UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Vrijwaring voor verborgen gebreken in onroerende koop: kroniek van de recentste evoluties

De Rey, S.E.

Publication date
2023
Document Version
Author accepted manuscript
Published in
Tijdschrift voor Notarissen

Link to publication

Citation for published version (APA):
De Rey, S. E. (2023). Vrijwaring voor verborgen gebreken in onroerende koop: kroniek van de recentste evoluties. *Tijdschrift voor Notarissen*, (10), 629-664.

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:07 Dec 2025

Verschenen in T.Not. 2023, afl. 10, 629-664

Vrijwaring voor verborgen gebreken in onroerende koop: kroniek van de recentste evoluties

Prof. dr. Sébastien De Rey
Universitair docent, Afdeling Privaatrecht, UvA & KMS, Leerstoel Rechtsgeleerdheid
Gastprofessor, Centre de droit privé, UCLouvain
Lid van de Commissie tot hervorming van het bijzondere contractenrecht

*

Deze bijdrage verschaft een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie op het stuk van de vrijwaring voor verborgen gebreken in de onroerende koop. De bespreking benadrukt de vernieuwingen in de cassatierechtspraak en illustreert aan de hand van recente feitenrechtspraak. De bijdrage streeft ernaar de krachtlijnen en tendensen aan te geven die in de rechtspraak van de jongste jaren tot uitdrukking komen en heeft aandacht voor het nieuwe verbintenissenrecht (Boek 5 BW) en bijzondere wetgeving (bv. Wetboek Economisch Recht). De bijdrage blikt eveneens vooruit op de hervorming van het kooprecht in het nieuw Burgerlijk Wetboek en de plaats die de regeling van de verborgen gebreken daarin moet krijgen.

*

I. Afbakening tegenover niet-conforme levering 2
II. Toepassingsvoorwaarden 7
A. Gebrek 7
1° Intrinsiek gebrek 7
2° Functioneel gebrek 9
B. Verborgen karakter van het gebrek 11
C. Ernst van het gebrek 16
D. Anterioriteit van het gebrek 17
III. Sancties 19
A. Geen herstelling of vervanging (?) 19
B. Omvang van de schadevergoeding 23
1° Principe: onderscheid naargelang goede of kwade trouw van verkoper 23
2° Bewijs van kwade trouw 25
3° Vermoeden van kwade trouw: de gespecialiseerde verkoper 26
IV. Korte termijn 30
A. Kwalificatie: verjaringstermijn of vervaltermijn? 31
B. Vertrekpunt termijn 31
C. Welke handeling moet binnen de korte termijn worden gesteld? 34

D. Duur van de korte termijn 35
V. Bevrijdingsbeding 38
A. Geoorloofdheid 38
B. Vereiste van goede trouw 40
1° Principe 40
2° Invulling notie 'kwade trouw': kennen of behoren te kennen? 41
3° Vermoeden van kwade trouw: de gespecialiseerde verkoper 44
Slotbeschouwing: 47

*

1. *Inleiding* – Over de vrijwaring voor verborgen gebreken in koop, reikt het Burgerlijk Wetboek van 1804 niet minder dan negen wetsbepalingen aan. De draagwijdte van deze wetsbepalingen en hun precieze verhouding tot het gemeen recht, blijven aanleiding geven tot betwistingen. Ook in de jongste jaren moest het Hof van Cassatie hier regelmatig standpunt over innemen. Met deze arresten, die de aanleiding vormen voor deze bijdrage, heeft het Hof van Cassatie het regime van deze vrijwaringsverbintenis, met zijn eigen toepassingsvoorwaarden, bijzondere sanctieregeling en exoneratievoorwaarden, verder verfijnd en gepreciseerd. Deze bijdrage beoogt een overzicht te geven van deze recente cassatierechtspraak. De periode die de bespreking hiervoor in ogenschouw neemt, behelst de laatste drie à vijf jaar. Na een herinnering van de algemene principes, gaat de aandacht steeds naar de beslissingen zelf: de feiten, de bestreden beslissing, de toegepaste rechtsregels en de gevolgen die het Hof van Cassatie eraan vastknoopt. De beslissingen worden systematisch geduid en geïllustreerd aan de hand van recente feitenrechtspraak.

De bespreking is gestructureerd volgens de facetten van de vrijwaringsverbintenis waarover het Hof van Cassatie uitspraak deed. Vooreerst volgt een bespreking van de recente cassatierechtspraak over de *afbakening* van de vordering wegens verborgen gebreken en deze wegens niet-conforme levering (I, *infra* nrs. 2 e.v.). Daarna behandelen we achtereenvolgens de ontwikkelingen over de *toepassingsvoorwaarden* (II, *infra* nrs. 6 e.v.), de *sancties* wegens verborgen gebreken (III, *infra* nrs. 21 e.v.) en de *korte termijn* (IV, *infra* nrs. 30 e.v.). Tot slot komt de rechtspraak over de *exoneratieregeling* bij verborgen gebreken aan bod (V, *infra* nrs. 38 e.v.). De slotbeschouwing blikt vooruit op de hervorming van het kooprecht in het nieuw Burgerlijk Wetboek en de plaats die de regeling van de verborgen gebreken daarin moet krijgen (*infra* nr. 47).

I. Afbakening tegenover niet-conforme levering

2. *Dualistisch systeem* – Op het vlak van de kwaliteit en de kwantiteit van de zaak, schrijft het Burgerlijk Wetboek van 1804 voor de verkoper, naar gemeen kooprecht, twee verbintenissen voor: de verbintenis tot conforme levering (art. 1604 e.v.) en de verbintenis tot vrijwaring voor verborgen gebreken (art. 1641 e.v.). Beide verbintenissen zijn gekenmerkt door twee verschillende aansprakelijkheidsregelingen, met eigen toepassingsvoorwaarden, sancties, termijnen en regels over exoneratie. Dit staat bekend als het 'dualistisch systeem' dat ons gemeen kooprecht beheerst.[1] Sinds het mijlpaalarrest van 19 oktober 2007 is duidelijk dat het Hof van Cassatie

[1] Voor deze uitdrukking, zie bv. al J. Herbots, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek" (noot onder Antwerpen 22 december 1982), *RW* 1982-83, 1733

nauwgezet over dit duaal aansprakelijkheidssysteem waakt.[2] Zo blijkt uit een arrest van 7 juni 2019 dat de koper zich niet naar keuze van de onderscheiden regelingen mag bedienen: *"wanneer de verkochte zaak door een verborgen gebrek is aangetast, kan de koper alleen de rechtsvordering tot vrijwaring voor verborgen gebreken instellen en niet de rechtsvordering wegens niet-nakoming van de verbintenis om de zaak te leveren conform de verkochte zaak"*[3].

De afbakening tussen de onderscheiden aansprakelijkheidsregelingen blijft echter aanleiding geven tot geschillen.[4] Niet zelden probeert een koper zijn vordering immers in te kleden als een beroep op de verbintenis tot conforme levering om te ontsnappen aan de doorgaans strengere regels over verborgen gebreken, waaronder de korte termijn uit artikel 1648 oud BW (*infra* nrs. 30 e.v.) of de bijzondere exoneratieregeling uit artikel 1643 oud BW (*infra* nrs. 38

---

e.v., maar zie ook recenter bv. V. Sagaert, B. Tilleman en A.-L. Verbeke, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 332; P. Wéry, "L'obligation de délivrance de la chose vendue en droit commun de la vente", *TBBR* 2022, (187) nr. 5; C. Botman, "Le concours entre l'action de délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente", *JT* 2022, (249) nr. 3.

2 C.04.0500.F en C.05.0403.F, *Arr.Cass.* 2007, 1973, *Pas.* 2007, 1826, *JLMB* 2008, 1202, *RCJB* 2010, 5, noot F. Glansdorff en *TBH* 2008, 152, noot H. De Wulf. De meerderheid van de commentatoren las in dit arrest inderdaad de uitsluiting van elke cumulmogelijkheid, zie bv. H. De Wulf, "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) 159; F. Glandsdorff, "La garantie des vices cachés exclut-elle le manquement à l'obligation de la délivrance?" (noot onder Cass. 19 oktober 2007), *RCJB* 2010, (6) 19; J. Dewez, "Les droits de l'acheteur confronté à un défaut de la chose vendue" in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Limal, Anthemis, 2011, (7) nr. 103; P. Wéry, "L'obligation de délivrance de la chose vendue en droit commun de la vente", *TBBR* 2022, (187) nr. 18; C. Botman, "Le concours entre l'action de délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente", *JT* 2022, (249) nr. 15.

3 C.18.0509.N, *RW* 2019-20, 1105, noot en *TBH* 2019, 828, wat een bevestiging is van het iets minder expliciet Cass. 19 oktober 2007, C.04.0500.F-C.05.0403.F, *Arr.Cass.* 2007, 1973, *Pas.* 2007, 1826, *JLMB* 2008, 1202, *RCJB* 2010, 5, noot F. Glansdorff en *TBH* 2008, 152, noot H. De Wulf. Ook in de feitenrechtspaak toegepast, zie bv. Orb. Antwerpen, afd. Tongeren (3e k.) 20 februari 2019, *RW* 2019-20, 1547.

4 Ook in de rechtsleer heeft de vraag al vele pennen beroerd, zie o.m. J. Limpens, *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, 171-172; J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, 556-560; J. Herbots, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek" (noot onder Antwerpen 22 december 1982), *RW* 1982-83, 1733 e.v.; P. Harmel, *Théorie générale de la vente*, in *Rép.Not.* VII/1, Brussel, Larcier, 1985, 282-283; A. Meinertzhagen-Limpens, "La vente: erreur, non-conformité et vices cachés", *Actualités de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1994, 7-43; H. De Wulf, "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 e.v.; F. Glansdorff, "La garantie des vices cachés exclut-elle le manquement à l'obligation de délivrance?" (noot onder Cass. 19 oktober 2007), *RCJB* 2010, 6 e.v.; C. Alter en R. Thüngen, "Section 2. Les obligations du vendeur", *Manuel de la vente*, Mechelen, Kluwer, 2010, 214-215; J. Dewez, "Les droits de l'acheteur confronté à un défaut de la chose vendue", *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Limal, Anthemis, 2011, 69 e.v.; F. Onclin, *Les conséquences civiles des polices administratives sur la vente immobilière*, Brussel, Larcier, 2017, 332-343; P. Wéry, "L'obligation de délivrance de la chose vendue en droit commun de la vente", *TBBR* 2022, (187) nr. 18; S. Marysse, "Commentaar bij artikel 1604 oud BW", *Comm.Bijz.Ovk.*, Mechelen, Kluwer, 2022, losbl., nr. 43; J. del Corral, "Een verborgen non-conformiteit ontsnapt niet aan de korte termijn uit artikel 1648 oud BW betreffende de ontbindingsvordering wegens koopvernietigend gebrek" (noot onder Cass. 6 januari 2022), *RW* 2021-22, 1663 e.v.; C. Botman, "Le concours entre l'action de délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente", *JT* 2022, 249 e.v.; S. De Rey en S. Declercq, "De aanvaarding als scharnierpunt tussen de vordering wegens niet-conforme levering en de vordering wegens verborgen gebreken bij koop" (noot onder Cass. 12 februari 2021 en Cass. 6 januari 2022), *T.Not.* 2022, 760 e.v.; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nrs. 264 e.v.

e.v.). In een arrest van 12 februari 2021[5] en een arrest van 6 januari 2022[6] heeft het Hof van Cassatie zich opnieuw over de afbakening tussen beide regelingen moeten uitspreken. Na een korte schets van de feiten onderliggend aan beide arresten en de uitspraak in cassatie, volgt hierna de analyse van deze rechtspraak.

3. *Aanvaarding als afbakeningscriterium* (Cass. 12 februari 2021) – De zaak die aanleiding gaf tot het cassatiearrest van 12 februari 2021 betrof de aankoop van 674 varkens die naderhand behept bleken met een verborgen gebrek wegens de aanwezigheid van een te hoge dosis antibiotica. Als gevolg hiervan moest 647 ton vlees worden vernietigd. In hoofdorde vorderde de koper op grond van artikel 1644 oud BW de ontbinding wegens verborgen gebreken. Ook in ondergeschikte orde vorderde de koper de ontbinding van de koop, ditmaal gebaseerd op de artikelen 1604 en 1610 van hetzelfde wetboek wegens miskenning door de verkoper van zijn verbintenis tot conforme levering. Het hof van beroep verklaarde de vordering in hoofdorde ontoelaatbaar wegens laattijdigheid op grond van artikel 1648 oud BW, zonder in te gaan op de vordering ingesteld in ondergeschikte orde. Tegen deze beslissing tekende de teleurgestelde koper tevergeefs cassatieberoep aan:

> *"Krachtens artikel 1604, eerste lid, Oud Burgerlijk Wetboek moet de verkoper de zaak leveren die met de overeenkomst in overeenstemming is. Indien de verkoper aan deze verplichting tot conforme levering tekort komt, kan de koper overeenkomstig artikel 1610 Oud Burgerlijk Wetboek de ontbinding van de koop vorderen. De koper die de levering afkeurt, dient dit zo spoedig als mogelijk te doen. De koper die de geleverde zaak aanvaardt, kan niet meer de ontbinding van de koop vorderen op grond van het gebrek aan overeenstemming van de geleverde zaak, onder voorbehoud van de vordering op grond van een koopvernietigend gebrek overeenkomstig artikel 1648 Oud Burgerlijk Wetboek. Deze vordering moet binnen een korte termijn worden ingesteld.*
> *De appelrechter die vaststelt dat de varkens behept waren met een verborgen gebrek en oordeelt dat de eiseres als koper de vordering op grond van artikel 1648 Oud Burgerlijk Wetboek wegens verborgen gebreken laattijdig heeft ingesteld en op die gronden de contractuele vordering van de eiseres in haar geheel als ongegrond afwijst, verantwoordt zijn beslissing naar recht en diende zijn beslissing over de in ondergeschikte orde aangevoerde grondslag niet nader te motiveren."*

4. *Bevestiging: aanvaarding als afbakeningscriterium* (Cass. 6 januari 2022) – Het hierboven geciteerde arrest van 12 februari 2021 is niet alleenstaand. Nog geen jaar later bevestigde het Hof van Cassatie deze beslissing in een arrest van 6 januari 2022.[7]

De zaak onderliggend aan het arrest van 6 januari 2022 betrof de verkoop van een woning. Enkele maanden na hun aankoop, ter gelegenheid van hun aanvraag van een stedenbouwkundige vergunning voor de bouw van een carport, vernamen de kopers evenwel dat de achterbouw van de woning niet was vergund. Ook in deze zaak stelden de kopers tegen de verkoper een vordering in op basis van verborgen gebreken en een vordering wegens miskenning door de verkoper van zijn verbintenis tot conforme levering. Het hof van beroep oordeelde dat de vordering wegens verborgen gebreken ontoelaatbaar was wegens overschrijding van de korte termijn uit artikel 1648 oud BW, maar dat de vordering wegens niet-conforme levering, gesteund op de artikelen 1604 en 1610 oud BW, wel gegrond was, aangezien deze vordering niet

---

[5] C.20.0203.N-C.20.0214.N, *JT* 2022, 264, noot C. Botman, *TBBR* 2022, 225 en *T.Not.* 2022, 756, noot S. De Rey en S. Declercq.

