aangezien dit ook het vertrekpunt is van de tienjarige aansprakelijkheid.⁴⁰⁸

231. In het voorgaande kwam reeds aan bod dat men gedurende een bepaalde periode ervan uitging dat men de proceduretermijn moest beschouwen als een korte termijn in de zin van artikel 1648 BW. Maar zoals reeds bleek heeft Cassatie met zijn arrest van 8 april 1988 hiermee definitief komaf gemaakt door te stellen dat artikel 1648 BW niet van toepassing is op aannemingsovereenkomsten.

Men gaat er sindsdien van uit dat een vordering niet laattijdig mag ingesteld worden of met andere woorden dat ze binnen een redelijke of nuttige termijn wordt ingesteld. Het is pas in 1994 dat het Hof zich hierover expliciet uitspreekt: *“Artikel 1648 BW, dat inzake koop bepaalt dat de rechtsvordering op grond van koopvernietigende gebreken binnen een korte tijd moet worden*

⁴⁰³ W. GOOSSENS, “Tienjarige aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in het kader van de aannemingsovereenkomst: twee onderscheiden aansprakelijkheidsgronden” (noot onder Cass. 4 april 2003), *TBO* 2004, 46, nr. 2.

⁴⁰⁴ S. DE COSTER, “De aansprakelijkheid na oplevering voor lichte verborgen gebreken. Grondslag en toepassingsvoorwaarden”, *T. Aann.* 1989, 352, nr. 36.

⁴⁰⁵ D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, “De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtspraak”, *AJT* 2000-01, 531, nr. 71; P. COLLE, en K. TROCH, “Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studiebureau”, *T. Verz.* 2000, 11, nr. 11; S. DE COSTER, “De aansprakelijkheid na oplevering voor lichte verborgen gebreken. Grondslag en toepassingsvoorwaarden”, *T. Aann.* 1989, 353, nr. 36.

⁴⁰⁶ Artikel 5 wet 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *BS* 27 juli 1998.

⁴⁰⁷ K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 144, nr. 245.

⁴⁰⁸ K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 145, nr. 246.

ingesteld, is niet toepasselijk op aannemingsovereenkomsten, in welk geval de rechter in feite en derhalve op onaantastbare wijze oordeelt of de vordering op grond van verborgen gebreken tijdig is ingesteld”.

Over het algemeen aanvaardt men dat deze nuttige termijn begint te lopen vanaf het ontdekken van het verborgen gebrek.⁴⁰⁹ Dit lijkt ons inziens het logische gevolg van het principe dat zolang iets verborgen is men het niet kan kennen en het bijgevolg onredelijk zou zijn dat de termijn reeds bij de definitieve oplevering zou aanvangen. Bij het berekenen van de tijdigheid houdt de rechter rekening met alle omstandigheden, bijvoorbeeld met de onderhandelingen tussen de partijen, het verloop van een gerechtelijke expertise, een dagvaarding die het herstel of de vergoeding van de schade beoogt,...⁴¹⁰

232. Bijgevolg zal een vordering in de praktijk maar in twee gevallen als onontvankelijk beschouwd worden. Enerzijds wanneer de vordering strijdig is met de goede trouw, namelijk wanneer men de werken aanvaard heeft, ook al had men kennis van de aanwezigheid van verborgen gebreken.⁴¹¹ Anderzijds wanneer het stilzitten van de opdrachtgever op geen andere manier kan worden uitgelegd dan dat hij de gebreken stilzwijgend aanvaard heeft. Het is dus noodzakelijk dat er tussen het moment van het ontdekken van het gebrek en het instellen van de vordering een lange tijd is verstreken.⁴¹²

D. Openbare orde ten opzichte van contractuele bedingen

233. In tegenstelling tot de tienjarige aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken niet van openbare orde en zelfs niet van dwingend recht. Partijen hebben dus niet alleen de mogelijkheid om ze te moduleren via contractuele clausules, bijvoorbeeld met betrekking tot duur van de aansprakelijkheid en de vorderingstermijn van de opdrachtgever, maar evenzeer om ze te beperken of zelfs volledig uit te sluiten.⁴¹³

⁴⁰⁹D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, “De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak”, *AJT* 2000-01, 531, nr. 71; K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 145, nr. 248; S. DE COSTER, “De aansprakelijkheid na oplevering voor lichte verborgen gebreken. Grondslag en toepassingsvoorwaarden”, *T. Aann.* 1989, 360, nr. 42.

⁴¹⁰K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 145, nr. 247; S. DE COSTER, “De aansprakelijkheid na oplevering voor lichte verborgen gebreken. Grondslag en toepassingsvoorwaarden”, *T. Aann.* 1989, 361-362, nr. 43.

⁴¹¹D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, “De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak”, *AJT* 2000-01, 531, nr. 71.

⁴¹²Cass. 15 september 1994, *RW* 1995-96, 455.

⁴¹³D. ABBELOOS en W. ABBELOOS, “De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak”, *AJT* 2000-01, 531, nr. 72; K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 143, nr. 241; P. COLLE, en K. TROCH, “Algemeen overzicht van de

Wij raden partijen dan ook ten eerste aan om deze aansprakelijkheid contractueel te moduleren. Het zorgt er niet alleen voor dat men weet wat men te wachten staat, maar eveneens dat men op die manier vermijdt dat men onderworpen is aan de soevereine beoordelingsvrijheid van de feitenrechter. Bovendien is er op die manier ook meer rechtszekerheid daar de rechtspraak en rechtsleer steeds onderhevig kunnen zijn aan veranderingen.

234. Het is misschien nuttig om er kort nog even op te wijzen dat er vroeger een stroming bestond die van oordeel was dat er in hoofde van de aannemer een vermoeden van kennis van verborgen gebreken aanwezig was. Bijgevolg kon deze zich enkel exoneren indien hij bewijs leverde van zijn onoverkomelijke onwetendheid. De voorstanders van deze opvatting steunden zich op het koopcontract waarbij dergelijk vermoeden reeds jarenlang bestond voor professionele verkopers. Deze gelijke behandeling van professionals kaderde in de tendens tot gelijkschakeling van het aannemingsrecht met het kooprecht.⁴¹⁴ Maar sinds het cassatiearrest van 8 april 1988 heeft deze opvatting al haar inhoud verloren daar sindsdien het aannemingsrecht volledig werd losgekoppeld van het kooprecht.

E. Conclusie

235. We kunnen dus concluderen dat de tienjarige aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken duidelijk van elkaar onderscheiden moeten worden.⁴¹⁵ Bovendien is de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken in vergelijking met de tienjarige aansprakelijkheid duidelijk gebaseerd op een andere aansprakelijkheidsgrond.⁴¹⁶

236. Verder vinden wij het een goeie zaak dat men het aannemingsrecht heeft losgekoppeld van het kooprecht. Het contract van koop en aanneming verschillen immers essentieel van elkaar. In tegenstelling tot bij een koopcontract, bestaat bij het sluiten van een aannemingsovereenkomst het voorwerp nog niet.⁴¹⁷ Daarenboven voorziet artikel 1644 e.v. BW in een van het gemeen recht

beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studiebureau", *T. Verz.* 2000, 12, nr. 12.

⁴¹⁴W. NACKAERTS, "Exoneratieclausules voor lichte verborgen gebreken bij aannemingsovereenkomsten", in J. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, Brugge, Die Keure, 1993, 137, nr. 7.

⁴¹⁵W. GOOSSENS, "Tienjarige aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in het kader van de aannemingsovereenkomst: twee onderscheiden aansprakelijkheidsgronden" (noot onder Cass. 4 april 2003), *TBO* 2004, 46, nr. 3.

⁴¹⁶K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 143, nr. 240.