[6] C.21.0165.N, *TBBR* 2022, 226, *RABG* 2022, noot L. Opdecam en C. Claeys, *RW* 2021-22, 1663, noot J. del Corral, *TBO* 2022, 92, noot K. Ghysels en *T.Not.* 2022, 756, noot S. De Rey en S. Declercq.

[7] C.21.0165.N, gecit. vn. 6.

binnen een korte termijn moet worden ingesteld. Met succes tekende de verkoper tegen deze beslissing cassatieberoep aan. Na een herneming van de overwegingen van het cassatiearrest van 12 februari 2021, kon het Hof van Cassatie niet anders dan deze beslissing te censureren:

> *"De appelrechter oordeelt dat de niet-vergunde achterbouw een verborgen gebrek uitmaakt van het onroerend goed en tevens niet overeenstemt met de verkochte zaak en met wat de partijen zijn overeengekomen.*
> *De appelrechter oordeelt verder dat de verweerders de vordering op grond van artikel 1648 Oud Burgerlijk Wetboek wegens verborgen gebreken laattijdig hebben ingesteld en dat bijgevolg hun vordering, in zoverre gebaseerd op artikel 1648 Oud Burgerlijk Wetboek, ontoelaatbaar is.*
> *De appelrechter die vervolgens oordeelt dat de vordering van de verweerders, in zoverre gebaseerd op de artikelen 1604 en 1610 Oud Burgerlijk Wetboek, wel gegrond is omdat deze vordering niet dient te worden ingesteld binnen een korte termijn, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht."*

5. *Analyse: aanvaarding als chronologisch afbakeningscriterium* – Met de bovenstaande arresten heeft het Hof van Cassatie de afbakening tussen de vordering wegens verborgen gebreken en deze wegens niet-conforme levering opnieuw aangescherpt. Beide arresten stellen namelijk de *aanvaarding* als afbakeningscriterium voorop.[8] In beide arresten komt dit in de volgende overweging tot uitdrukking: *"De koper die de geleverde zaak aanvaardt, kan niet meer de ontbinding van de koop vorderen op grond van het gebrek aan overeenstemming van de geleverde zaak, onder voorbehoud van de vordering op grond van een koopvernietigend gebrek overeenkomstig artikel 1648 Oud Burgerlijk Wetboek"*.

Hieruit volgt dat de koper, na de aanvaarding van de geleverde zaak, niet langer kan vorderen op basis van niet-conforme levering, maar enkel nog op grond van verborgen gebreken. Het ogenblik van de aanvaarding is het *scharnierpunt* tussen de vordering wegens niet-conforme levering en deze wegens verborgen gebreken. Nog anders gezegd: vóór de aanvaarding speelt de verbintenis tot conforme levering, na de aanvaarding speelt de verbintenis tot vrijwaring voor verborgen gebreken. Het Hof van Cassatie weerhoudt hiermee een puur *chronologisch afbakeningscriterium*: zodra de koper de geleverde zaak heeft aanvaard, staat enkel nog de vordering wegens verborgen gebreken open. Vóór de aanvaarding kan de koper ageren op basis van de vordering wegens niet-conforme levering. Heeft de aanvaarding echter plaatsgehad, dan laat het chronologisch criterium alleen nog ruimte voor een vordering wegens verborgen gebreken.[9] Dat geldt zelfs voor de niet-conformiteit die voor de koper een tijdlang verborgen is gebleven, in die zin dat deze verborgen niet-conformiteit pas aan het licht kwam na

---

[8] Bevestigend voor deze interpretatie, zie P. Wéry, "L'obligation de délivrance de la chose vendue en droit commun de la vente", *TBBR* 2022, (187) nr. 18; C. Botman, "Le concours entre l'action de délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente", *JT* 2022, (249) nrs. 14 en 17; J. del Corral, "Een verborgen non-conformiteit ontsnapt niet aan de korte termijn uit artikel 1648 oud BW betreffende de ontbindingsvordering wegens koopvernietigend gebrek" (noot onder Cass. 6 januari 2022), *RW* 2021-22, (1663) nrs. 9 en 16; S. De Rey en S. Declercq, "De aanvaarding als scharnierpunt tussen de vordering wegens niet-conforme levering en de vordering wegens verborgen gebreken bij koop" (noot onder Cass. 12 februari 2021 en Cass. 6 januari 2022), *T.Not.* 2022, (760) nrs. 12-13.

[9] Gewezen in algemene bewoordingen, strekken de arresten zich ook uit tot functionele verborgen gebreken, zie P. Wéry, "L'obligation de délivrance de la chose vendue en droit commun de la vente", *TBBR* 2022, (187) nr. 18; J. del Corral, "Een verborgen non-conformiteit ontsnapt niet aan de korte termijn uit artikel 1648 oud BW betreffende de ontbindingsvordering wegens koopvernietigend gebrek" (noot onder Cass. 6 januari 2022), *RW* 2021-22, (1663) nr. 9; C. Botman, "Le concours entre l'action de délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente", *JT* 2022, (249) nr. 18; S. De Rey en S. Declercq, "De aanvaarding als scharnierpunt tussen de vordering wegens niet-conforme levering en de vordering wegens

de aanvaarding: de kordate cassatiearresten van 12 februari 2021 en 6 januari 2022 lijken ook in dat geval, eens de aanvaarding heeft plaatsgehad, geen ruimte meer te laten voor een vordering wegens niet-conforme levering.[10]

Het criterium van de aanvaarding vooropgesteld in deze cassatiearresten verrast niet. In de rechtsleer hebben toonaangevende auteurs de aanvaarding als scharnierpunt reeds langer bepleit.[11] Ook in eerdere cassatierechtspraak kwam het criterium van de aanvaarding al tot uitdrukking. Zo overwoog het Hof van Cassatie in een arrest van 25 maart 1954 dat *"de aanvaarding van de geleverde zaak de rechtsvordering van de koper tot ontbinding van de verkoop wegens gemis aan overeenkomstigheid van de geleverde zaak met de verkochte zaak niet ontvankelijk maakt"*[12]. De cassatiearresten van 12 februari 2021 en 6 januari 2022 sluiten hier naadloos op aan. Bovendien bestaan in andere bijzondere contracten analoge scharnierpunten met belangrijke rechtsgevolgen wanneer het op aansprakelijkheid aankomt: de 'aanvaarding' in de koop is namelijk de tegenhanger van de 'oplevering' bij aanneming (art. 1790-1791 oud BW en art. 9 Wet Breyne) en de 'kwijting' bij lastgeving (bv. art. 5:98, lid 2, 6:83, lid 2, 7:109, §3 en 7:149, lid 2 WVV), twee noties die in dienstencontracten verwijzen naar de eenzijdige

---

verborgen gebreken bij koop" (noot onder Cass. 12 februari 2021 en Cass. 6 januari 2022), *T.Not.* 2022, (760) nr. 13.

[10] In dat geval lijkt dus alleen een vordering wegens verborgen gebreken nog mogelijk. Maar wanneer deze zgn. verborgen niet-conformiteit niet tegelijk gekwalificeerd kan worden als een verborgen gebrek, dreigt de koper tussen twee stoelen te vallen. Om dit te vermijden bepleit C. Botman in haar opmerkelijke bijdrage naar aanleiding van het cassatiearrest van 12 februari 2021, onder meer onder verwijzing naar de artikelen 10-11 GW en artikel 6.1 EVRM, om de vorderingsmogelijkheden van de koper op grond van niet-conforme levering te verlengen tot na de aanvaarding voor die gevallen waarin de niet-conformiteit niet tegelijk een verborgen gebrek uitmaakt (zie "Le concours entre l'action de délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente", *JT* 2022, (249) nr. 20; zie ook J. Dewez, "Les droits de l'acheteur confronté à un défaut de la chose vendue" in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Limal, Anthemis, 2011, (7) nr. 104; C. Staudt, "Dieselgate? Entre solution juridique et réaction émotionnelle", *TBBR* 2019, (146) nr. 30; S. Marysse, "Commentaar bij artikel 1604 oud BW", *Comm.Bijz.Ovk.*, Mechelen, Kluwer, 2022, losbl., nr. 90). Een andere oplossing, die minder lijkt in te druisen tegen het wettelijk dualisme dat het Burgerlijk Wetboek van 1804 ons opdringt, ligt vermoedelijk in de soepele invulling van de notie 'functioneel gebrek'. Net omdat de noties 'verborgen niet-conformiteit' en 'functioneel gebrek' erg tegen elkaar aanschurken en de scheidingslijn soms flinterdun blijkt, zal het vaak mogelijk zijn om een verborgen niet-conformiteit als een functioneel verborgen gebrek te beschouwen zonder het wettelijke begrip 'functioneel gebrek' te miskennen. De oplossing is niet ideaal, maar het dualistisch systeem dat in het Burgerlijk Wetboek van 1804 besloten ligt, laat weinig marge voor elegante uitkomsten (S. De Rey en S. Declercq, "De aanvaarding als scharnierpunt tussen de vordering wegens niet-conforme levering en de vordering wegens verborgen gebreken bij koop" (noot onder Cass. 12 februari 2021 en Cass. 6 januari 2022), *T.Not.* 2022, (760) nr. 13). De rechtsleer erkent dan ook dat de aanvaarding van de functionele invulling van het gebrek (*infra* nr. 10) grotendeels het probleem ondervangt dat er vanaf het scharnierpunt van de aanvaarding, in de visie van het Hof van Cassatie, geen ruimte meer lijkt te bestaan voor een vordering wegens niet-conforme levering, zie in die zin bv. M. Dambre, *Bijzondere overeenkomsten: de essentie*, Brugge, die Keure, 2022, 89; J. del Corral, "Een verborgen non-conformiteit ontsnapt niet aan de korte termijn uit artikel 1648 oud BW betreffende de ontbindingsvordering wegens koopvernietigend gebrek" (noot onder Cass. 6 januari 2022), *RW* 2021-22, 1663.

[11] Zie al J. Limpens, *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, nr. 202; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, vol. 1, 4e éd. (door A. Meinertzhagen-Limpens), Brussel, Bruylant, 1997, nrs. 95 en 113. Daarna expliciet, zie L. Simont, "La notion fonctionnelle du vice caché: un faux problème?'' in *Huldeboek René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, (331) 337-341 en vooral nr. 12. Goedkeurend: J. Herbots, "Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek" (noot onder Antwerpen 22 december 1982), *RW* 1982-83, (1733) 1736-1737; F. Glansdorff, "La garantie des vices cachés exclut-elle le manquement à l'obligation de délivrance ?" (noot onder Cass. 19 oktober 2007), *RCJB* 2010, (6) nr. 7; P.A. Foriers, "Conformité et garantie dans la vente" in B. Tilleman en P.-A. Foriers (eds.), *De koop/La vente*, Brugge, die Keure, 2002, (17) 31-35.

[12] *Arr.Cass.* 1954, 511 en *Pas.* 1954, 656.

rechtshandeling waarmee de opdrachtgever de conformiteit van de verrichte prestaties bevestigt.[13]

Ondanks het cruciale belang van de aanvaarding, heeft de wetgever van 1804 dit scharnierpunt niet wettelijk erkend. Het is de rechtspraak, en die van het Hof van Cassatie in het bijzonder, die samen met de rechtsleer deze lacune heeft weten te ondervangen en de gevolgen ervan heeft uitgetekend. Met de arresten van 12 februari 2021 en 6 januari 2022 levert het Hof van Cassatie hieraan opnieuw een belangrijke bijdrage, maar ons kooprecht is op dit punt nog niet uitgekristalliseerd. In een poging om daaraan bij te dragen, hebben wij elders al getracht om de functies van de aanvaarding, haar vorm (uitdrukkelijk of stilzwijgend), de termijn om de aanvaarding te weigeren (nl. 'zo spoedig als mogelijk') en het onderscheid met de 'korte termijn' uit artikel 1648 oud BW, in kaart te brengen.[14]

II. Toepassingsvoorwaarden

6. *Overzicht* – De verkoper is tot vrijwaring voor verborgen gebreken gehouden wanneer het verkochte goed behept is met 1° een *gebrek* (A, *infra* nrs. 7 e.v.) dat 2° *verborgen* (B, *infra* nrs. 12 e.v.) en 3° *ernstig* is (C, *infra* nr. 18) en dat 4° minstens in de kiem bestaat *op het ogenblik van de koop* (D, *infra* nr. 19). Over de eerste en de derde voorwaarde zijn geen nieuwe ontwikkelingen te melden; op dit punt wordt de gevestigde cassatierechtspraak hieronder geïllustreerd aan de hand van recente feitenrechtspraak. Voor wat de tweede en de vierde voorwaarde betreft, heeft het Hof van Cassatie met enkele recente beslissingen zijn rechtspraak verfijnd en daarmee de draagwijdte van deze voorwaarden nader gepreciseerd.