⁴¹⁷W. NACKAERTS, "Exoneratieclausules voor lichte verborgen gebreken bij aannemingsovereenkomsten", in J. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, Brugge, Die Keure, 1993, 137, nr. 7.

afwijkende regeling van schadeherstel voor verborgen gebreken, waarbij een herstel in natura is uitgesloten. Dit is natuurlijk moeilijk verzoenbaar met het wezen van de aanneming.⁴¹⁸

237. Toch hebben we onze twijfels bij de proceduretermijn van de tienjarige aansprakelijkheid. Die laat immers toe dat wanneer men een verborgen gebrek vaststelt, men niet binnen een redelijke termijn moet optreden, maar dat men als het ware de tienjarige termijn mag “uitzitten”.⁴¹⁹ Dit is ons inziens niet alleen zeer onlogisch, maar ook vanuit praktisch oogpunt niet echt aangewezen. Het Hof van Beroep te Gent merkt dan ook terecht op dat indien men zou opteren voor een redelijke termijn, men op die manier kan vermijden dat door onnodig tijdsverlies een onderzoek naar de oorsprong en de staat van het aannemingswerk en de mogelijkheid van de aangesproken aannemer om derden, die hem vrijwaring verschuldigd zijn in de zaak te betrekken, in het gedrang komt.⁴²⁰ Wij zijn er dan ook van overtuigd, net zoals GOOSSENS, dat een wetgevende tussenkomst essentiële is en dat men de tienjarige aansprakelijkheid in het bijzonder en het aansprakelijkheidsregime in het bouwrecht in het algemeen, moet onderwerpen aan een grondige herziening.⁴²¹

⁴¹⁸S. DE COSTER, “De aansprakelijkheid na oplevering voor lichte verborgen gebreken. Grondslag en toepassingsvoorwaarden”, *T. Aann.* 1989, 337-338, nr. 11.

⁴¹⁹ W.GOOSSENS, “Tienjarige aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in het kader van de aannemingsovereenkomst: twee onderscheiden aansprakelijkheidsgronden” (noot onder Cass. 4 april 2003), *TBO* 2004, 47, nr. 4.

⁴²⁰Gent 15 september 2000. Zie Cass. 4 april 2003, *TBO* 2004, 44.

⁴²¹ W.GOOSSENS, “Tienjarige aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in het kader van de aannemingsovereenkomst: twee onderscheiden aansprakelijkheidsgronden” (noot onder Cass. 4 april 2003), *TBO* 2004, 47, nr. 4.

HOOFDSTUK 5: DE WET BREYNE

§1: Doel

238. In België wordt de verkoop van woningen op plan, zowel huizen als appartementen, beheerst door de wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen⁴²². In de volksmond is deze wet beter gekend als de Wet Breyne, genoemd naar zijn initiatiefnemer. In 1993⁴²³ werd hij voor het eerst ingrijpend gewijzigd.

239. De wet beoogt voornamelijk de bescherming van particuliere kopers en bouwheren van woningen en appartementen die hetzij op plan, hetzij in aanbouw worden verkocht en waarbij de koper of bouwheer één of meerdere stortingen dient te verrichten voor de voltooiing van het bouwwerk. Immers zonder deze regeling zouden zij weinig of geen juridische bescherming genieten.⁴²⁴ Voordien werd de sector gekenmerkt door een vrij hoog “cowboy-gehalte”, waarbij geldgewin centraal stond. Zo beschikte de koper niet over een mogelijkheid om de promotor contractueel aansprakelijk te stellen wanneer er zich gebreken voordeden in de bouw en kon hij evenmin in geval van faillissement van de verkoper of aannemer de reeds betaalde centen voor nog niet gepresteerd werk recupereren.⁴²⁵

§2: Toepassingsgebied

240. De wet Breyne omvat geen algemene regeling met betrekking tot woningbouwovereenkomsten en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen. Het gaat daarentegen om een dwingende aanvulling op de regels van het Burgerlijk Wetboek.⁴²⁶

241. Deze dwingende regels zijn op twee soorten overeenkomsten van toepassing. Enerzijds op de overeenkomsten tot eigendomsovergang van een te bouwen of in aanbouw zijnde huis of appartement, evenals op iedere overeenkomst waarbij de verbintenis wordt aangegaan om een zodanig onroerend goed te bouwen, te doen bouwen of te verschaffen, mits het huis of het appartement tot huisvesting of tot beroepsdoeleinden en huisvesting is bestemd en de koper of de

⁴²²Wet 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, BS 11 september 1971. Ook wel de Woningbouwwet genoemd.

⁴²³Wet 3 mei 1993 tot wijziging van de wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, BS 19 juni 1993.

⁴²⁴H. CASMAN, I. GERLO en B. VERMEERSCH, *De verkoopakte – Handboek voor de Notariële praktijk*, 2005, Mechelen, Kluwer, 166; H. DE DECKER, “De nieuwe accenten bij de wet Breyne” in A. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Notariële facetten van het contractenrecht*, Leuven, Universitaire pers, 2004, 79, nr. 1-2; K. VANHOVE en A. VERBEKE, *De wet Breyne sans gêne*, Gent, Larcier, 2003, 1, nr. 1.

⁴²⁵K. VANHOVE en A. VERBEKE, *De wet Breyne sans gêne*, Gent, Larcier, 2003, 1-2, nr. 1.

⁴²⁶Artikel 3 Wet Breyne.

opdrachtgever volgens de overeenkomst verplicht is om vóór de voltooiing van het gebouw één of meer stortingen te doen.⁴²⁷ Denk hierbij aan de algemene aanneming (sleutel op de deur woning), de verkoop van typewoningen, de projectontwikkeling van ééngezins- en meergezinswoningen op plan.⁴²⁸

242. Anderzijds zijn ze sinds de wetswijziging van 1993 eveneens van toepassing op overeenkomsten die een eigendomsovergang van een bestaand huis of appartement, bestemd tot huisvesting of tot beroepsdoeleinden en huisvesting én een verbintenis tot verbouwen of uitbreiden inhouden, op voorwaarde dat de werken een bepaalde omvang hebben⁴²⁹, met name indien op het ogenblik van het aangaan van de overeenkomst volgende cumulatieve voorwaarden vervuld zijn: (1) de totale prijs is groter dan 80% van de verkoopprijs van het onroerend goed (gebouw en grond) waaraan de werken zullen worden uitgevoerd en waarvan de eigendom wordt overgedragen, (2) de prijs bedraagt minimum 18.600 euro.⁴³⁰

Hieruit blijkt dus dat het verbouwen noodzakelijkerwijze gepaard dient te gaan met de eigendomsoverdracht van het gebouw. Beide elementen dienen in eenzelfde overeenkomst aanwezig te zijn. Bijgevolg is de Woningbouwwet niet van toepassing op verbouwingen of uitbreidingen van een bestaande woongelegenheden waarvan de opdrachtgever reeds eigenaar is. Ook hier geldt als voorwaarde dat de koper betalingen moet verrichten vóór de voltooiing van de werken.⁴³¹

243. Gaat het om een overeenkomst die onder het toepassingsgebied van de wet valt, dan moeten een aantal dwingende regels worden nageleefd. Om niet te ver af te wijken van de essentie van deze masterproef zullen we slechts enkele van deze regels aanhalen. Vooreerst bepaalt artikel 7 wet Breyne dat de overeenkomst een aantal verplichte vermeldingen moet bevatten. Verder is er ook sprake van een verplichte dubbele oplevering⁴³² en voorziet men ter bescherming van de koper of bouwheer in een waarborgregeling die de verkoper, promotor of aannemer verplicht om een waarborg te stellen⁴³³.

⁴²⁷ Artikel 1 lid 1 Wet Breyne.

⁴²⁸ H. DE DECKER, "De nieuwe accenten bij de wet Breyne" in A. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Notariële facetten van het contractenrecht*, Leuven, Universitaire pers, 2004, 81, nr. 3.

⁴²⁹ Artikel 1 lid 2 Wet Breyne.

⁴³⁰ K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 164, nr. 287; H. DE DECKER, "De nieuwe accenten bij de wet Breyne" in A. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Notariële facetten van het contractenrecht*, Leuven, Universitaire pers, 2004, 85-86, nr. 12.

⁴³¹ K. VANHOVE en A. VERBEKE, *De wet Breyne sans gêne*, Gent, Larcier, 2003, 10, nr. 10.

⁴³² Artikel 9 wet Breyne.

⁴³³ Artikel 12 wet Breyne.

§3: De aansprakelijkheid

244. De wetgever heeft met de invoering van artikel 6 wet Breyne een oplossing willen voorzien voor de situatie waarin de bouwheer met een gebrek werd geconfronteerd, maar wegens de aanwezigheid van een exonerationbeding de verkoper of promotor niet in vrijwaring kon aanspreken noch zich kon beroepen op de regeling van de tienjarige aansprakelijkheid⁴³⁴. De regeling van de vrijwaring voor verborgen gebreken maakt het immers mogelijk om zich van zijn aansprakelijkheid te exonereren of minstens de voorwaarden ervan sterk te beperken.

245. Concreet komt het erop neer dat de tienjarige aansprakelijkheid van artikel 1792 en 2270 BW nu ook van toepassing is op de verkoper, ook al bouwt deze niet zelf.⁴³⁵ In het laatste geval spreekt men dan van een promotor. Uit het voorgaande bleek reeds dat de wet een dwingende aanvulling vormt op het gemeen recht, wat ertoe leidt dat deze tienjarige aansprakelijkheid bovenop de aansprakelijkheidsregelingen komt die in het gemeen recht zijn verbonden aan een koop- of aannemingsovereenkomst.⁴³⁶ Derhalve zal de aannemer aansprakelijk zijn voor de lichte verborgen gebreken, terwijl de verkoper gehouden is tot de vrijwaring voor verborgen gebreken zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek.⁴³⁷

246. Een overeenkomst die valt onder het toepassingsgebied van de wet kan zowel een verkoop- als een aannemingsovereenkomst uitmaken en zelfs een combinatie van beide.⁴³⁸ De regeling van de vrijwaring voor verborgen gebreken zal dus maar van toepassing zijn wanneer het gaat om: “een overeenkomst tot eigendomsovergang van een te bouwen of in aanbouw zijnde huis of appartement...”.

247. De vraag is natuurlijk wanneer deze tienjarige aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in werking treden? Over het algemeen gaat men ervan uit dat de tienjarige aansprakelijkheid pas begint te lopen bij de definitieve oplevering, wat in feite neerkomt op een aanvaarding van de uitgevoerde werken.⁴³⁹ Hetzelfde geldt voor de gemeenrechtelijke regeling van

⁴³⁴ Die is immers volgens het Burgerlijk Wetboek enkel van toepassing op aannemers en architecten.

⁴³⁵ Artikel 6 lid 1 wet Breyne.

⁴³⁶ K. BOONE, D. MEULEMANS en P. DE SMEDT, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 170, nr. 299.

⁴³⁷ D. MEULEMANS, *Enkele knelpunten inzake de toepassing van de Woningbouwwet in de notariële praktijk*, www.google.be, 9, (consultatie 18 april 2012).

⁴³⁸ *Parl. St.* Senaat 1969-1970, nr. 639, 8.

⁴³⁹ Gent 12 juni 2009, *NJW* 2010, 254, nr. 8; L. ROUSSEAU, “Responsabilité du vendeur, promoteur ou entrepreneur – garantie décennale” in L. ROUSSEAU (ed.), *La loi Breyne*, Waterloo, Kluwer, 2008, 75, nr. 157; BEYAERT, S. “De aansprakelijkheid van de promotor”, in COUSY, H., COUTURIER, J.J., HERBOTS J., (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 15; B. POUSEELE en W. VAN DE PUTTE, *Vastgoed in pocket voor het Vlaamse Gewest 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2007, 31; K. VANHOVE en A. VERBEKE, *De wet Breyne sans gêne*, Gent, Larcier, 2003, 27, nr. 47.

de vrijwaring voor verborgen gebreken. Gaat het bijgevolg om een gebrek die buiten het toepassingsgebied van artikel 1792 en 2270 BW valt, dan kan men zich beroepen op de vrijwaring voor verborgen gebreken op voorwaarde dat het gaat om een verborgen gebrek die binnen een korte termijn nadat ze werden vastgesteld, ter kennis werd gebracht aan de verkoper. Daarentegen is er ook rechtspraak⁴⁴⁰ die bepaalt dat er na tien jaar, naar analogie met de tienjarige aansprakelijkheid van artikel 1792 en 2270 BW, helemaal geen vrijwaring meer geldt voor verborgen gebreken.⁴⁴¹

248. Dit is ons inziens een verkeerde redenering. Wij menen dat men de vrijwaring voor verborgen gebreken van artikel 1641 en volgende BW verwacht met de lichte verborgen gebreken waarvoor de aannemer gedurende tien jaar vanaf de aanvaarding aansprakelijk is. Het is uitermate belangrijk dat deze regelingen van elkaar onderscheiden worden, daar ze beide betrekking hebben op iets anders en juridisch technisch van elkaar verschillen. Denk hierbij aan hoofdstuk vier waarin we konden besluiten dat de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken moest losgekoppeld worden van het gemeen kooprecht en dit op grond van een arrest van het Hof van Cassatie.⁴⁴² Het lijkt ons dan ook logisch dat een analogie met de tienjarige aansprakelijkheid absoluut uit den boze is.

249. De definitieve oplevering kan evenwel slechts plaatsvinden ten vroegste nadat één jaar sinds de voorlopige oplevering verstreken is. De regel dat er slechts sprake is van aanvaarding bij de definitieve oplevering is van suppletief recht, zodat de partijen vrij overeen kunnen komen om reeds aan de voorlopige oplevering een aanvaarding te koppelen. Bijgevolg fungeert de voorlopige oplevering als aanvangspunt voor de tienjarige aansprakelijkheid evenals voor de vrijwaring voor verborgen gebreken.⁴⁴³ Sommigen zijn van mening dat op die manier alle betekenis van artikel 9 wet Breyne verloren gaat⁴⁴⁴, maar het Hof van Cassatie⁴⁴⁵ heeft beslist dat de wet Breyne hier geen afbreuk aan doet.

250. Bovendien moet er ook nog op gewezen worden dat – hoewel de regeling van de vrijwaring voor verborgen gebreken het in eerste instantie toelaat dat men exonerationbedingen inlast⁴⁴⁶ – de

⁴⁴⁰Rb. Luik 25 april 1997, *JLMB* 1997, 813.

⁴⁴¹H. DE DECKER, “De nieuwe accenten bij de wet Breyne” in A. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Notariële facetten van het contractenrecht*, Leuven, Universitaire pers, 2004, 93, nr. 30.

⁴⁴²*Supra* nr 227.

⁴⁴³Gent 12 juni 2009, *NJW* 2010, 254, nr. 9; L. ROUSSEAU, “Responsabilité du vendeur, promoteur ou entrepreneur – garantie décennale” in L. ROUSSEAU (ed.), *La loi Breyne*, Waterloo, Kluwer, 2008, 75, nr. 158; B. POUSEELE en W. VAN DE PUTTE, *Vastgoed in pocket voor het Vlaamse Gewest 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2007, 31.

⁴⁴⁴J. AVONDSSTONDT, *Juridisch boek vastgoed*, Meerbeek-Kortenbergh, Uitgeverij voor handel en nijverheid NV, 2006, 32; K. VANHOVE en A. VERBEKE, *De wet Breyne sans gêne*, Gent, Larcier, 2003, 28, nr. 48.