A. Gebrek

7. *Dubbele invulling: intrinsiek of functioneel* – Bij gebrek aan wettelijke definitie van het gebrek dat de verkoper tot vrijwaring verplicht, aanvaardt het Hof van Cassatie sinds de jaren 1970 een tweeledige invulling van de notie 'gebrek'. In de cassatierechtspraak van de 21e eeuw klinkt het steevast zo: *"Een gebrek in de zin van artikel 1641 [oud] Burgerlijk Wetboek is een intrinsiek of functioneel gebrek dat hetzij het normaal gebruik van de zaak in de weg staat, hetzij het gebruik waartoe de zaak is bestemd dusdanig vermindert dat de koper, mocht hij het gebrek hebben gekend, de zaak niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht. Het behoort aan de rechter te oordelen of het gebrek het gebruik van de zaak in de weg staat dan wel het gebruik waartoe de zaak is bestemd wezenlijk vermindert"*[15].

Hierna volgt een duiding van de intrinsieke (*infra* nrs. 8-9) en functionele invulling van het gebrek (*infra* nrs. 10-11).

1° Intrinsiek gebrek

8. *Definitie: afwijkend kenmerk in structuur of samenstelling van de zaak* – Een intrinsiek gebrek is een afwijkend kenmerk dat te wijten is aan de structuur of de samenstelling van de verkochte zaak dat ieder normaal gebruik onmogelijk maakt of in ernstige mate vermindert dat

[13] Hierover bv. P.A. Foriers, "Décharge, réception, quittance" in L. Cornelis en P. Van Ommeslaghe (eds.), *La fin du contrat – De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, BVBJ, 1993, 124 e.v. Zie ook P. Brulez, *Koop en aanneming: faux amis?*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 646 e.v.

[14] Zie S. De Rey en S. Declercq, "De aanvaarding als scharnierpunt tussen de vordering wegens niet-conforme levering en de vordering wegens verborgen gebreken bij koop" (noot onder Cass. 12 februari 2021 en Cass. 6 januari 2022), *T.Not.* 2022, (760) 777-783, nrs. 14-17.

[15] O.m. Cass. 19 oktober 2007, C.04.0500.F-C.05.403.F, *Arr.Cass.* 2007, 1973, *JLMB* 2008, 1202, *Pas.* 2007, 1826, noot F. Glandsdorff, *RCJB* 2010, 5, noot F. Glandsdorff, *TBH* 2008, 152, noot H. De Wulf; Cass. 9 mei 2016, *RW* 2017-18, 336, noot S. Meys.

de koper, indien hij het gebrek gekend had, de zaak niet of slechts voor een lagere prijs zou hebben gekocht.[16] Het is met andere woorden de zaak zelf die is aangetast. Daartoe wordt de geleverde zaak vergeleken met het typemodel dat men zich van een dergelijke zaak voorstelt. Het betreft echter niet de situatie waarin de waarde van het verkochte goed lager is dan de betaalde prijs.[17]

9. *Bouwfysische gebreken en vocht* – Aan onroerende goederen zijn intrinsieke gebreken doorgaans relatief eenvoudig vast te stellen.[18] Typische toepassing is het *bouwfysische gebrek*, zoals onzichtbare barsten en scheuren die te wijten zijn aan een gebrekkige fundering[19], gebreken in de draagstructuur van een dak met dreigende instorting tot gevolg[20], de ontstentenis van draagkracht van de bouwgrond door het grondwaterpeil[21] of gevelstenen die onvoldoende vochtbestendig zijn en daardoor afbrokkelen[22].

Een ander terugkerend toepassingsgeval in het kader van onroerende koop is de *aanwezigheid van vocht*, bijvoorbeeld wegens in de vloer of in de muur ingewerkte lekkende afvoerbuizen[23]. Andere voorbeelden zijn vochtigheid in de kelder wegens dunne keldermuren[24], vochtproblemen op de gelijkvloers en in de kelder[25], structurele vochtproblemen die (een deel van) de woning ongeschikt maken voor gebruik in normale hygiënische omstandigheden[26] of regelmatige overstromingen veroorzaakt door onvoldoende helling van een dak[27]. Ook de aanwezigheid van verontreiniging (bv. in vijvers[28]), huiszwam[29] of asbest[30] in een woning kan een intrinsiek gebrek opleveren.

---

16 Hierover recent, zie B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nrs. 359 e.v. met talrijke voorbeelden.

17 H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, vol. 1, 4e éd. (door A. Meinertzhagen-Limpens), Brussel, Bruylant, 1997, 279. In zoverre het onderdeel ervan uitgaat dat van zodra een kenmerk van de zaak de economische waarde ervan dusdanig aantast dat, mocht de koper dit kenmerk hebben gekend, hij de zaak niet of slechts aan een mindere prijs zou hebben gekocht, er sprake is van een gebrek in de zin van artikel 1641 [oud] Burgerlijk Wetboek, ook indien dit kenmerk niet van aard is het gebruik waartoe de zaak is bestemd wezenlijk te verminderen, faalt het derhalve naar recht (Cass. 9 mei 2016, C.14.0404.N, *RW* 2017-18, 336, noot S. Meys en *TBO* 2016, 556 over de verkoop van een tweedehands voertuig).

18 Voor talrijke toepassingsgevallen, zie o.m. S. Marysse, "Commentaar bij artikel 1641 BW", *Comm.Bijz.Ovk.*, Mechelen, Kluwer, losbl., nr. 49; B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 302.

19 Bergen 6 februari 1990, *RNB* 1990, noot D.S.

20 Brussel 4 november 2014, *Res Jur.Imm.* 2015, 337.

21 Luik 3 februari 2011, *JLMB* 2011, 1746 (samenvatting).

22 Gent 26 februari 1995, *AJT* 1995-96, 49.

23 Rb. Brussel 20 juli 2009, *TVV* 2010, 36; Kh. Tongeren (5e k.) 2 oktober 2007, *TBBR* 2008, 579.

24 Rb. Luik 27 januari 2011, *JLMB* 2011, 960.

25 Luik (3e k. C) 23 juli 2021, *TBBR* 2022, 227 en *T.Verz.* 2023, 104.

26 Rb. Nijvel 7 december 2012, *Res. Jur.Imm.* 2013, 262; Luik 11 februari 2013, *JLMB* 2013, 2093. Vergelijkbaar: Rb. Brussel (NL) (4e k.) 29 maart 2019, *TBO* 2019, 439. Zie ook in dezelfde zin: Rb. Brussel 9 december 2019, *RABG* 2020, 226.

27 Brussel 7 augustus 2007, *Res Jur.Imm.* 2008, 80.

28 Brussel 1 april 2009, *T.Not.* 2010, 91.

29 Gent 17 februari 2004, *NjW* 2004, 1390.

30 Bergen 17 juni 2011, *JLMB* 2011, 1844; Kh. Brussel 23 maart 2015, *T.App.* 2015, 34; Brussel 17 november 2009, *T.Not.* 2010, 473. Over de aanwezigheid van asbesthoudende materialen in de ondergrond, zie Kh. Dendermonde (2e k.) 12 september 2013, *RW* 2016-17, 714. Of bij asbest steeds tot een (intrinsiek) verborgen gebrek kan worden besloten, hangt sterk af van de omstandigheden. Zo zullen bij die beoordeling o.a. de ouderdom van het onroerend goed en de zichtbaarheid van asbest een belangrijke rol spelen. In Vlaanderen moet elke verkoper van een toegankelijke constructie gebouwd voor 2001 aan de verkrijger de inhoud van een geldig asbestattest meedelen (art. 33/14 Materialendecreet). Dat attest informeert de koper over de aanwezigheid van asbest in het onroerend goed en moet de verkoper beschikbaar stellen ten laatste op het

Ook wegens excessieve *geluidshinder* wordt weleens een vordering ingesteld op basis van verborgen gebreken. Opdat dit een intrinsiek gebrek zou uitmaken, is evenwel vereist dat de geluidsoverlast aan de structuur van het gebouw te wijten is.[31] Daarvan was bijvoorbeeld sprake in een studentenkamer waarvan na deskundigenonderzoek bleek dat het gewogen gestandaardiseerde geluidsdrukniveauverschil voor het gevelvlak met type spectrum ruimschoots beneden de gestelde eis voor een normaal akoestisch comfort lag.[32]

Over de vraag of een *stedenbouwkundige inbreuk* een intrinsiek gebrek kan uitmaken, is de rechtspraak minder eenduidig. Omdat het gebrek in dat geval niet altijd voorspruit uit de structuur of de samenstelling van de zaak, maar eerder juridisch van aard is en aldus per definitie extern is aan de verkochte zaak, wordt de kwalificatie als een intrinsiek gebrek vaak afgewezen.[33]

2° Functioneel gebrek

10. *Definitie: ongeschikt voor beoogde gebruik* – Naast de intrinsieke invulling van het gebrek, aanvaardt het Hof van Cassatie sinds het arrest van 18 november 1971 ook de *functionele* invulling van het gebrek. Volgens dit mijlpaalarrest moet het verborgen gebrek van de zaak immers ook beoordeeld worden *"op grond van het gebruik waartoe, naar de verkoper weet, de koper ze bestemt en (...) niet wordt vereist dat het gebrek de zaak intrinsiek aantast"*[34].

Hieruit is afgeleid dat van een functioneel gebrek sprake is wanneer de verkochte zaak, hoewel structureel in orde, ongeschikt blijkt voor het gebruik waarvoor de koper haar, met medeweten van de verkoper, heeft bestemd, ook al is dat niet het normale gebruik.[35] De ongeschiktheid voor het bestemde gebruik maakt hier het gebrek uit, ook al is de zaak op zich 'volmaakt'. Voor de functionele invulling van het gebrek is dus niet vereist dat de ongeschiktheid te wijten is aan de verkeerde structuur of samenstelling van de zaak. Vereist is wel dat de verkoper op de hoogte was van het beoogde gebruik, bijvoorbeeld omdat dit de gebruikelijke be-

ogenblik van de ondertekening van de onderhandse koopakte. Net omdat de asbestgesteldheid van de woning bij verkoop voortaan gekend is door de koper, zal van een (intrinsiek) *verborgen* gebrek nog maar zelden sprake kunnen zijn: het gebrek is in principe niet meer verborgen (over deze voorwaarde, zie *infra* nr. 12).

31 Wijst de vordering om die reden af: Rb. Brussel F 2 januari 2019, *T.App*. 2019, 25.

32 Rb. Leuven 8 februari 2017, *T.App* 2017, 57.

33 Hierover F. Onclin, *Les conséquences civiles des polices administratives sur la vente immobilière. Etude comparée des droits wallon, flamand et bruxellois*, Brussel, Larcier, 2017, 371; van dezelfde auteur, zie "Les infractions d'urbanisme et les obligations du vendeur: tour d'horizon de la jurisprudence" in F. George en P. Wéry (eds.), *Actualités en droit des contrats spéciaux*, Luik, Anthemis, 2019, (105) nr. 13. Hierover eveneens o.m. S. Beyaert, "Vorderingsmogelijkheden voor de koper van een illegaal opgetrokken goed", *TBBR* 2000, 626 e.v.; F. Haentjes, "Onvergund kopen en verkopen… en wat nu?", *TOO* 2014, (161) 162 e.v.; J. Callebaut, "Leveringsplicht van stedenbouwkundige inbreuken: juridische conformiteit als te leveren hoedanigheid" (noot onder Antwerpen 29 oktober 2012), *TBBR* 2014, 218 e.v.; B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van Den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 238.

34 Cass. 18 november 1971, *Arr.Cass.* 1972, 274, *Pas.* 1972, 258, *BRH* 1972, 660, noot, *JT* 1972, 387, *RCJB* 1973, 609, noot. Daarna bevestigd, zie bv. Cass. 19 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1314, *Pas.* 1980, 1295, *JT* 1980, 616, *RW* 1981-82, 940; Cass. 17 mei 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1205, *Pas.* 1984, 1128, *JT* 1984, 566, *RW* 1984-85, 2090; Cass. 8 november 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 323, *Pas.* 1986, 275.

35 O.m. al J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, 543. Recenter met talrijke verwijzingen, zie B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 366 met talrijke voorbeelden.

stemming is van de verkochte zaak of omdat de koper het specifieke gebruik tijdens de onderhandelingen heeft geëxpliciteerd of nog, omdat de verkoper het bijzondere gebruik heeft gesuggereerd in zijn publiciteit.[36]

11. *Stedenbouwkundige inbreuken en bodemverontreiniging* – Ook functionele gebreken geven aanleiding tot uiteenlopende toepassingen in onroerende koop.

Veel toepassingen zien op *stedenbouwkundige inbreuken*, bouwovertredingen of ontbrekende vergunningen.[37] Deze kunnen het normale of specifieke gebruik van het verkochte goed beletten, zodat de koper het goed niet of aan een lagere prijs zou hebben gekocht. Denk aan bouwovertredingen die wijzigingen aan het goed in de weg staan.[38] Ook zonder vergunning aangebrachte niveauverhogingen, waardoor de koper werd verplicht om het initiële grondniveau te herstellen, leverde een functioneel gebrek op.[39] Steeds is evenwel vereist dat het gebrek de gebruikelijke of specifieke bestemming van het onroerend goed in die mate aantast dat de koper, indien hij het gebrek had gekend, het goed niet of aan een lagere prijs zou hebben gekocht. Uit de rechtspraak blijkt dat deze aantasting ook kan voortvloeien uit een verminderde rentabiliteit wanneer het onroerend goed bij wijze van investering is gekocht. Zo werd een onroerend goed verkocht als een geheel van zes studentenwooneenheden, maar later bleek dat noch de opdeling in studentenwooneenheden, noch de overdekking van de binnenplaats, vergund was. Aangezien deze stedenbouwkundige inbreuk het bedoelde gebruik aantastte, gaf dit aanleiding tot een functioneel gebrek.[40] Opdat een dergelijk functioneel gebrek aanleiding zou geven tot de vrijwaring uit artikel 1641 oud BW, is evenwel vereist dat dit gebrek *verborgen* is: het mag niet blijken uit opgevraagde stedenbouwkundige informatie en mag niet anderszins bekend geweest (moeten) zijn aan de koper (*infra* nr. 13).