⁴⁴⁵Cass. 23 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 808, *Pas.* 1983, I, 716.

⁴⁴⁶Artikel 1643 BW.

promotor zich niet kan exoneren voor zijn aansprakelijkheid. Hij wordt immers beschouwd als een gespecialiseerde verkoper waarvan men vermoedt dat hij kennis heeft van de verborgen gebreken. Een verkoper te kwader trouw kan zich bijgevolg enkel en alleen exoneren ingeval van bewijs van zijn onoverkomelijke onwetendheid.⁴⁴⁷

§4: De invloed van een doorverkoop op de aansprakelijkheid

251. Steeds minder mensen wonen de rest van hun leven in het huis dat ze hebben laten bouwen. De redenen hiervoor zijn talrijk, bijvoorbeeld omdat men moet verhuizen voor het werk, het is te klein of te groot geworden, men wil eens iets anders, ...

252. Gaat het om een doorverkoop van huizen of appartementen die oorspronkelijk onder het toepassingsgebied van de Woningbouwwet vielen dan is het belangrijk na te gaan welke gevolgen deze doorverkoop meebrengt voor zowel de tienjarige aansprakelijkheid als de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid.

253. Uit artikel 6, tweede lid wet Breyne blijkt dat de tienjarige aansprakelijkheid enkel bestaat in hoofde van de oorspronkelijke verkoper. Bijgevolg zal de oorspronkelijke eigenaar wanneer die beslist om zijn onroerend goed door te verkopen niet gehouden zijn tot de tienjarige aansprakelijkheid. De oorspronkelijke eigenaar zal de koper daarentegen wel moeten vrijwaren voor verborgen gebreken op grond van het gemeen recht. Bovendien bepaalt de wet⁴⁴⁸ dat de nieuwe eigenaar en alle latere verkrijgers zich steeds kunnen richten tot de oorspronkelijke verkoper op grond van de tienjarige aansprakelijkheid, op voorwaarde evenwel dat de tienjarige termijn nog niet verstreken is. De medewerking van de tussenkoper(s) is niet vereist.⁴⁴⁹

Met andere woorden iedere keer als men een onroerend goed verkoopt is men verplicht om de koper te vrijwaren voor de verborgen gebreken. De artikelen 1641 tot en met 1649 BW zijn bijgevolg van toepassing.

254. Het lijkt ons ook nog belangrijk er op te wijzen dat het Hof van Cassatie heeft beslist dat artikel 1648 BW niet uitsluit dat de korte termijn waarbinnen de rechtsvordering tot vrijwaring voor

⁴⁴⁷ Rb. Brussel 14 mei 1985, *Res. Jur. Imm.* 1985, 173.

⁴⁴⁸ Artikel 6 lid 2 wet Breyne.

⁴⁴⁹ BEYAERT, S. "De aansprakelijkheid van de promotor", in COUSY, H., COUTURIER, J.J., HERBOTS J., (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 9; D. MEULEMANS, *Enkele knelpunten inzake de toepassing van de Woningbouwwet in de notariële praktijk*, www.google.be, 3 (consultatie 18 april 2012).

verborgen gebreken ingesteld moet worden, voor onroerende goederen kan ingaan na het verstrijken van de termijn van de tienjarige verjaring van artikel 1792 BW.⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ Cass. 10 oktober 2003, AR C010399F; M. DAMBRE, “Actuele ontwikkelingen inzake koop-verkoop van onroerende goederen: overzicht van de belangrijkste recente rechtspraak (2000–2005)” in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat, VII*, Brugge, Die Keure, 2005, 113, nr. 65; M. DAMBRE en C. ENGELS, *Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, Die Keure, 2010, 313.

Besluit

255. We begonnen deze uiteenzetting met het algekende gezegde dat de Belgen met een baksteen in de maag zijn geboren. Het is voor veel mensen immers de ultieme droom om eigenaar te zijn van de woning die ze betrekken. Gelet op de enorme bedragen die hiermee gepaard gaan en de wens van iedere koper dat de transactie vlekkeloos gebeurt, mag het niet verwonderen dat afdoende regelgeving zeker geen overbodige luxe is, meer nog, zelfs onontbeerlijk is.

256. In de praktijk komt het echter vaak voor dat men meent het ultieme onroerend goed te hebben verworven, maar dat later blijkt dat men eigenlijk in een nachtmerrie terecht is gekomen doordat het onroerend goed met verborgen gebreken behept lijkt te zijn. Om de ongelukkige koper hiertegen te beschermen voorziet het Burgerlijk Wetboek in een regeling die men “de vrijwaring voor verborgen gebreken” noemt en die vervat ligt in de artikel 1641 tot en met 1649 BW.

257. Het is overduidelijk dat in eerste instantie reeds veel onheil kan voorkomen worden door een plichtsbewuste naleving van de précontractuele informatieplichten die zowel in hoofde van de verkoper als in hoofde van de koper bestaan. Tussen beide partijen bestaat een wederzijdse verhouding waarbij het belangrijk is dat ze elkaars plichten aanvullen. Toch is het ons inziens belangrijk dat er aan de raadgevinsplicht van de verkoper enige grenzen worden gesteld, daar de bescherming ten aanzien van de koper niet extreem mag zijn.

258. Uiteraard mag de rol die professionelen bij dergelijke eigendomstransacties spelen niet uit het oog verloren worden. Op de notaris die men beschouwt als de vertrouwenspersoon bij uitstek rusten belangrijke verplichtingen. Gelet op zijn juridische kennis en ervaring en zijn noodzakelijke betrokkenheid bij het authenticeren is het volgens ons meer dan ooit aangeraden om reeds bij het opstellen van de compromis beroep te doen op de notaris. Steeds meer kiest men ervoor om beroep te doen op een vastgoedmakelaar die in tegenstelling tot de notaris, een grotere bouwkundige kennis heeft van onroerende goederen en een goed overzicht heeft van de markt van onroerende goederen, prijsontwikkeling en de verhouding tussen vraag en aanbod. Ook op hem rusten specifieke verplichtingen met betrekking tot de overdracht van een onroerend goed.

259. De wetgever heeft er in het verleden voor gekozen om geen definitie voorop te stellen voor het begrip “gebrek”, waardoor de invulling ervan werd overgelaten aan de rechtsleer en rechtspraak. Na jaren van discussie blijkt de functionele zienswijze van het begrip het te hebben gehaald. Dit brengt echter met zich mee dat het onderscheid tussen de substantiële dwaling en de vrijwaring voor verborgen gebreken zeer vaag wordt, wat de rechtszekerheid niet ten goede komt. Meer nog, het maakt een cumul van beide vorderingen mogelijk wat absoluut niet de bedoeling was van de

wetgever. Het is dan ook daarom dat reeds jaren gepleit wordt voor een eenvoudiger systeem gebaseerd op het monistische regime van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, waarbij de leverings- en vrijwaringsverbintenis voor verborgen gebreken als het ware samengesmolten zijn. Wij betreuren het dan ook ten zeerste dat het Hof van Cassatie in 2007 ervoor heeft gekozen om trouw te blijven aan het huidige dualistische regime. We kunnen er bijgevolg alleen maar blijven op hameren dat een wetgevend ingrijpen terzake een absolute noodzaak is geworden indien men de rechtszekerheid wil bevorderen.

260. Om onder het toepassingsgebied van artikel 1641 BW te vallen moet het gaan om verborgen gebreken van de verkochte zaak die deze ongeschikt maken tot het gebruik waartoe men ze bestemt of dit gebruik zodanig verminderen dat de koper, indien hij de gebreken gekend had, de zaak niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht. Verder is het ook vereist dat het gebrek verborgen is, voldoende ernstig is en dat het minstens in de kiem bestond op het ogenblik van de koop. Is dit het geval dan beschikt de koper over twee actiemogelijkheden enerzijds *de actio redhibitoria* anderzijds *de actio aestimatoria*. In beide gevallen heeft men recht op een schadevergoeding, waarvan de omvang afhankelijk zal zijn van de goede of kwade trouw van de verkoper. Hierbij opgemerkt dat er op de gespecialiseerde koper een vermoeden van kennis rust. Opdat de vordering van de koper ontvankelijk is, is het uitermate belangrijk dat hij optreedt binnen de korte termijn van artikel 1648 BW. Verder is het ook mogelijk dat de verkoper zijn vrijwaringsplicht gaat preciseren en het is zelfs toegelaten dat hij een exoneratiededing opstelt, op voorwaarde evenwel dat hij te goeder trouw is.

261. Dankzij het Bodemdecreet is men meer bewust geworden van de risico's van bodemverontreiniging alsook van de financiële gevolgen die hiermee samenhangen. Hoewel er op het eerste gezicht niet meteen een verband is tussen het Bodemdecreet en de regeling van artikel 1641-1649 BW, wordt in de rechtspraak bodemverontreiniging gezien als het typevoorbeeld van een verborgen gebrek. In eerste instantie heeft het decreet geen impact op de vrijwaring voor verborgen gebreken, maar er moet ons inziens toch een kleine nuance worden aangebracht. Het Bodemdecreet heeft immers tot doel om de partijen in te lichten over de ware aard van het betreffende onroerende goed, specifiek dan met betrekking tot verontreiniging. Dit brengt een verhoging van de voorlichtingsplicht in hoofde van de verkoper en notaris met zich mee. Zo bestaat er naast de algemene informatieplicht ook een bijzondere informatieplicht bij de overdracht van gronden. Wij menen dat dit extra beschermingsmechanisme voor de koper van ongeziene waarde is, daar het toelaat dat de koper en verkoper qua kennis op hetzelfde niveau zitten en de koper beter op de hoogte is van potentiële verontreiniging.

262. Op grond van artikel 1792 en 2270 BW zijn de aannemer en architect gedurende tien jaar aansprakelijk en dit ook ten aanzien van latere verwervers. Na een jarenlange discussie besloot Cassatie in 1985 dat ze ook aansprakelijk zijn voor lichte verborgen gebreken die niet onder het toepassingsgebied vallen van de tienjarige aansprakelijkheid. Aanvankelijk ging men ervan uit dat de grondslag hiervoor gevonden kon worden in een analogische toepassing van de regels van het kooprecht. Maar in 1988 besliste het Hof dat artikel 1648 BW niet van toepassing was op aannemingsovereenkomsten, wat er eigenlijk op neerkwam dat alle banden met het kooprecht werden doorgesneden. Dit kan ons inziens alleen maar worden toegejuicht. Toch is het nog steeds niet duidelijk wat nu wel de juiste grondslag is voor de lichte verborgen gebreken zodat opnieuw een wetgevend ingrijpen te wensen is.

263. Tot slot werd de wet Breyne behandeld die de bescherming beoogt van particuliere kopers en bouwheren van woningen en appartementen die hetzij op plan, hetzij in aanbouw worden verkocht. Meer specifiek werd gekeken welke aansprakelijkheid deze wet tot stand brengt in hoofde van de verkoper. Op grond van artikel 6 wet Breyne rust op de verkoper de tienjarige aansprakelijkheid van artikel 1792 en 2270 BW, zelfs als deze niet zelf bouwt (in dergelijk geval spreekt men van een promotor). Gelet op het feit dat de wet een dwingende aanvulling vormt op het gemeen recht, komt deze tienjarige aansprakelijkheid bovenop de aansprakelijkheidsregelingen die in het gemeen recht zijn verbonden aan een koop- of aannemingsovereenkomst. Bijgevolg zal de verkoper ook gehouden zijn om de koper te vrijwaren voor verborgen gebreken. Beslist de oorspronkelijke eigenaar om zijn onroerend goed te verkopen dan is hij niet gehouden tot de tienjarige aansprakelijkheid maar zal het gemeen kooprecht van toepassing zijn en zal hij dus moeten instaan voor de vrijwaring voor verborgen gebreken.

Bibliografie

Wetgeving

- Verdrag der Verenigde Naties 11 april 1980 inzake Internationale Koopovereenkomsten betreffende Roerende Zaken, *BS* 1 juli 1997.
- Artikel 1110 BW.
- Artikel 1184 BW
- Artikel 1304 BW.
- Artikel 1583 BW.
- Artikel 1604 BW.
- Artikel 1610 BW.
- Artikel 1626 BW.
- Artikel 1641 tot en met artikel 1649 BW.
- Artikel 1792 en artikel 2270 BW.
- Artikel 2262bis BW.
- Artikel 2268 BW.
- Artikel 1168 tot en met artikel 1193 *ter Ger. W.*
- Artikel 1207 Ger. W.
- Artikel 1560 tot en met artikel 1626 Ger. W.
- Artikel 7:17 NBW.
- 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.
- Wet 3 mei 1993 tot wijziging van de wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, *BS* 19 juni 1993.
- Wet 15 mei 2009 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de openbare verkoop van onroerende goederen betreft, *BS* 25 juli 2009, *err. BS* 19 augustus 2009.
- Wet van 25 ventôse jaar XI, zoals gewijzigd door de Wet van 14 november 2011, *BS* 10 februari 2012.
- Decreet betreffende de bodemsanering van 22 februari 1995, *BS* 29 april 1995, *err. BS* 3 oktober 1995.
- Decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, *BS* 22 januari 2007, *err. BS* 20 februari 2007.

- KB 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar, *BS* 13 oktober 1993.
- KB 14 november 2006 tot goedkeuring van regels inzake de bemiddeling door de notarissen betreffende de minnelijke of gerechtelijke verkoop van onroerende goederen, *BS* 28 november 2006.
- B. Vl. Reg. 14 december 2007 houdende vaststelling van het Vlaams Reglement betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, *BS* 22 april 2008.
- Regels 20 juni 2006 inzake de bemiddeling door de notarissen betreffende de minnelijke of gerechtelijke verkoop van onroerende goederen, *BS* 28 november 2006.
- *Parl. St.* Senaat 1969-1970, nr. 639, 1-22.
- *Parl. St.* Vl. Parl. 2005-06, nr. 867/1, 1-122.

Rechtspraak

- Cass. Fr. 4 januari 1859, *D.P.* 1859, 213
- Cass. 4 mei 1939, *Pas.* 1939, I, 224-225.
- Cass. 13 november 1959, *Arr. Cass.* 1960, 225-226.
- Cass. 13 november 1959, *JT* 1960, 59-60.
- Cass. Fr. 18 januari 1966, *Bull. Civ.* 1966, III, 30.
- Cass. 9 september 1965, *Pas.* 1965, I, 44-47.
- Cass. 31 oktober 1966, *Arr. Cass.* 1966-67, 301-303.
- Cass. 31 oktober 1966 301, *Pas.* 1967, I, 294-296.
- Cass. 3 maart 1967, *Arr. Cass.* 1966-67, 829.
- Cass. 3 maart 1967, *Pas.* 1967, I, 811.
- Cass. 5 mei 1967, *Arr. Cass.* 1966-67, 1079.
- Cass. 5 mei 1967, *Pas.* 1967, I, 1046.
- Cass. 26 juni 1968, *Pas.* 1968, II, 1321
- Cass. 17 oktober 1968, *Arr. Cass.* 1969, 188-198.
- Cass. 17 oktober 1968, *Pas.* 1969, 181-190
- Cass. 4 november 1971, *Arr. Cass.* 1971, 989.
- Cass. 18 november 1971, *Arr. Cass.* 1972, 274-279.
- Cass. 18 november 1971, *Pas.* 1971, I, 258-262.
- Cass. 18 november 1971, *RCJB* 1973, 609-612.
- Cass. 21 november 1974, *Arr. Cass.* 1975, 350-351
- Cass. 6 februari 1975, *Arr. Cass.* 1975, 638-640.