Ook *bodemverontreiniging* is een terugkerend toepassingsgeval in onroerende koop.[41] In dit verband geeft de rechtspraak blijk van meerdere gevallen waarin het aangekochte perceel naderhand een stort blijkt te zijn[42] of het perceel minstens zwaar vervuild is (bv. door lekkende olietanks[43]). In de mate dat dit een decontaminatie vereist, met daaruit resulterende meerkosten om het goed te gebruiken waartoe het was bestemd, levert dit een functioneel gebrek op. Zelfs

---

36 Met verschillende voorbeelden, zie bv. B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020), *TPR* 2020, (1007) nr. 305.

37 Uitvoerig hierover, zie F. Onclin, *Les conséquences civiles des polices administratives sur la vente immobilière. Etude comparée des droits wallon, flamand et bruxellois*, Brussel, Larcier, 2017. Voor toepassingen, zie bv. Antwerpen 18 maart 2013, *T.Not.* 2014, 30 (op alle niveaus werden uitbreidingen uitgevoerd die niet in overeenstemming zijn met de oorspronkelijke bouwtoelating); Brussel 26 november 2013, *T.Not* 2014, 241; Bergen 17 november 2010, *JLMB* 2012, 520; Rb. Brussel 17 juni 2011, *JLMB* 2012, 440 (goed werd verkocht als een ondergrondse studio terwijl dit stedenbouwkundig als ondergrondse kelder is vermeld).

38 Bv. Brussel 17 oktober 2007, *T.App.* 2008, 22. Zie ook Antwerpen (1e k.) 18 maart 2013, *T.Not.* 2014, 30; Rb. Antwerpen (afd. Antwerpen) (AB 2e k.) 6 oktober 2015, *TBO* 2016, 346. Luik (20e k.) 22 september 2016, *JLMB* 2018, 346 (transformatie van de zolder in kamers en een badkamer en de inwerking van een velux).

39 Rb. Waals-Brabant (burg.) 3 juni 2015, *Amén.* 2016, 117.

40 Luik (3e k.) 16 januari 2017, *JLMB* 2019, 1067, noot F. Onclin. Zie ook Luik 10 mei 2012, *TBBR* 2015, 23, noot F. Onclin (verkoop van een restaurant waarvan bleek dat een deel van de werken, m.n. bijgebouwen niet vergund waren).

41 Bergen (22e k.), 8 januari 2019, *JLMB* 2019, 785, zie hierover F. Onclin, *Les conséquences civiles des polices administratives sur la vente immobilière – Etude comparée des droits wallons, flamand et bruxellois*, Brussel, Larcier, 2017, nr. 292.

42 Bv. Gent 10 juni 2014 en 17 mei 2016 (gedempte omwallingsgracht met vuilniszakken en vuilvracht van 10.000 ton) bevestigd door Cass. 19 mei 2017, C.16.0362.N, "Een halve waarheid is een hele leugen: vervuilde grond als clean verpatsen komt verkoper duur te staan", *TOO* 2017, 416; Brussel (1e k.) 1 april 2009, *MER* 2010 (2), 79, noot P. Van Assche; Gent 17 februari 2005, *RAGB* 2006, 428 (perceel grond ernstig vervuild t.g.v. de activiteiten van een firma die daar ten onrechte een stortplaats had uitgebaat); Brussel 17 november 2009, *T.Not.* 2010, 473 (sterk vervuilde vijvers).

43 Brussel 18 mei 2018, *JT* 2018, 757.

na sanering kan de bodemverontreiniging nog steeds een gebrek uitmaken in de mate dat dit de bestemming die de koper beoogde geheel of ten dele verhindert. Zo werd een perceel verkocht na sanering hoewel restverontreiniging bleef bestaan. Die restverontreiniging doorkruiste de plannen van de ontwikkelaar: er konden geen ondergrondse garages worden gerealiseerd, waardoor vier appartementen sneuvelden en plaats moesten ruimen voor een open parkeerterrein.[44] Opdat bodemverontreiniging een functioneel gebrek zou opleveren, is niet vereist dat de verontreiniging aanleiding geeft tot een saneringsplicht. Uit het gebrek aan saneringsplicht kan enkel worden afgeleid dat er geen gevaar is voor de openbare veiligheid, maar dat zegt niets over de toestand van de grond en het door de koper beoogde gebruik. Ook lokale bodemverontreiniging, bijvoorbeeld door het morsen en overvullen van een ondergrondse mazouttank, kan een functioneel gebrek uitmaken wanneer dit een impact heeft op de gebruikelijke of specifieke bestemming beoogd door de koper.[45] Hieruit volgt dat niet iedere bodemverontreiniging een functioneel gebrek is. Dit is slechts het geval wanneer de bodemverontreiniging de gebruikelijke of specifieke bestemming beoogd door de koper in die mate aantast dat hij, indien hij het gebrek had gekend, het goed niet of tegen een lagere prijs zou hebben gekocht.

B. Verborgen karakter van het gebrek

12. *Zintuigelijk onwaarneembaar gebrek* (Cass. 7 juni 2019) – Opdat de verkoper tot de vrijwaring uit artikel 1641 oud BW gehouden zou zijn, is vereist dat het gebrek 'verborgen' is. Wanneer een gebrek verborgen is, bepaalt het Burgerlijk Wetboek van 1804 evenwel niet. Het is de rechtspraak, en die van het Hof van Cassatie in het bijzonder, die hiervoor de krijtlijnen heeft uitgezet.[46] Zo leren we uit een cassatiearrest van 7 juni 2019 dat het gebrek verborgen is wanneer de koper het *"bij de levering niet kon of niet moest kunnen vaststellen"*[47]. Hieruit volgt dat het verborgen gebrek in principe pas kan opduiken na de levering, meestal bij het daadwerkelijk gebruik van het verkochte goed.[48]

Cruciaal is de vraag welk criterium te hanteren is om te toetsen of de koper – met de woorden van het Hof van Cassatie – het gebrek bij de levering 'moest kunnen vaststellen'. Daarop verschaft het arrest van 7 juni 2019 geen pasklaar antwoord, maar uit de cassatierechtspraak over zichtbare gebreken – die traditioneel diametraal tegenover verborgen gebreken worden afgezet – is afgeleid dat de koper op dit punt kan volstaan met *"een aandachtig, doch normaal onderzoek"*[49]. Meestal wordt dit herleid tot de vraag of het gebrek bij de levering

---

[44] Gent 9 januari 2020, zoals weergegeven door F. Haentjes, "Restvervuiling bij bodemverontreiniging :een zichtbaar of een verborgen gebrek", *Storm* 2020 (1), 1.

[45] Rb. Turnhout 23 mei 2013, AR nr. 12/1364/A, , weergegeven in "Over stookolietanks, verborgen gebreken, bodemverontreiniging en aansprakelijkheidsgronden" *TOO* 2017, (225) 226-227. Zie ook Brussel (2e k.) 14 mei 2008, *Res Jur.Imm*. 2008, 337.

[46] Maar het is de feitenrechter die op onaantastbare wijze oordeelt of een gebrek al dan niet verborgen is. Een cassatiemiddel dat tegen deze beoordeling opkomt, is in principe onontvankelijk (zie Cass. 6 april 1916, *Pas.* 1917, 74; Cass. 24 november 1989, *RW* 1990-91, 550).

[47] C.18.0509.N, *RW* 2019-20, 1105 en *TBH* 2019, 828, wat een bevestiging is van Cass. 19 oktober 2007, C.04.0500.F-C.05.403.F, *Arr.Cass.* 2007, 1973, *JLMB* 2008, 1202, *Pas.* 2007, 1826, noot F. Glandsdorff, *RCJB* 2010, 5, noot F. Glandsdorff, *TBH* 2008, 152, noot H. De Wulf.

[48] C. Botman, "Le concours entre l'action de délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente", *JT* 2022, (249) nr. 6. Zie ook Cass. 6 december 2001, waarin wordt geoordeeld dat *"gebreken ook verborgen zijn als ze alleen zichtbaar worden na de levering en bij de bewerking door de koper van de goederen"* (C.99.0223.N, *Arr.Cass.* 2001, 2095, *Pas.* 2001, 2023 en *RW* 2003-04, 262).

[49] Cass. 29 maart 1976, *Arr.Cass.* 1976, 872 en *Pas.* 1976, 832; Cass. 9 oktober 2006, C.05.0276.F, *Arr.Cass.* 2006, 1943, *Pas.* 2006, 1993 en *RW* 2009-10, 738. Hierover eveneens, zie bv. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, vol. 1, 4e éd. (door A. Meinertzhagen-Limpens), Brussel, Bruylant, 1997, nr. 201B, 2°; L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, 731; F. Onclin, *Les conséquences civiles des polices administratives sur la vente immobilière: étude*

zichtbaar was, maar de feitenrechtspraak laat zien dat deze omschrijving te beperkt is. Zo konden vochtigheidsproblemen die voor het blote oog onzichtbaar waren geen verborgen gebrek opleveren, omdat men de vochtigheid kon ruiken tijdens een bezoek aan de woning.[50] Nauwkeuriger is dus te stellen dat het gebrek verborgen is wanneer het door een aandachtig, doch normaal onderzoek *zintuigelijk* niet waarneembaar was bij de levering. Dit is een feitenkwestie, te beoordelen aan de hand van alle relevante omstandigheden, waaronder de aard van het verkochte goed en de hoedanigheid van de koper[51].

13. *Omvang onderzoeksplicht in onroerende koop* – Toegepast op de verkoop van een onroerend goed neemt de rechtspraak aan dat de koper doorgaans kan volstaan met een rondgang in het pand om te zien of het vrij is van waarneembare gebreken.[52] Van de koper wordt niet verwacht dat hij de gekochte zaak aan alle mogelijke tests onderwerpt en/of zich laat bijstaan door specialisten.[53] Zo wordt van de koper van een woning niet verwacht dat hij bij de bezichtiging een vochtigheidsmeter op zak heeft om tegen de muur te houden.[54] Evenmin wordt van hem verwacht dat hij zich laat bijstaan door een architect of een aannemer. Daarnaast speelt ook de hoedanigheid van de koper een rol, zodat het perfect mogelijk is dat een gebrek voor een particuliere koper als verborgen moet worden beschouwd, terwijl het voor een professionele koper met zijn concrete kennis, ervaring en/of uitrusting waarneembaar moet zijn geweest.[55] Zo kon de opname van een verkochte hoekwoning in een online consulteerbare inventaris van bouwkundig erfgoed voor een professioneel bouwbedrijf geen verborgen gebrek opleveren.[56]

Voor stedenbouwkundige overtredingen, kleeft aan het gebrek geen verborgen karakter indien de overtreding blijkt uit de door de verkoper meegedeelde stedenbouwkundige inlichtingen. Blijkt uit deze inlichtingen geen overtreding, dan wordt over het algemeen aangenomen dat een overtreding pas kan worden ontdekt door een meer doorgedreven onderzoek waartoe de koper, behoudens andersluidend beding, niet is verplicht, zodat de verkoper – die als eigenaar geacht wordt hiervan beter op de hoogte te zijn – hiervoor moet vrijwaren op grond van verborgen gebreken.[57] In de praktijk zijn evenwel clausules gangbaar die van de koper vragen de wettelijkheid na te gaan van de werken die werden uitgevoerd en die wijzen op de mogelijkheid om vergunningen op te vragen bij de gemeente, teneinde te verifiëren dat geen enkele handeling of geen enkel werk werd uitgevoerd in of aan de eigendom in overtreding met de stedenbouwkundige voorschriften of vergunningen. Vermeldt de notariële akte dat het verkochte goed integraal is vergund en geen stedenbouwkundige overtredingen bestaan, dan neemt

---

comparée des droits wallon, flamand et bruxellois, Brussel, Larcier, 2017, 382; B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 308.

50 Bergen 1 december 2003, *TBBR* 2006, 177.

51 M. Dambre, *Bijzondere overeenkomsten: de essentie,* Brugge, die Keure, 2022, 88; F. Onclin, "Infractions d'urbanisme, garantie des vices cachés et responsabilité du notaire – à propos des effets d'une clause de garantie de conformité" (noot onder Luik 16 januari 2017), *JLMB* 2019, 1080, nr. 5.

52 Kh. Gent (afd. Kortrijk) (2e k.) 20 juni 2018, *TGR-TWVR* 2018, 231; Luik 25 maart 2013, *Amén*. 2013, 249.

53 Antwerpen 18 maart 2013, *T.Not.* 2014, 30. Zie ook L. Simont en P.A. Foriers , "Examen de jurisprudence (1992-2010) – Les contrats spéciaux (suite), *RCJB* 2014, (725) nr. 63.

54 Gent 28 april 2009, *RABG* 2010, 676.

55 Zie bv. Luik (10e k.) 11 juni 2007, *T.Aann.* 2008, 242, noot B. Van Lierde. Hierover al J. Limpens, *La vente en droit belge,* Brussel, Bruylant, 1960, nr. 331. Recenter, zie ook F. Onclin, "Infractions d'urbanisme, garantie des vices cachés et responsabilité du notaire – à propos des effets d'une clause de garantie de conformité" (noot onder Luik 16 januari 2017), *JLMB* 2019, 1080. Er bestaat evenwel geen vermoeden dat de professionele of de gespecialiseerde *koper* de gebreken heeft gekend.

56 Rb. Gent (14e k.), 10 januari 2012, *TBBR* 2013, 390, noot J. Callebaut.

57 Zie F. Onclin, "Les infractions d'urbanisme et les obligations du vendeur: tour d'horizon de la jurisprudence", in F. George en P. Wéry (eds.), *Actualités en droit des contrats spéciaux,* Anthemis, Luik, 2019, (105) nr. 14.

de feitenrechtspraak aan dat de koper op deze vermelding legitiem mag vertrouwen, zodat hij in dit verband geen verplichting heeft om daarover bijkomende informatie in te winnen.[58]

14. *Verborgen gebreken: illustraties* – Werden in onroerende koop onder meer als verborgen gebreken aanvaard:

- *geluidsoverlast* wegens gebrekkige isolatie die niet voldoet aan de vereisten van normaal akoestisch comfort bij de aankoop van studentenkamers in een studentenresidentie. Er kan naar redelijkheid worden aangenomen dat de kopers op het ogenblik van de oplevering het aangevoerde probleem van geluidshinder wegens gebrekkige geluidsisolatie niet konden vaststellen, mede omdat er op dat ogenblik nog werken aan de gang waren en een probleem van geluidsisolatie pas kan worden vastgesteld bij het daadwerkelijk gebruik van het onroerend goed[59];
- *huiszwam,* aangezien dit meestal enkel waarneembaar is door technici[60];
- *lekkende afvoerbuizen* ingewerkt in een muur, waarvan het probleem slechts kan worden opgemerkt nadat de afvoerbuis enige tijd in gebruik wordt genomen[61]; in een andere zaak ging het om barsten en breuken in afvoerbuizen en de niet-waterdichtheid van de aansluiting op het rioleringsnetwerk, vermits ze ondergronds en derhalve onzichtbaar waren[62];
- *verontreiniging* van kasteelvijvers waarvan slechts mondjesmaat na wetenschappelijk onderzoek uitgevoerd op initiatief van de koper de vervuiling aan het licht komt[63]; ook de opvulling van een omwallingsgracht zodat de verkochte grond eigenlijk een verborgen vuilnisbelt betrof, werd gekwalificeerd als een verborgen gebrek[64]. Tevergeefs verwezen de verkopers naar oude kadastrale plannen waarop de omwallingsgracht was afgebeeld en naar het feit dat het vroeger gebruikelijk was om dergelijke grachten te vullen met allerlei troep;
- *vermoeiingsscheuren* die langs buiten visueel moeilijk te constateren zijn, temeer nu een fijne barst niet altijd op een dergelijke scheur wijst[65];
- *vochtproblemen* gecamoufleerd door de plaatsing van voorzetwanden en door het overschilderen van de muren[66]; in een andere zaak werd het tijdens het bezoek vastgestelde vocht door de verkopers op plausibele wijze voorgesteld als een opgelost probleem. De verkopers hadden verklaard dat het om sporen ging van beschadiging van het pleisterwerk na herstel van een plint. Bovendien was het vochtigheidsprobleem gemaskeerd door de plaatsing van meubels. In het badkamermeubel waren er wel schimmelsporen, maar volgens de rechter moet niet worden verwacht van een koper dat hij tijdens de bezichtiging in alle kasten op zoek gaat naar vochtproblemen. De schade in de badkamer was onttrokken aan het zicht door de vloer en wandtegels[67]. In een ander geval werd via foto's voldoende aannemelijk gemaakt dat het vochtprobleem tijdens het bezoek aan de woning voorafgaand aan de koop verborgen was achter behangpapier en keukenkasten,

---

58 Antwerpen 18 maart 2013, *T.Not.* 2014, 30; Brussel 26 november 2013, *T.Not.* 2014, 241.
59 Rb. Leuven 8 februari 2017, *T.App.* 2017, 57.
60 Brussel 2 april 2004, *Res Jur.Imm.* 2004, 18.
61 Kh. Tongeren (5e k.) 2 oktober 2007, *FJF* 2009, 833, noot, *RW* 2009-10, 246 en *TBBR* 2008, 579.
62 Rb. Brussel 20 juli 2009, *TVVV* 2010, 36.
63 Brussel (1e k.) 17 november 2009, *T.Not.* 2010, 474.
64 Gent 10 juni 2014 en 17 mei 2016 bevestigd door Cass. 19 mei 2017, C.16.0362.N, "Een halve waarheid is een hele leugen: vervuilde grond als clean verpatsen komt verkoper duur te staan", *TOO* 2017, 416
65 Antwerpen (2e k) 17 februari 2016, *RABG* 2017, 141, noot J. Adriaensen en M. Somers en *TBO* 2017, 179.
66 Rb. Luik 27 januari 2011, *JLMB* 2011, 960.
67 Gent 28 april 2009, *RABG* 2010, 676.

en als zodanig niet door een zorgvuldige en aandachtige kandidaat-koper moest worden opgemerkt[68];
- een waterkraan waarvan de kraanleertjes te licht zijn zodat ze niet lang bestand zijn tegen de druk van het water[69];
- niet-waterdichtheid van golfplaten die gebruikt worden als dakbedekking maar barsten vertonen omdat zij te vroeg werden aangeboden ter verwerking[70].

15. *Geen verborgen gebreken: illustraties* – Werden in onroerende koop als zichtbare gebreken gekwalificeerd, zodat de vrijwaring uit artikel 1641 oud BW niet speelde:
- *asbest* in een gebouw van 35 à 40 jaar oud, nu dit voorzienbaar werd geacht in een dergelijk gebouw[71];
- *bodemverontreiniging* indien een projectontwikkelaar, in de fase voorafgaand aan het verlijden van de notariële akte, geïnformeerd is over de situatie dat de grond historisch is vervuild en deze zich vóór het verlijden van de authentieke akte verder heeft geïnformeerd door graafwerken uit te voeren en beroep op een milieudeskundige, zodat hij de verontreiniging kon of moest kunnen vaststellen[72];
- *aanwezigheid van afval*, nu iedere koper van een onroerend goed weet dat hij vóór het verlijden van de notariële akte een rondgang in het pand moet maken om te zien of het volledig vrij is gemaakt. De clausule waarbij wordt gesteld dat in de verkoop geen roerende goederen zijn begrepen, doet daaraan geen afbreuk[73];
- *inbreuken op stedenbouwkundige voorschriften* wanneer die manifest duidelijk zijn, zoals bij de aankoop van een jachthut die kennelijk in strijd met de afgeleverde bouwvergunning werd opgetrokken[74]; bij de verkoop van een duplex die verkocht werd als een appartement met onder meer één kamer (op de gelijkvloerse verdieping) en één garage (op de benedenverdieping) kon de feitelijke bestemming van die garage als slaapkamer (zonder vereiste juridische vergunning) geen verborgen gebrek opleveren nu de noodzaak van een regularisatieaanvraag uitdrukkelijk aan bod kwam voor de ondertekening van de akte en de koper niet kon bewijzen dat de benedenverdieping voor woondoeleinden werd verkocht[75];
- *stabiliteitsproblemen* die leiden tot een verzakking van een woning[76] of van een fermette die in een publicitaire aankondiging stond vermeld als te koop om hetzij te renoveren, hetzij opnieuw te bouwen[77];
- *vochtproblemen wegens gebrek aan verluchting*, aangezien elke normaal aandachtige en geïnformeerde persoon er zich rekenschap van kan geven dat een gebrek aan verluchting van een badkamer in een kelder aanleiding kan geven tot vochtproblemen[78]; ook de aanwezigheid van vocht aangeduid door de deskundige van de instel-

---

68 Rb. Brussel (NL) (4e k.) 29 maart 2019, *TBO* 2019, 439; in dezelfde zin Rb. Brussel 9 december 2019, *RABG*, 2020, 226.
69 Rb. Luik 2 oktober 2009, *RGAR* 2010, nr. 14623.
70 Brussel (20e k.) 30 maart 2010, *TBO* 2010, 265.
71 Kh. Brussel 23 maart 2015, *T.App*. 2015, 34.
72 Gent 9 januari 2020, zoals weergegeven door F. Haentjes, "Restvervuiling bij bodemverontreiniging: een zichtbaar of een verborgen gebrek", *Storm* 2020 (1), 1.
73 Luik 25 maart 2013, *Amén.* 2013, 249. Zie ook Rb. Brussel 8 december 2011, *Res Jur.Imm.* 2012, 79.
74 Brussel (1e k.) 20 november 2007, AR nr. 2003/AR/101, niet-gepubliceerd.
75 Rb. Brussel 17 december 2009, *Res Jur.Imm.* 2010, 72.
76 Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) 8 november 2022, *RW* 2022-23, 1275.
77 Bergen (7e k.) 15 mei 2008, *JLMB* 2009, 378.
78 Luik 11 februari 2013, *JLMB* 2013, 2093.

ling die een hypothecair krediet verleende, waarbij de koper zelf op het dak was geklommen om de staat van het dak vast te stellen en hierover geen opmerking maakte, kon geen verborgen gebrek opleveren[79].

16. *Onbekend aan de koper* – Opdat het gebrek 'verborgen' zou zijn, volstaat het niet dat het gebrek bij de levering zintuigelijk onwaarneembaar was. Uit eerdere cassatierechtspraak bleek al dat het verborgen karakter daarnaast impliceert dat het gebrek op het ogenblik van de koop aan de koper onbekend moet zijn geweest.[80] De vrijwaring voor verborgen gebreken speelt immers niet voor de gebreken waarvan de koper op het ogenblik van de koop – zelfs al waren die zintuigelijk onwaarneembaar – kennis had.[81] Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de verkoper het gebrek 'zichtbaar' heeft gemaakt door de koper uitdrukkelijk of impliciet maar duidelijk op het gebrek te wijzen. Algemene verklaringen, zoals 'in de staat gekend door de koper' of 'met alle zichtbare en verborgen gebreken', worden doorgaans onvoldoende bevonden om het verborgen gebrek zichtbaar te maken.[82] Rechtspraak vereist daarvoor dat de verkoper een uitdrukkelijke en specifieke verklaring maakt.[83]

Illustratief is de zaak waarin de verkoper in de aanloop van de verkoop van een onroerend goed de koper er in het bijzonder op attent maakte dat geen oriënterings- of karakteriseringsonderzoek van de bodem werd uitgevoerd en dat bijgevolg een eventuele verontreiniging mogelijk was. Daaruit werd afgeleid dat het aan de koper was om sonderingen en andere analyses uit te voeren indien hij zekerheid wou hebben over de afwezigheid van enige verontreiniging. De latere ontdekking van verontreiniging kon dan ook niet worden gekwalificeerd als een verborgen gebrek, onder voorbehoud dat de verkoper te goeder trouw was. Dit laatste bleek het geval omdat de sporen van verontreiniging niet voortvloeiden uit de activiteit van de verkoper, maar aanwezig waren in een aarding die gediend had om het reliëf van de bodem gelijk te maken en die reeds bestond vóór het ogenblik waarop de verkoper eigenaar werd van het goed.[84]

17. *Bewijs verborgen karakter door koper: geen eenzijdige herstellingswerken* – Het is in principe aan de koper om het bestaan van het verborgen gebrek te bewijzen.[85]

De rechtspraak neemt daarom vaak aan dat de koper daar niet (meer) in kan slagen wanneer hij eenzijdig herstellingswerken heeft uitgevoerd zonder toestemming van de verkoper en zonder maatregelen te hebben genomen die de verkoper toelaten om later voor de rechter standpunt in te nemen en verweer te voeren over het bestaan van het beweerde verborgen gebrek.[86] In die zin moet de koper redelijke maatregelen nemen om het recht van verdediging van de verkoper te waarborgen, zoals een expertise in der minne op tegenspraak organiseren, de aanstelling van een deskundige in kort geding vragen of tegensprekelijke vaststellingen door een gerechtsdeurwaarder laten doen.[87] Laat de koper dit na, dan neemt rechtspraak vaak aan dat de koper het beweerde verborgen gebrek niet meer kan bewijzen. Het is met dezelfde bezorgdheid

---

79 Bergen (6e k.) 8 juni 2007, *JLMB* 2008, 1453.

80 Cass. 6 februari 1975, *Pas.* 1975, 639; Cass. 25 mei 1989, *JT* 1989, 620.

81 Bv. B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 374 met talrijke voorbeelden.

82 Bv. Kh. Gent (afd. Kortrijk, 2e k.) 20 juni 2018, *TGR-TWVR* 2018, 231.

83 Zie bv. B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nrs. 364-365.

84 Bergen (22e k.) 8 januari 2019, *JLMB* 2019, 785

85 Bv. Bergen 15 mei 2008, *JLMB* 2009, 378; Brussel 20 mei 2009, *RGAR* 2010, nr. 14.592.

86 Brussel 5 oktober 2005, *JT* 2006, 414. Hierover eveneens L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, (725) nr. 66; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 381.

87 Zie ook in dit verband ook S. De Rey, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, 613-616.

dat de wetgever in het nieuwe verbintenissenrecht de schuldeiser verplicht om 'nuttige maatregelen' te nemen om de niet-nakoming van de schuldenaar vast te stellen vooraleer hij eenzijdige sancties, toegepast op loutere kennisgeving (bv. vervanging van de schuldenaar of ontbinding), in werking kan stellen (zie art. 5.85, derde lid of art. 5.93 BW).[88]

C. Ernst van het gebrek

18. *Aantasting van gebruik in belangrijke mate(?)* – Traditioneel wordt vereist dat het verborgen gebrek voldoende ernstig is. Daarmee wordt bedoeld dat het gebrek het normale gebruik van het goed moet beletten of dermate moet verhinderen dat indien de koper het gebrek had gekend, hij de zaak niet of slechts aan een lagere prijs zou hebben gekocht. Inmiddels wordt evenwel aangenomen dat de vereiste van voldoende ernst in belangrijke mate wordt opgeslorpt door de functionele invulling van het gebrek (*supra* nr. 10), zij het dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie op dit punt niet steeds eenduidig is.[89] Feit is wel dat er weinig tot geen feitenrechtspraak bekend is die een vordering op grond van vrijwaring voor verborgen gebreken afwijst louter omdat het aangetoonde verborgen gebrek niet voldoende ernstig is.[90]

De feitenrechter oordeelt soeverein of het verborgen gebreken voldoende ernstig is.[91] Daarvoor houdt hij rekening met een normaal gebruik van de zaak of het door partijen overeengekomen gebruik. Het is niet vereist dat het gebrek de zaak definitief onbruikbaar maakt. Het volstaat dat de zaak gedurende een zekere tijd onbruikbaar is.[92] Het al dan niet herstelbaar karakter van het gebrek is evenmin doorslaggevend om tot de ernst van het gebrek te besluiten.[93]

---

[88] Hierover o.m. S. Stijns en S. De Rey, "Het nieuwe verbintenissenrecht in Boek 5 BW", *RW* 2022-23, (923) nrs. 55 en 62.