- Cass. 6 februari 1975, *Pas.* 1975, I, 579-580.
- Cass. 10 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, 870-873.
- Cass. 29 maart 1976, AR 197.
- Cass. 6 mei 1977, *Arr. Cass.* 1977, II, 915-917.
- Cass. 12 juni 1980, *RW* 1981-82, 937-940.
- Cass. 28 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 952-953.
- Cass. 28 maart 1980, *Pas.* 1980, I, 936-938.
- Cass. 19 juni 1980, *RW* 1981-82, 940-942.
- Cass. 19 juni 1980, *Pas.* 1980, I, 1295-1298.
- Cass. 19 mei 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1155-1157.
- Cass. 23 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 808-810.
- Cass. 23 oktober 1983, *Pas.* 1983, I, 716-719.
- Cass. 17 mei 1984, *Pas.* 1984, I, 1128-1130.
- Cass. 17 mei 1984, *RW* 1984-85, II, 2090-2091.
- Cass. 25 oktober 1985, *JT* 1986, 438.
- Cass. 25 oktober 1985, *RW* 1988-89, 670.
- Cass. 11 april 1986, *RW* 1986-87, 2629-2630.
- Cass. 18 mei 1987, *Pas.* 1987, I, 1125.
- Cass. 18 mei 1987, *RW* 1988-89, 1124-1125.
- Cass. 9 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 315.
- Cass. 8 april 1988, *Pas.* 1988, I, 921.
- Cass. 8 april 1988, *T. Aann.* 1989, 301-303.
- Cass. Fr. 22 november 1988, *Bull. Civ.*, I, 226.
- Cass. 9 december 1988, *RW* 1988-89, 1229-1232.
- Cass. 15 september 1989, *Pas.* 1990, I, 65.
- Cass. 15 september 1989, *RW* 1989-90, 776-777.
- Cass. 25 mei 1989, *JT* 1989, 620.
- Cass. 24 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 424.
- Cass. 24 november 1989, *RW* 1990-91, I, 550.
- Cass. 7 december 1990, *RW* 1992-93, 431-434, Noot T. VANSWEEVELT.
- Cass. 22 oktober 1993, *RW* 1995-96, 40-41.
- Cass. 15 september 1994, *RW* 1995-96, 454-455.
- Cass. 15 december 1995, AR C950048F.
- Cass. 6 december 2001, AR C990223N.
- Cass. 31 januari 2002, AR C010201N.

- Cass. 4 april 2003, *TBO* 2004, 43-47, Noot W. GOOSSENS.
- Cass. 2 februari 2006, AR C040529N.
- Cass. 19 oktober 2007, AR C040500F-C050403F.
- Cass. 11 juni 2010, AR C090525F-C090526F, concl. T. WERQUIN.
- Gent 5 april 1979, *RW* 1979-80, II, 2721-2724.
- Brussel 25 november 1982, *JT* 1983, 396-397.
- Antwerpen 22 december 1982, *RW* 1982-83, II, 1730-1737, Noot J. H. HERBOTS
- Bergen 10 juni 1985, *RGAR* 1987, 11187.
- Brussel 13 november 1986, *JLMB* 1987, 178-184.
- Antwerpen 20 januari 1988, *TBBR* 1990, 33-38.
- Luik 11 december 1989, *Act. dr.* 1991, 210-125.
- Bergen 6 februari 1990, *Rev. not. b.* 1990, 554-556.
- Bergen 15 februari 1994, *JLMB* 1995, 908-909.
- Gent 26 januari 1995, *AJT* 1995-96, 49-50.
- Gent 1 februari 1995, *AJT* 1995-96, 169-170.
- Brussel 5 juni 1996, *Res. Jur. Imm.* 1996, 122-130.
- Antwerpen 17 januari 2000, *AJT* 2000-01, 255-259.
- Brussel 25 september 2000, *RW* 2001-02, III, 1606-1608.
- Bergen 9 september 2003, *TBBR* 2005, 76-78.
- Gent 17 februari 2004, *NJW* 2004, 1390-1391.
- Antwerpen 26 januari 2009, *TBO* 2008, 225-226.
- Gent 12 juni 2009, *NJW* 2010, 253-255.
- Antwerpen 15 juni 2009, *NJW* 2010, 154-159.
- Brussel 14 december 2010, *T. Not.* 2012, 50-53.
- Brussel 11 oktober 2011, *T. Not.* 2012, 54-62.
- Rb. Brugge 6 februari 1952, *RW* 1952-53, 20-22.
- Rb. Luik 4 januari 1973, *Jur. Liège* 1973-74, 171.
- Rb. Brussel 14 mei 1985, *Res. Jur. Imm.* 1985, 173-182.
- Rb. Hasselt 16 december 1986, *RGAR* 1989, 11536.
- Rb. Hasselt 3 oktober 1989, *TBBR* 1990, 367-368.
- Rb. Brussel 27 april 1993, *Res. Jur. Imm.* 1993, 115-122.
- Rb. Luik 25 april 1997, *JLMB* 1997, 813-814.
- Rb. Gent 7 april 2009, *TBO* 2010, 270-272.
- Kh. Brussel 20 mei 1958, *JCB* 1959, 51.
- Kh. Brussel 23 juni 1961, *JCB* 1961, 366.

- Kh. Brussel 12 december 2003, *T. Vred.* 2006, 469-376, Noot F. BAUDONCQ.
- KG 13 maart 2004, *T. Not.* 2005, 167.

Rechtsleer

Boeken

- AVONDSTONDT, J., *Juridisch boek vastgoed*, Meerbeek-Kortenbergh, Uitgeverij voor handel en nijverheid NV, 2006, 481p.
- BALLON, L.-G., GEENS, K., STUYCK, J. en TERRY, E., *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 600p.
- BEYAERT, S. "De tienjarige aansprakelijkheid", in COUSY, H., COUTURIER, J.J., HERBOTS J. (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 27p.
- BEYAERT, S. "De aansprakelijkheid van de promotor", in COUSY, H., COUTURIER, J.J., HERBOTS J. (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 17p.
- BOONE, K., MEULEMANS, D. en DE SMEDT, P., *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 788p.
- BRUYNINCK, T., HERBOTS, J., en VERVOORT, M., "Koop – Veiling en openbare verkoping" in COUSY, H., COUTURIER, J.J., HERBOTS J. (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 27p.
- BUYSSENS, F., "Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van een onroerend goed", in *De notaris en de conflictbeheersing*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 80p.
- CASMAN, H., GERLO, I. en VERMEERSCH, B., *De verkoopakte – Handboek voor de notariële praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2005, 251p.
- CEENAEME, J., *Het regelgevend kader voor de bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 173p.
- CEENAEME, J. en DEWEIRDT, M., *Vastgoed en bodemsanering in Vlaanderen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 296p.
- CHRISTIAENS, A., "Commentaar bij art. 1604 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 31p.
- CHRISTIAENS, A., "Commentaar bij art. 1641 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 39p.
- CHRISTIAENS, A., "Commentaar bij art. 1642 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 9p.
- CHRISTIAENS, A., "Commentaar bij art. 1643 B.W.", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 14p.

- CHRISTIAENS, A., “Commentaar bij art. 1644 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 10p.
- CHRISTIAENS, A., “Commentaar bij art. 1645-1646 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 6p.
- CHRISTIAENS, A., “Commentaar bij art. 1647 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4p.
- CHRISTIAENS, A., “Commentaar bij art. 1648 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 11p.
- CLAEYS, I. en VAN STRYDONCK, K., “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro”, in *Bijzondere overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2008, 678p.
- DAMBRE, M., “Actuele ontwikkelingen inzake koop-verkoop van onroerende goederen: overzicht van de belangrijkste recente rechtspraak (2000–2005)” in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, VII, Brugge, Die Keure, 2005, 186p.
- DAMBRE, M., “Verkoop uit de hand van onroerende goederen (overzicht van de rechtspraak 2005-2010)” in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, XVIII, Brugge, Die Keure, 2011, 226p.
- DAMBRE, M., DEBRUYNE, E. en HUBEAU, B., *Vastgoedzakboekje 2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 656p.
- DAMBRE, M., DEBRUYNE, E., HUBEAU, B., VANDENBERGHE J., en VANDROMME, T., *Vastgoedzakboekje 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, 773p.
- DAMBRE, M. en ENGELS, C., *Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, Die Keure, 2010, 440p.
- DAMMINGH, J., *Bemiddeling door de makelaar bij koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer, Kluwer, 2002, 463p.
- DE BEIR, C., DE SMEDT, P., LAVRYSEN, L., MALFAIT T., en SLABBINCK, R., *Van bodemsaneringsdecreet naar bodemdecreet: Toelichting bij het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en het bodembeheer – Met een blik over de gewestgrenzen*, Brugge, Die Keure, 2008, 173p.
- DE BOECK, A., *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 572p.
- DE CONINCK, J., “Commentaar bij art. 1649 B.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl., 10p.
- DE CORTE, R. en DE GROOTE, B., *Overzicht burgerlijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 747p.
- DE DECKER, H., “De nieuwe accenten bij de wet Breyne” in VERBEKE, A. en WEYTS, L. (eds.), *Notariële facetten van het contractenrecht*, Leuven, Universitaire pers, 2004, 332p.

- DE KONINCK, C., *Glossarium van Latijnse en Romeinse rechtstermen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 485p.
- DE PAGE H. en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, Brussel, Bruylant, 1997, 767p.
- DE WULF, C., *Opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 959p.
- DE WULF, C., *Opstellen van notariële akten*, II B, Mechelen, Kluwer, 2006, 451p.
- DEMARSIN, B., “En hij voelde zich bekocht... - Verhaalsmiddelen bij levering van gebrekkige koopwaar”, in TILLEMANS, B. en VERBEKE, A. (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten, Themis Cahier n°50*, Brugge, die Keure, 2008, 100p.
- DESMET, X., “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in *De notaris en de conflictbeheersing*, Diegem, Kluwer, 1999, 457 p.
- ENGELS, C., “Burgerlijk procesrecht – Bijzondere rechtsplegingen” in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, XVII, Brugge, Die Keure, 2010, 206p.
- FORIERS, P. A., “Conformité et garantie dans la vente” in TILLEMANS B. en FORIERS, P.A. (eds.), *De Koop*, Brugge, Die Keure, 2002, 396p.
- GHESTIN, J., *Conformité et garantie de la vente*, Paris, LGDJ, 1983, 365p.
- HARMEL, P., *Théorie générale de la vente*, in *Rép. not. VII*, I, Brussel, Larcier, 1985, 392p.
- MEULEMANS, D. en VAN HOUTTE, P., “De vrijwaring voor verborgen gebreken” in MEULEMANS, D. (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 422p.
- MEULEMANS, D. en VAN HOUTTE, P., “De aansprakelijkheid tegenover de koper” in MEULEMANS, D. (ed.), *Een woning kopen en verkopen*, Leuven, Acco, 1991, 422p.
- NACKAERTS, W., “Exoneratieclausules voor lichte verborgen gebreken bij aannemingsovereenkomsten”, in HERBOTS, J. (ed.), *Exoneratiebedingen*, Brugge, Die Keure, 1993, 184p.
- PAUWELS, C., “Exoneratie voor verborgen gebreken bij koop - gemeen recht” in HERBOTS, J. (ed.), *Exoneratiebedingen*, Brugge, Die Keure, 1993, 184 p.
- POTHIER, R. J., *Traité du contrat de vente*, Paris, Pere Debure, 1772, 296p.
- POUSEELE, B. en VAN DE PUTTE, W., *Vastgoed in pocket voor het Vlaamse Gewest 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2007, 679p.
- POUSEELE, B. en VAN DE PUTTE, W., *Vastgoed in pocket voor het Vlaamse Gewest 2009-2010*, Mechelen, Kluwer, 2009, 732p.
- ROUSSEAU, L., “Responsabilité du vendeur, promoteur ou entrepreneur – garantie décennale” in ROUSSEAU, L. (ed.), *La loi Breyne*, Waterloo, Kluwer, 2008, 229p.

- D. RYCKBOST, “De weerslag van het Vlaamse bodemsaneringsdecreet op het contractenrecht” in BILLIET, J. BRAECKMANS, H. en CASMAN, H. (eds.), *XXVI Post-Universitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000*, Gent, Mys en Breesch, 2000, 563p.
- SIMONT, L., “La notion fonctionnelle du vice caché: un faux problème?”, in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 607p.
- STIJNS, S., *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 706p.
- TILLEMANS, B., *Recht in beweging – 17e vrg alumnidag*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 2010, 445p.
- TILLEMANS, B., “Vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van een onroerend goed” in TILLEMANS, B. en VERBEKE, A. (eds.), *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 125p.
- TILLEMANS, B., en VERBEKE, A., “Bijzondere overeenkomsten in kort bestek” in TILLEMANS, B. en VERBEKE, A. (eds.), *Recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 312p.
- TILLEMANS, B., en VERBEKE, A., “Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)”, in TILLEMANS, B. en VERBEKE, A. (eds.), *Themis Cahiers n°32 - Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, Die Keure, 2005-06, 100p.
- TIMMERMANS, R., *Het vastgoedmakelaarscontract*, Gent, Larcier, 2005, 246p.
- TIMMERMANS, R., “Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed” in COUSY, H. COUTURIER, J.J. en HERBOTS, J. (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., 604p.
- TIMMERMANS, R., “Vrijwaring voor verborgen gebreken van onroerend goed” in TIMMERMANS, R. (ed.), *Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed*, Mechelen, Kluwer, 2007, 604p.
- SLABBINCK, R., “Aansprakelijkheid en verzekeringsaspecten [Bodemsanering]” in DE SMEDT, P. en LAVRYSEN, L. (eds.), *Van Bodemsaneringsdecreet naar Bodemdecreet. Toelichting bij het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en het bodembeheer. Met een blik over de gewestgrenzen*, Brugge, Die keure, 2008, 173 p.
- STIJNS, S., *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 383, 706p.
- STIJNS, S., “Nieuw kooprecht in oud BW? Sophie’s choice” in HERBOTS, J. (ed), *Liber Amicorum*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 597p.
- VAN BAEVEGHEM, B., “Actualiteiten inzake koop-verkoop van onroerende goederen en verkoopsmandaat: overzicht van rechtspraak (2002-2007)” in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, XI, Brugge, Die Keure, 2007, 207p.