[89] Zo laat het Hof van Cassatie soms blijken dat de (voldoende ernstige) aantasting van het gebruik onderdeel uitmaakt van de definitie van het gebrek in de zin van artikel 1641 oud BW (zie bv. Cass. 18 november 1971, *Arr.Cass.* 1972, 274, *Pas.* 1972, 258, *BRH* 1972, 660, noot, *JT* 1972, 387, *RCJB* 1973, 609, noot: een functioneel gebrek is het *"gebrek (...) dat, zelfs indien het de zaak niet intrinsiek aantast, deze ongeschikt maakt tot het gebruik waartoe de koper, naar de verkoper wist, ze bestemde"*), terwijl de cassatierechtspraak dit in andere gevallen als een autonome voorwaarde vooropstelt die naast het bestaan van het gebrek moet worden aangetoond (bv. Cass. 19 oktober 2007, C.04.0500.F-C.05.403.F, *Arr.Cass.* 2007, 1973, *Pas.* 2007, 1826, noot F. Glandsdorff, *RCJB* 2010, 5, noot F. Glandsdorff, *TBH* 2008, 152, noot H. De Wulf; Cass. 9 mei 2016, *RW* 2017-18, 336, noot S. Meys: "*Een gebrek in de zin van artikel 1641 [oud] Burgerlijk Wetboek is een intrinsiek of functioneel gebrek dat hetzij het normaal gebruik van de zaak in de weg staat, hetzij het gebruik waartoe de zaak is bestemd dusdanig vermindert dat de koper, mocht hij het gebrek hebben gekend, de zaak niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht"*). In haar recente bijdrage, maakt C. Botman duidelijk dat deze vraag niet louter theoretisch is en een invloed zou kunnen hebben op het vraagstuk van de samenloop van vorderingen op basis van een gebrek (zie "Le concours entre l'action de délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente", *JT* 2022, (249) nrs. 15-20). Hierover eveneens F. Onclin, *Les conséquences civiles des polices administratives sur la vente immobilière : étude comparée des droits wallon, flamand et bruxellois*, Brussel, Larcier, 2017, 378 e.v.

[90] In de rechtsleer is het gerechtvaardigde karakter van deze vereiste dan ook bevraagd, zie bv. P. Brulez, *Koop en aanneming: faux amis?*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 505-514.

[91] Cass. 26 mei 2005, *Res Jur.Imm.* 2005, 333.

[92] B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 314; M. Dambre, *Bijzondere overeenkomsten: de essentie*, Brugge, die Keure, 2022, 90. Zie nochtans het vonnis dat oordeelt dat het gebrek niet van voorbijgaande aard mag zijn, zie Rb. Brussel 2 januari 2019, *T.App.* 2019, 25.

[93] In verschillende uitspraken is in het verleden geoordeeld dat wanneer aan het gebrek verholpen kon worden, dit geen verborgen gebrek kon uitmaken (zie bv. Rb. Namen 6 februari 1996, *Rev.not.* 1999, 46, noot; Rb. Turnhout 8 juni 1994, *TBBR* 1995, 410; Rb. Brussel 12 september 1996, *Res Jur.Imm.* 1996, 241). Dit steunde op oude cassatierechtspraak (Cass. 18 december 1847, *Pas.* 1848, 132) en kon rekenen op genuanceerde goedkeuring in de doctrine (bv. J. Limpens, *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, nrs. 344-345), maar blijkt in de hedendaagse rechtsleer en de moderne rechtspraak thans verlaten (zie al kritisch M. Troplong, *De la vente*, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1841, nr. 556, maar recenter ook bv. L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, (725) nr. 61).

Bovendien is duidelijk dat de 'ernst' van het gebrek hier niet te beoordelen is volgens de maatstaven van het gemeen recht, maar een soepelere invulling krijgt dan de 'ernstige' niet-nakoming die de ontbinding naar gemeen recht rechtvaardigt (art. 5.90 BW).

Zo vertoonde het reservoir met dubbele wand, waarvan de lasnaden van de binnenwand niet conform waren aan de regels van de kunst en die het reservoir niet ondoordringbaar maakten en derhalve ongeschikt voor het gebruik waarvoor het is bestemd, een ernstig verborgen gebrek.[94] Ook de ontstentenis van een stedenbouwkundige vergunning kan het gebruik van de zaak ernstig aantasten, vermits zij de vernietiging van het bouwwerk kan impliceren met een herstel van het terrein naar zijn oorspronkelijke niveau.[95]

D. Anterioriteit van het gebrek

19. *Minstens in de kiem op het ogenblik van de koop* (Cass. 27 april 2020) – Hoewel het Burgerlijk Wetboek van 1804 dit niet voorschrijft, wordt van oudsher aangenomen dat het gebrek al moet bestaan vóór de koop opdat de verkoper tot vrijwaring gehouden zou zijn.[96] Voor gebreken die later ontstaan, moet de verkoper niet instaan. In een arrest van 27 april 2020 heeft het Hof van Cassatie deze voorwaarde nu voor het eerst geconcretiseerd.[97] Na een schets van de feiten, de bestreden beslissing en de uitspraak in cassatie, volgt een analyse van het arrest.

De feiten onderliggend aan het cassatiearrest betroffen een probleem van waterinfiltratie, *in casu* in een appartement en in de gemeenschappelijke delen. Op basis van een onderzoek bij eliminatie kwam de gerechtsdeskundige tot de vaststelling dat de aannemer die de dakdichtingswerken had uitgevoerd, hiervoor verantwoordelijk moest zijn. Het hof van beroep wees de aansprakelijkheid van de dakdekker evenwel af. Na de koop had een andere aannemer immers werken uitgevoerd voor de aanleg van een dakterras. Volgens het hof van beroep was het, gelet op de door de gerechtsdeskundige gebruikte eliminatiemethode, niet uitgesloten dat de oorzaak van de waterinfiltraties in de uitvoering van deze werken gelegen was. Bij gebrek aan bewijs, wezen de appelrechters de aansprakelijkheidsvordering tegen de dakdekker dan ook af. De vordering tegen de verkopende projectontwikkelaar, eveneens ingesteld wegens de waterinfiltraties maar ditmaal gesteund op de vrijwaring voor verborgen gebreken, verklaarden zij daarentegen gegrond. Met succes tekende de verkoper tegen deze beslissing cassatieberoep aan:

> *"Krachtens artikel 1641 [oud] Burgerlijk Wetboek 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 die 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.*
> *Het gebrek moet ten minste in de kiem bestaan van op het ogenblik van de verkoop. (…) De appelrechters die aldus de eiseres voor een verborgen gebrek aansprakelijk stellen en, ondanks een daartoe strekkende conclusie, nalaten vast te stellen, dat het gebrek op*

---

[94] Brussel (4e k.) 8 februari 2010, *RGAR* 2010, nr. 14.645.

[95] Luik 22 september 2016, *JLMB* 2018, 346; Rb. Waals-Brabant (burg., 1e k.) 3 juni 2015, *Amén.* 2016, 117. Zie ook F. Onclin, "Les infractions d'urbanisme et les obligations du vendeur: tour d'horizon de la jurisprudence", in F. George en P. Wéry (eds.), *Actualités en droit des contrats spéciaux,* Anthemis, Luik 2019, (105) nr. 15.

[96] Zie al R.J. Pothier, *Traité du contrat de vente,* Parijs, 1773, nr. 211: « Il faut en quatrième lieu que le vice qui donne lieu à cette garantie, ait existé dès le temps du contrat ; car s'il n'est survenu que depuis, la chose étant devenue par le contrat aux risques de l'acheteur (…), le vendeur n'en peut être tenu ». Zie ook al F. Laurent, volgens wie deze voorwaarde « est d'évidence ; c'est sans doute pour cela que la loi ne le dit point » (*Principes de droit civil*, XXIV, Brussel, Bruylant, 1887, nr. 286).

[97] C.19.0337.N, *RW* 2020-21, 744, noot en *TBO* 2020, 354.

> *het ogenblik van de verkoop in de kiem aanwezig was, verantwoorden hun beslissing niet naar recht".*

Anders gezegd: de appelrechters konden niet oordelen dat de verkoper aansprakelijk was wegens een verborgen gebrek, wanneer zij tegelijk vaststelden dat de oorzaak van ditzelfde gebrek gelegen kon zijn in een oorzaak na de koop, *in casu* de dakwerken uitgevoerd door de aannemer die het dakterras had aangelegd.

20. *Analyse* – Twee uitdrukkingen die het Hof van Cassatie in het arrest van 27 april 2020 hanteert zijn nader te preciseren, namelijk 1° wat is bedoeld met 'in de kiem' aanwezig zijn van het gebrek en 2° wat is concreet 'het ogenblik van de verkoop'?

Ten eerste laat het Hof van Cassatie met de uitdrukking 'in de kiem' verstaan, in de lijn van wat de feitenrechtspraak al had aanvaard[98], dat het verborgen gebrek reeds in die mate aanwezig moet zijn, dat het zich (naderhand) onvermijdelijk verder zal ontwikkelen, zonder dat het gebrek zich op het ogenblik van de koop al ontwikkeld moet hebben (bv. bij vochtproblemen). Ook in de rechtsleer was deze uitdrukking al gangbaar.[99]

Ten tweede is de aanwezigheid van het gebrek, volgens het cassatiearrest van 27 april 2020, te beoordelen 'op het ogenblik van de verkoop'.[100] Vermits de koop een consensueel contract uitmaakt (art. 1583 oud BW), is dit het ogenblik van de wilsovereenstemming tussen partijen. Toegepast op de onroerende koop – die ondanks de toegenomen wettelijke formaliteiten evenzeer een consensueel contract uitmaakt – is de aanwezigheid van het gebrek in principe niet te beoordelen op het ogenblik van de notariële akte, maar op het ogenblik dat de koop tot stand komt (bv. bij ondertekening van de onderhandse koopakte). Met dat criterium sluit het Hof van Cassatie zich aan bij de feitenrechtspraak en de rechtsleer. Volgens de feitenrechtspraak, daarin bijgetreden door de rechtsleer, volstaat het evenwel dat het gebrek in de kiem aanwezig is op het ogenblik van de *risico-overdracht*.[101] Tenzij partijen anders bepalen, vindt de risico-overdracht plaats bij de eigendomsoverdracht (art. 5.80, eerste lid BW). De eigendomsoverdracht op zijn beurt wordt vermoed plaats te vinden bij de wilsovereenstemming (art. 3.14, § 2 BW), dat wil zeggen 'op het ogenblik van de koop'. Maar het is bekend dat de praktijk

---

[98] Zie B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 315.

[99] De uitdrukking 'in de kiem', in het Frans 'tout au moins en germe', gaat tevens terug op de Franse cassatierechtspraak, zie Cass.fr. 8 maart 1892, *D.* 1892, II, 204. Zie M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* II, Parijs, LGDJ, 1905, 484, nr. 1463; J. Limpens, *La vente en droit belge,* Brussel, Bruylant 1960, nr. 348. Zie ook L. Simont, J. De Gavre en P.A. Foriers, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », *RCJB* 1985, 187; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge,* IV, vol. 1, 4e éd. (door A. Meinertzhagen-Limpens), Brussel, Bruylant, 1997, nr. 201B, 4°; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 385.

[100] Dit bevestigt eerdere cassatierechtspraak, zie impliciet Cass. 7 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 48 en *Pas.* 1985, 35: de koper die zich beroept op een verborgen gebrek van de gekochte zaak moet het bewijs leveren dat het gebrek bestond op het tijdstip van de koop.

[101] Bv. Luik (3e k.) 23 juni 2008, *JT* 2009, 540, *JLMB* 2010, 1343; Antwerpen 8 februari 2017, *NJW* 2017, 746, noot P. Brulez; Kh. Tongeren 10 juni 2008, *NJW* 2008, 830, noot M.D. Bevestigend, zie bv. al H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge,* IV, vol. 1, 4e éd. (door A. Meinertzhagen-Limpens), Brussel, Bruylant, 1997, nr. 201; L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, (725) nr. 63; B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 315; M. Dambre, *Bijzondere overeenkomsten: de essentie,* Brugge, die Keure, 2022, 90; C. Botman, "Le concours entre l'action de délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente", *JT* 2022, (249) nr. 6; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 385.

– zeker voor de onroerende koop – vaak van dit systeem afwijkt door de eigendomsoverdracht uit te stellen. Wanneer partijen de eigendomsoverdracht hebben uitgesteld, stelt dit ook de risico-overdracht uit, tenzij partijen de risico-overdracht hebben losgekoppeld van de eigendomsoverdracht.[102] Indien in het kader van een onroerende koop de eigendomsoverdracht is uitgesteld tot het ogenblik waarop de notariële akte wordt verleden, dan volstaat het dus dat het verborgen gebrek in de kiem aanwezig was op dat ogenblik, omdat de verkoper tot dat ogenblik het risico is blijven dragen, tenzij partijen hiervan contractueel zijn afgeweken. Het bewijs van de anterioriteit rust hoe dan ook bij de koper.[103]

III. Sancties

21. *Overzicht* – Over de sancties waarover de koper in geval van verborgen gebreken beschikt, heeft het Hof van Cassatie de afgelopen jaren enkele mijlpaalarresten gewezen. Deze zien op de mogelijkheid voor de verkoper om de zaak behept met het verborgen gebrek te herstellen of te vervangen (A, *infra* nrs. 22 e.v.) en op de omvang van de schadevergoeding naar aanleiding van verborgen gebreken (B, *infra* nrs. 24 e.v.).