- VAN DEN BOSSCHE, A., “Praktische aspecten bij de openbare verkoop”, in VERBEKE, A. en WEYTS, L. (eds.), *Notariële facetten van het contractenrecht*, Leuven, Universitaire pers, 2004, 332p.
- VAN HOORICK, G., “Notarieel administratief recht: bodemsanering” in Instituut notariaal recht faculteit rechtsgeleerdheid Ugent (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, XIV, Brugge, Die Keure, 2009, 142p.
- VANHOVE K., en VERBEKE, A., *De wet Breyne sans gêne*, Gent, Larcier, 2003, 131p.
- VAN OEVELEN, A., “Het nieuwe begrip conformiteit”, in STIJNS, S. en STUYCK, J. (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 165p.
- VAN TRICHT, E., “De vrijwillige openbare verkoop” in VERBEKE, A. en WEYTS, L. (eds.), *Notariële Facetten van het Contractenrecht*, Leuven, Acco, 2004, 333p.
- WEYTS, L., *Notarieel contractenrecht, I, Verkoop uit de hand – Vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 382p

Tijdschriften

- ABBELOOS, D. en ABBELOOS, W., “De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak”, *AJT* 2000-01, 509-536.
- BAUDONCQ, F., “De raadgevingsplicht van notarissen in geval van buiten hun tussenkomst gesloten onderhandse overeenkomsten” (noot onder Kh. Brussel 12 december 2003), *T. Vred.* 2006, 371-376.
- BOCKEN, H., DE LY, F., DE TEMMERMAN, B. en KRUIHOF, R., “Overzicht van de rechtspraak: verbintenissenrecht (1981-1992)”, *TPR* 1994, 171- 721.
- BOES, M., “Notariële aansprakelijkheid en administratief recht” (noot onder Brussel 20 september 1995), *Not. Fisc. M.* 1996, 227-231.
- CEENAEME, J., “Zorgvuldigheid verkoper bij overdracht van een risicoground”, *Vastgoed info* 2010, afl. 9, 1-2.
- COLLE, P. en TROCH, K., “Algemeen overzicht van de beginselen inzake aansprakelijkheid van de bouwheer, architect, aannemer, ingenieur en/of studiebureau”, *T. Verz.* 2000, 5-38.
- DAMBRE, M., “Het beding van niet-vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop van onroerende goederen” (Noot onder Rb. Brussel 30 juni 1986), *DCCR* 1988-89, 113-117.
- DAMBRE, M., “Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen” (noot onder Antwerpen 20 januari 1980), *TBBR* 1990, 38-45.
- DE BONDT, W., “Over gedupeerde kopers, vervallen termijnen en teleurgestelde rechtszoekenden” (noot onder Antwerpen 3 januari 1990), *TBBR* 1993, 344-350.

- DE COSTER, S., “De aansprakelijkheid na oplevering voor lichte verborgen gebreken. Grondslag en toepassingsvoorwaarden”, *T. Aann.* 1989, 333-372.
- DENOO, S., “Bijstands- en informatieplicht van de notaris bij de verkoop van een onroerend goed” (noot onder Gent 12 februari 1997), *R.W.* 1999-2000, 193-200.
- DE GAVRE, J., FORIERS, P. A. en SIMONT, L., “Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux”, *RCJB* 1995, 107-228.
- DEMUYNCK, I., “De verkoop van andermans zaak en de aansprakelijkheid van de notaris terzake”, *TBBR* 1995, 54-73.
- DEGROOTE, E., HERBOTS, J. en PAUWELS, C., “Overzicht van de rechtspraak (1988-1994) – Bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 1997, 647-1281.
- DE VALKENEER, R., noot onder Antwerpen (1^e k.) 28 november 1985, *Rev. not. b.* 1986, 395-397.
- DE WULF, H., “Samenloop of exclusiviteit tussen de sanctionering van niet-conforme levering en verborgen gebreken: heeft cassatie de controverse beslecht?” (noot onder Cass. 19 oktober 2007), *TBH* 2008, 154-161.
- DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., “Kroniek van het verbintenissenrecht”, *RW* 1992-93, 1209-1237.
- FAGNART, J. L., “L’obligation de renseignement du vendeur-fabricant” (noot onder Cass. 28 februari 1980), *RCJB* 1983, 228-259.
- FRERIKS, D., “De precontractuele informatieverplichtingen”, *TPR* 1992, 1187-1252.
- GERARD, P., “Vice de la chose et vente commerciale” (noot onder Cass. 18 november 1971), *RCJB* 1973, 612-625.
- GEVERS, M., “Examen de jurisprudence (1949-1952) – Les contrats spéciaux”, *RCJB* 1953, 301-333.
- GOOSSENS, W., “Tienjarige aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in het kader van de aannemingsovereenkomst: twee onderscheiden aansprakelijkheidsgronden” (noot onder Cass. 4 april 2003), *TBO* 2004, 45-47.
- HERBOTS, J. H., “Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek” (noot onder Antwerpen 22 december 1982), *RW* 1982-83, II, 1733-1737.
- HERBOTS, J. H., en PAUWELS, C., “Overzicht van de rechtspraak (1982-1987): Bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 1989, 1080-1103.
- LAVEYT, K., “De vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken in een notendop” (noot onder Gent 22 januari 2003), *TBH* 2004, 552-558.
- MOSSELMANS, S., “De appreciatie van de feitenrechter inzake verborgen koopvernietigende gebreken”, *AJT* 1999-00, 884-885.

- MUYLLE, M. en WILLEMS, E., “De bouwovertreding 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, 3-33.
- NACKAERTS, W., “Invloed van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken op de tienjarige aansprakelijkheid”, *RW* 1992-93, 169-181.
- PHILIPPE, D., “Les clauses relatives à la garantie des vices cachés”, *TBBR* 1996, 173-208.
- PIRSON, V., “Dol ou garantie des vices cachés” (noot onder Kh. Luik 8 september 2000), *RRD* 2000, 471-473.
- PIRSON, V., “Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente”, *TBBR* 2001, 415-441.
- TROCH, K., “De notariële informatie- en raadgevingsplicht revisited”, *TBBR* 1999, 287-302.
- VAN CAUWELAERT, W., “Verborgen gebreken bij koop: actiemogelijkheden voor de koper” (noot onder Rb. Leuven 16 november 1979), *RW* 1980-81, 199-210.
- VAN SINAY, Th., “Schiets (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over de notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatievervalsing omtrent onroerende goederen”, *TBBR* 2003, 684-703.
- VAN GIEL, I., “Contractuele sanctiemechanismen bij de overdracht van verontreinigende gronden”, *Jura Falc.* 2004-05, 543-642.
- VANSWEEVELT, T., “Het begrip gespecialiseerde verkoper en de beoordeeling in abstracto van de onoverkomelijke onwetendheid bij de fabrikant en de gespecialiseerde verkoper” (noot onder Cassatie 7 december 1990), *RW* 1992-93, 32-434.
- STROOBANTS, B., “De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen”, *Nieuwsbrief Notariaat*, 2009, afl. 7, 1-6.
- WYLLEMAN, B., “Enkele aspecten van de vrijwaringsregeling voor verborgen gebreken bij koop” (noot onder Gent 1 februari 1995), *AJT* 1995-96, 170-172.

Websites

- <http://Notarim.be/nl> (consultatie 19 maart 2012).
- W. MERTENS, *Verkoop van een onroerend goed: hoe langer hoe moeilijker!*, http://www.advocatenbureau-gevaco.be/juridische-info/nieuwsbrief_31_verkoop_van_een_onroerende_goed_hoe_langer_goe_moeilijker/ (consultatie 21 maart 2012).
- <http://www.taxatieaanbieders.nl/informatie-plicht.htm> (consultatie 23 maart 2012).

- <http://www.livios.be/nl/build/droi/advo/9372.asp?content=Coupe%20advocaat:%20informatieplicht%20van%20de%20koper> (consultatie 23 maart 2012).
- D. MEULEMANS, *Enkele knelpunten inzake de toepassing van de Woningbouwwet in de notariële praktijk*, www.google.be, 1-19 (consultatie 18 april 2012).
- <http://www.deredactie.be/cm/vrtnieuws/binnenland/1.552819> (consultatie 21 april 2012).
- <http://nos.nl/audio/221698-de-belg-is-met-een-baksteen-in-de-maag-geboren.html> (consultatie 21 april 2012).