A. Geen herstelling of vervanging (?)

22. *Limitatieve lezing van art. 1644 oud BW* (Cass. 23 maart 2017) – Is de verkoper aansprakelijk wegens verborgen gebreken, dan schrijft artikel 1644 oud BW twee sancties voor: ofwel de teruggave van het gekochte goed met terugbetaling van de koopprijs, ofwel behoud van het gekochte goed maar gedeeltelijke terugbetaling van de koopprijs. De eerste sanctie staat bekend als een ontbinding (*actio redhibitoria*), de tweede als een prijsvermindering (*actio aestimatoria*). Op 23 maart 2017 heeft het Hof van Cassatie een belangrijk arrest gewezen over de interpretatie van artikel 1644 oud BW en de vraag of deze wetsbepaling ook ruimte laat voor andere sancties dan enkel ontbinding en prijsvermindering.[104] Na een weergave van de feiten, de bestreden beslissing en de uitspraak in cassatie, volgt een analyse van het arrest.

In casu waren in de zomer appartementen aangekocht, maar vertoonden deze bij de eerste winterperikelen problemen met de centrale verwarming. De tegensprekelijke expertise legde verborgen gebreken bloot aan de installatie van de centrale verwarming, de thermische en akoestische isolatie en de ventilatie. Daarop vorderden enkele kopers de ontbinding van hun koop, andere kopers eisten prijsvermindering. De verkoper bood de kopers daarentegen aan de verwarming op zijn kosten te laten herstellen door een gespecialiseerde firma. Hij argumenteerde dat de gevorderde ontbinding kennelijk onevenredig hoge kosten voor hem meebracht in vergelijking met zijn aanbod tot herstelling. Het hof van beroep oordeelde evenwel dat *"de verkoper niet gerechtigd is om aan te bieden dat hij de verkochte zaak op zijn kosten zal herstellen"* en wees de gevorderde ontbinding en prijsvermindering toe. Tegen deze beslissing tekende de verkoper cassatieberoep aan. Hij voerde aan dat, in tegenstelling tot de letterlijke bewoording van artikel 1644 oud BW, uitvoering in natura de normale wijze van gedwongen uitvoering uitmaakt, zodat het keuzerecht van de koper tussen ontbinding en prijsvermindering neergelegd in deze wetsbepaling, de verkoper de mogelijkheid tot uitvoering in natura niet ontzegt. Het Hof van Cassatie gaat hier niet in mee:

> *"Krachtens artikel 1644 [oud] Burgerlijk Wetboek heeft de koper, in het geval van de artikelen 1641 en 1643, de keus om ofwel de zaak terug te geven en zich de prijs te doen*

[102] Cass. 29 mei 2020, C.19.0292.F, *TBBR* 2021, 467, noot A. De Boeck en *T.Not.* 2022, 414, noot.
[103] Cass. 7 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 48 en *Pas.* 1985, 35.
[104] Cass. 23 maart 2017, C.15.0232.F, *TBBR* 2018, 169, noot S. De Rey, *TBH* 2017, 959, noot S. Jansen.

> *terugbetalen, ofwel de zaak te behouden en zich een gedeelte van de prijs te doen terugbetalen, welk gedeelte door deskundigen zal worden bepaald.*
> *Uit die bepaling volgt dat, wanneer voldaan is aan de voorwaarden voor de toepassing van de artikelen 1641 en 1643 [oud] Burgerlijk Wetboek, artikel 1644 de keuze tussen een vordering tot ontbinding van de verkoop (actio redhibitoria) en een vordering tot vermindering van de prijs (actio aestimatori) uitsluitend aan de koper voorbehoudt.*
> *Het bestreden arrest (...) dat overweegt dat "de verkoper niet gerechtigd is om aan te bieden dat hij de verkochte zaak op zijn kosten zal herstellen (...)", verantwoordt naar recht zijn beslissing tot verwerping van eisers aanbod om de verbintenis tot vrijwaring in natura uit te voeren".*

Dit is niet alleenstaand. Al in een arrest van 21 november 1974 oordeelde het Hof van Cassatie dat artikel 1644 oud BW enkel aan de koper de keuze tussen ontbinding en prijsvermindering geeft, zodat de rechter wettelijk kan beslissen dat het aanbod van de verkoper tot volledige herstelling 'niet voldoet'.[105] In de doctrine werd dit arrest als een impliciete bevestiging beschouwd van de traditionele rechtsleer van de 19e en 20e eeuw, die de opsomming in artikel 1644 oud BW steeds limitatief heeft opgevat.[106] In deze limitatieve lezing kan de vrijwaring voor verborgen gebreken, tenzij partijen anders bedingen, geen aanleiding geven tot andere sancties dan ontbinding en prijsvermindering. Tenzij partijen anders bedingen, sluit deze limitatieve lezing uitvoering in natura uit, bijvoorbeeld in de vorm van herstelling of vervanging.

Met het arrest van 21 november 1974, bevestigd op 23 maart 2017, lijkt het Hof van Cassatie deze limitatieve interpretatie te onderschrijven. Volgens het Hof van Cassatie kan de verkoper, als schuldenaar van de vrijwaringsverbintenis voor verborgen gebreken, immers geen uitvoering in natura van deze verbintenis aan zijn schuldeiser aanbieden. Onder het oud BW beschouwt het Hof van Cassatie uitvoering in natura naar gemeen recht nochtans als *"de normale wijze van gedwongen uitvoering"*[107]. Hierdoor maakt dit niet alleen een recht uit voor de schuldeiser, maar ook voor de schuldenaar, in die zin dat de schuldenaar de uitvoering in natura van zijn verbintenis aan zijn schuldeiser kan opdringen, tenzij dit onmogelijk is, rechtsmisbruik uitmaakt of voor de schuldeiser geen nut meer vertoont.[108] Hetzelfde geldt onder het nieuwe verbintenissenrecht (zie art. 5.84 en het in artikel 5.228 BW neergelegde zuiveringsrecht van de schuldenaar die in verzuim verkeert).[109] Anders dan onder het gemeen recht, oordeelt het Hof van Cassatie over de vrijwaringsverbintenis voor verborgen gebreken bij koop evenwel dat de rechter geen rekening moet houden met het aanbod tot uitvoering in natura van de schuldenaar. Uit het cassatiearrest van 23 maart 2017 blijkt dat de rechter dit aanbod simpelweg mag afwijzen, zelfs zonder na te gaan of het rechtsmisbruik uitmaakt of voor de schuldeiser nut

---

[105] *Arr.Cass.* 1975, 350 en *Pas.* 1975, 322.

[106] Richtinggevend in dit verband bleek F. Laurent, *Principes de droit civil*, XXIV, Brussel, Bruylant, 1887, nr. 291.

[107] Zie Cass. 14 april 1994, C.93.0161.F, *Arr.Cass*. 1994, 374 en *Pas*. 1994, 370, *Act.dr*. 1996, 23, noot P. Wéry en *JLMB* 1995, 1240, noot J. Jeunehomme; Cass. 13 maart 1998, *JLMB* 2000, 136; Cass. 30 januari 2003, C.00.0632.F, *Arr.Cass*. 2003, 270 en *Pas*. 2003, 227; Cass. 26 september 2003, *T.Vred*. 2006, 323, noot R. Marchetti; Cass. 4 mei 2020, S.19.0075.F, *JTT* 2020, 456, *Soc.Kron.* 2020, 325, noot en *TBBR* 2021, 107.

[108] De verantwoording van deze recht op uitvoering in natura voor de schuldenaar is gevonden in de bindende kracht van overeenkomsten, zie m.n. P. Wéry, "L'offre d'exécution en nature par le débiteur en matière d'obligations de facere" (noot onder Kh. Marche-en-Famenne 5 februari 2001), *RRD* 2001, (287) nr. 2; S. De Rey, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, nr. 215; Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 570; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 505; S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2022, nr. 243; S. De Rey en S. Stijns, "Sancties wegens wanprestatie: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2022, (2) nr. 14.

[109] Hierover bv. S. Stijns en S. De Rey, "Het nieuwe verbintenissenrecht in Boek 5 BW", *RW* 2022-2023, (963) 965, nr. 54; I. Claeys en T. Tanghe, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, nr. 875.

vertoont. De enige conclusie die daaruit kan volgen, is dat uitvoering in natura volgens het Hof van Cassatie bij verborgen gebreken blijkbaar niet tot het wettelijk sanctiearsenaal behoort.[110]

Toegegeven, het Hof van Cassatie oordeelde nog niet uitdrukkelijk dat de koper geen herstelling of vervanging van zijn verkoper kan eisen. Toch laten deze twee arresten over de vorderingsmogelijkheden van de verkoper geen andere interpretatie toe dan dat artikel 1644 oud BW een limitatieve lezing toekomt. In deze interpretatie zijn herstelling en vervanging uitgesloten, tenzij partijen het over de toepassing van deze sancties eens zijn of het contract daarin voorziet. Ook de feitenrechtspraak laat zich inmiddels door deze interpretatie leiden.[111]

23. *Kritische ontvangst in doctrine: mogelijkheid tot herstelling en vervanging* – In de rechtsleer is het cassatiearrest van 23 maart 2017 niet goed onthaald.[112]

Sinds enkele decennia heeft een strekking zich immers tegen de limitatieve interpretatie van artikel 1644 oud BW gekant, in die zin dat herstelling en vervanging van het gebrekkige goed mogelijk zou moeten zijn.[113] In het licht van deze doctrinaire tendens, was de bevestiging

---

[110] Komt tot dezelfde conclusie, zie S. Jansen, "De verkoper heeft nog steeds geen recht om herstel op te dringen bij verborgen gebreken" (noot onder Cass. 23 maart 2017), *TBH* 2017, (962) nr. 16; S. De Rey, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop: mag het wat meer zijn dan artikel 1644 BW?", *TBBR* 2018, (144) nr. 20. De kwalificatie van de vervanging of herstelling bij koop is evenwel niet steeds eenduidig. Soms wordt dit beschouwd als een uitvoering in natura, dan weer als herstel in natura. Herstel in natura (art. 5.86 BW) is niet te verwarren met uitvoering in natura (art. 5.84 BW). Uitvoering in natura beoogt de nakoming van de miskende contractuele verbintenis. Het verschaft de schuldeiser de beloofde prestatie. Herstel in natura daarentegen is geen vorm van nakoming, maar een vorm van schadeherstel. Anders dan uitvoering in natura neemt schadeherstel de niet-nakoming niet weg, maar herstelt het enkel de door de niet-nakoming veroorzaakte schade. In tegenstelling tot uitvoering in natura, heeft schadeherstel dus geen 'satisfactoir', maar slechts een 'compensatoir' karakter. Als vorm van schadeherstel verschaft herstel in natura de schuldeiser dus niet het voorwerp van de miskende verbintenis (zoals uitvoering in natura), maar wel een andere, equivalente prestatie, ter compensatie van de schade die de schuldeiser door de miskenning van deze verbintenis lijdt. Over de kwalificatie van herstelling en vervanging bij koop als *ofwel* uitvoering in natura, *ofwel* herstel in natura, zie S. De Rey, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 370-374. Over het onderscheid tussen uitvoering in natura en herstel in natura, zie S. De Rey, "Herstel in natura van contractuele en buitencontractuele schade: onbekend, onbemind?", *RW* 2019-20, (163) nrs. 9 e.v.; S. De Rey, "'t Is gebeurd: Herstel in natura van contractuele schade erkend door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 3 oktober 2019), *TBBR* 2020, (85) nr. 6; S. De Rey, "Herstel in natura van contractuele schade? De vormen en de omvang van de vergoedingsplicht wegens wanprestatie" (noot onder Cass. 3 oktober 2019), *RW* 2020-21, (136) nrs. 5-6; S. De Rey, "La réparation en nature dans leux ordres de la responsabilité civile" in P. Wéry (ed.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle,* C.U.P., vol. 198, Luik, Anthémis, 2020, (129) nr. 9.

[111] Bv. Kh. Gent (afd. Kortrijk) 5 december 2017, AR A/16/03138, niet-gepubliceerd; Bergen 26 september 2006, *JT* 2006, 812, noot; Kh. Tongeren 10 juni 2008, *NjW* 2008, 890, noot M. Dambre (impliciet); Kh. Gent (afd. Veurne) (6de k.) 1 maart 2017, *DAOR* 2017, (57) 59 (impliciet).

[112] O.m. S. De Rey, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop: mag het wat meer zijn dan artikel 1644 BW?", *TBBR* 2018, 144 e.v.; S. Jansen, "De verkoper heeft nog steeds geen recht om herstel op te dringen bij verborgen gebreken" (noot onder Cass. 23 maart 2017), *TBH* 2017, (962) 962 e.v.; B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 319; P. Wéry, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 600; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 410.

[113] Zie o.m. P. Van Ommeslaghe, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations", *RCJB* 1988, (33) nr. 88; P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires,* Brussel, Kluwer, 1993, nr. 152; V. Pirson, "Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente", *TBBR* 2001, (416) 432; F. Glansdorff, "Garantie des vices cachés: quid de la réparation et du remplacement?" in *Liber Amicorum Lucien Simont,* Brussel, Bruylant, 2002, (417) nrs. 6-7; P. Wéry, "Réflexions comparatives sur la réparation et le remplacement de la chose affectée d'un défaut de conformité ou d'un vice caché" in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine,* Brussel, Larcier, 2003, (569) nr. 22; Y. Saygin, *Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente* in *Cahier de la Faculté de droit de Namur,* Namen, FUDP, 2004, 11-14 en 18; M. Vanwijk-

van het cassatiearrest van 21 november 1974 op 23 maart 2017 enigszins verrassend. Sommige minderheidsrechtspraak, weliswaar daterend van vóór het cassatiearrest van 23 maart 2017, had zich al door deze doctrinaire tendens laten overtuigen om herstelling of vervanging toe te kennen in het geval van verborgen gebreken. Illustratief voor de onroerende koop is de zaak waarin het hof van beroep te Brussel moest oordelen over de aankoop van een perceel waarbij een blanco bodemattest was afgeleverd. Na de aankoop stelden de kopers echter de aanwezigheid vast van allerlei afval in de grond. Het hof oordeelde dat de stad als meer dan 30-jarige eigenaar op de hoogte moest zijn van het gebruik van het perceel als stortplaats. Daarom veroordeelde het hof de stad op basis van de vrijwaringsverbintenis voor verborgen gebreken tot 'het uitvoeren van de nodige saneringswerken, zijnde herstel in natura van de schade'[114].

Op vandaag heeft de rechtsleer vijf overtuigende argumenten naar voren geschoven tegen de limitatieve lezing van artikel 1644 oud BW. Vooreerst is de onmogelijkheid tot herstelling en vervanging van zaken behept met verborgen gebreken, vergeleken met de mogelijkheid tot herstelling en vervanging bij niet-conforme levering (art. 1604 e.v. oud BW), de consumentenkoop (art. 1649*quinquies*, § 2 en art. 1701/11, § 1 oud BW) en het Weens Koopverdrag (art. 46, leden 2-3), in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, op zijn grondwettelijkheid bevraagd.[115] Ten tweede is de limitatieve lezing van artikel 1644 oud BW incoherent ten aanzien van andere bepalingen over de sancties binnen het gemeen kooprecht. Zo kan de verkoper bij niet-betaling van de koopprijs volgens artikel 1654 oud BW alleen 'de ontbinding van de koop vorderen', maar op basis van het gemeen recht is aanvaard dat hij in plaats daarvan ook de betaling van de koopprijs kan eisen.[116] Ook de ontbinding 'van rechtswege' uit artikel 1657 oud BW voor het geval de koper zijn afhaal- of inontvangstnemingsverbintenis miskent, is op basis van het gemeen recht aangevuld met een aanspraak op uitvoering in natura.[117] Het is onduidelijk waarom artikel 1644 oud BW niet op basis van het gemeen recht zou kunnen worden aangevuld. Het derde argument is rechtshistorisch van aard. De *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris*, zoals vandaag gekend in artikel 1644 oud BW, stammen eigenlijk af van een romeins edict dat oorspronkelijk louter van toepassing was op slaven en trekdieren, die zich inderdaad moeilijk tot 'herstelling' of 'vervanging' lenen. In de loop van de geschiedenis werd het toepassingsgebied van deze acties uitgebreid tot de verkoop van alle goederen, waardoor ze inherent deel geworden zijn van ons koopcontract, maar vandaag is hun verantwoording

---

Alexandre en M. Gustin, "L'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés: le droit commun" in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, la Charte, 2005, 44; E. Degrave, "La réparation et le remplacement d'une chose vendue non conforme", *Ann.dr.Louvain* 2005, (129) 136-138; J. Dewez, "Le régime des vices cachés dans les contrats de vente, de bail et d'entreprise", *TBBR* 2008, (47) nr. 85; S. Stijns, B. Tilleman, W. Goossens, B. Kohl, E. Swaenepoel en K. Willems, "Overzicht van rechtspraak bijzondere overeenkomsten: koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, (1411) nr. 155; B. Tilleman, *Gevolgen van de koop* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 431; P. Brulez, *Koop en aanneming : faux amis ?*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 582; S. De Rey, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, nr. 410. Houden evenwel vast aan de traditionele lezing van art. 1644 oud BW als de enige juiste, zie L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, (725) nr. 71.

[114] Brussel 1 april 2009, *MER* 2010, 79, noot P. Van Assche, *TBBR* 2012, 114, *Vastgoed info* 2012 (10), 3-4, weergave D. Dhaenens en *T.Not.* 2010, 191.

[115] Zie S. De Rey, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop: mag het wat meer zijn dan artikel 1644 BW?", *TBBR* 2018, (144) 148-149 nr. 10 en alle verwijzingen aldaar.

[116] Bv. B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 1209.

[117] Ofschoon volgens die bepaling *"de ontbinding van de koop plaats (heeft) van rechtswege en zonder aanmaning"*, is aanvaard dat de verkoper in plaats daarvan op basis van het gemeen recht ook uitvoering in natura kan nastreven, zie bv. J. Limpens, *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, nrs. 437, 1850 en 2017-2018; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 400.

achterhaald.[118] Ten vierde staat de limitatieve lezing van artikel 1644 oud BW vanuit rechtsvergelijkend perspectief geïsoleerd. In tegenstelling tot de traditionele Belgische interpretatie, begrijpt het Franse Hof van Cassatie de in artikel 1644 C.civ. opgesomde sancties niet limitatief, maar exemplatief.[119] Ook andere rechtssystemen voorzien in herstelling en vervanging (bv. art. 7:21, al. 1 Nederlands BW en § 439, Abs. 1 BGB). Het vijfde argument bepleit de herstelling en vervanging vanuit duurzaamheidsoverwegingen en economisch nut, waaraan deze sancties beter zouden kunnen beantwoorden dan prijsvermindering en ontbinding.[120]

In de rechtsleer is de consensus groot, maar na het cassatiearrest van 23 mei 2017 is het eerder onwaarschijnlijk dat de rechtspraak in een andere richting gaat. De hervorming van het Burgerlijk Wetboek biedt in dit verband meer perspectief. Op een parlementaire vraag die de lezing van artikel 1644 oud BW door het Hof van Cassatie aan de kaak had gesteld, antwoordde de minister van Justitie immers dat een Commissie tot hervorming van het bijzondere contractenrecht is opgericht, die zich tijdens haar inmiddels aangevatte werkzaamheden eveneens over het voornoemde artikel 1644 zal moeten buigen.[121]

B. Omvang van de schadevergoeding

1° Principe: onderscheid naargelang goede of kwade trouw van verkoper

24. *Volledige schadevergoeding enkel bij kwade trouw verkoper* – Op basis van de artikelen 1645-1646, heeft het Burgerlijk Wetboek van 1804 de omvang van de schadevergoeding bij verborgen gebreken afhankelijk gesteld van de goede of de kwade trouw van de verkoper. Al sinds lang geven deze netelige bepalingen aanleiding tot discussie.[122]

---

[118] Voor een overzicht, zie S. Jansen, *Prijsvermindering: remedie tot bijsturing van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 30 e.v.

[119] Principiepsarrest: Cass.fr. civ. 11 april 1933, *DH* 1933, 331. Zie verder bv. J.-S. Borghetti, "La correction du vice de la chose vendue aux frais du vendeur", *RDC* 2013, 101.

[120] Dit pleidooi situeert zich vooral in het consumentenrecht (bv. S. Jansen, "Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: EU vs. VS", *TPR* 2017, (181) nr. 12; E. Terryn, "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law" in B. Keirsbilck en E. Terryn (eds.), *Consumer protection in a circular economy*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 127-158; E. Van Gool en A. Michel, "The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis", *EuCML* 2021, vol. 10, 136-148), maar geldt vanzelfsprekend ook naar gemeen recht (bv. S. De Rey, "Herstel in natura van contractuele schade? De vormen en de omvang van de vergoedingsplicht wegens wanprestatie", *RW* 2020-21, (137) nr. 10). Ook in de vastgoedsector bestaat een toenemende aandacht voor duurzaamheidsoverwegingen, zie hierover bv. B. Verheye, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, 107-196.

[121] *Vr. en Antw.* Kamer 2021-22, 5 april 2022, nr. 55/082, vr. nr. 1057 (A. Van Bossuyt).

[122] In de laatste jaren hebben zij de doctrine dan ook tot uitvoerige bijdragen bewogen, zie bv. I. Claeys en K. Van Strydonck, "Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro" in *Bijzondere overeenkomsten. XXXIV Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2007-08*, Mechelen, Kluwer, 2008, 307 e.v.; B. Stroobants, "De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor de professionele verkoper van onroerende goederen", *Notariaat* 2009, 1-6; C. Jassogne, "La mauvaise foi du professionnel", *TBBR* 2011, 106 e.v.; M. Kruithof, "Aansprakelijkheid van verkopers voor schade veroorzaakt door verborgen gebreken: tijd voor een "decontaminatie" van artikel 1645 BW" in N. Carette en B. Weyts (eds.), *Liber Amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 385 e.v.; S. De Rey en B. Tilleman, "Het 'vermoeden van kwade trouw' bij verborgen gebreken: welke verkoper past het schoentje?", *TBBR* 2018, 131; J. Van Zuylen, "Un vendeur 'professionel' peut-il s'exonérer de la garantie des vices cachés ?", *Notamus* 2018, afl. 2, 38 e.v.; M. Lansmans, "La garantie des vices cachés et la présomption de connaissance du vendeur spécialisé dans la vente B2B", *TBH* 2020, 496 e.v.; L. Henrotte, "Obligation de résultat à charge du vendeur spécialisé, mais pas du vendeur professionnel", *For.immo* 2021, afl. 39, 4; J. Van Zuylen, "L'ignorance invincible dans la vente de droit commun, une cause d'exonération aux accents de force majeure" in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum P.A. Foriers*, Brussel, Larcier, 2021, 758 e.v.; O. Janssens, "La garantie des vices cachés: du vendeur professionnel au vendeur spécialisé" (noot onder Cass. 15 januari 2021), *TBBR* 2022, 97 e.v.

Heeft de verkoper het verborgen gebrek niet gekend, dan is hij volgens artikel 1646 oud BW slechts gehouden *"tot vergoeding aan de koper van de door de koop veroorzaakte kosten"*. In het kader van de onroerende koop, omvatten deze kosten onder meer de kosten van de akte, registratie, overschrijving, betaling en onderhandeling.[123] Is de verkoper daarentegen te kwader trouw, verplicht artikel 1645 oud BW hem *"tot vergoeding van alle schade"*. Dit gaat veel verder en omvat onder meer de vergoeding van de gederfde winst, financieringskosten, kosten voor saneringsonderzoeken bij een verontreinigde grond[124] of kosten gemaakt voor een levensverzekering bij de aankoop van een onroerend goed[125]. Het omvat ook vergoeding voor gebruiks- en genotsderving. Zo kon een koper van een woning die een andere woning moest huren wegens gezondheidsproblemen ontstaan door vocht, op basis van de kwade trouw van de verkoper bij wijze van schadevergoeding aanspraak maken op een vergoeding voor genotsderving die verband hield met de huur van deze tijdelijke woning.[126]

25. *Eigen fout koper sluit vergoedingsplicht verkoper niet uit* (Cass. 7 juni 2019) – De schadevergoeding wegens verborgen gebreken heeft geen forfaitair karakter. De verkoper is slechts tot schadevergoeding gehouden ten belope van de schade, niets minder, maar ook niets meer. Hij moet derhalve slechts instaan voor de schade die door het verborgen gebrek wordt veroorzaakt. Dit vereist met andere woorden een causaal verband tussen het verborgen gebrek en de schade. Uit de enkele omstandigheid dat een fout nadien gevolgd wordt door de fout van een andere partij, volgt niet dat er geen causaal verband bestaat tussen de eerste fout en de schade. Een arrest van het Hof van Cassatie gewezen op 7 juni 2019 past dit toe op de schadevergoeding verschuldigd wegens verborgen gebreken.[127]

In casu had de verkoper kettingen geleverd die ongeschikt bleken voor het door de koper beoogde gebruik, wat een verborgen gebrek opleverde. Het hof van beroep was van oordeel dat de koper een fout had begaan door de kettingen blijvend te gebruiken in plaats van deze meteen te vervangen door geschikte kettingen. Op die grond oordeelde het hof van beroep dat de schade waarvoor de koper vergoeding vorderde, alleen veroorzaakt werd door diens eigen tekortkoming, reden waarom de vordering tot schadevergoeding werd afgewezen. Met succes tekende de koper tegen deze beslissing cassatieberoep aan:

> *"Eenieder die een fout heeft begaan, is aansprakelijk voor de veroorzaakte schade, ook al is de schade mede veroorzaakt door de fout van een derde.*
> *Het oorzakelijk verband tussen een fout en de geleden schade kan slechts worden uitgesloten als de rechter vaststelt dat de schade zoals ze zich in concreto voordeed, op dezelfde wijze zou zijn ontstaan zonder die fout.*
> *Hoewel de rechter op onaantastbare wijze de feiten vaststelt waaruit hij al dan niet het bestaan afleidt van het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade, toetst het Hof of hij, uit die vaststellingen, die beslissing naar recht heeft kunnen afleiden.*
> *Uit de enkele omstandigheid dat een fout nadien gevolgd wordt door de fout van een andere partij, kan niet worden afgeleid dat er geen causaal verband bestaat tussen de eerste fout en de schade."*

De appelrechters die oordelen dat de schade, waarvoor de koper vergoeding vorderde, alleen veroorzaakt werd door zijn eigen tekortkoming, zonder vast te stellen dat de schade zoals die

---

[123] B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nrs. 425 e.v.
[124] Gent 17 mei 2016, *TOO* 2017, 418 (weergave).
[125] Rb. Dinant (4de k.) 3 september 2009, *RNB* 2010, 370.
[126] Luik (3e k.) 11 februari 2013, *JLMB* 2013, 2093.
[127] Cass. 7 juni 2019, C.18.0473.N, *RGAR* 2020, nr. 15.654 en *TBH* 2019, 828.

zich *in concreto* heeft voorgedaan, zich op dezelfde wijze zou hebben voorgedaan indien de verkoper geen gebrekkige kettingen zou hebben geleverd, verantwoorden volgens het Hof van Cassatie hun beslissing niet naar recht. Een eigen fout van de koper sluit de vergoedingsplicht van verkoper wegens verborgen gebreken dus niet uit.[128]

2° Bewijs van kwade trouw

26. *Bewijs door uitgevoerde camouflagewerken of langdurige eigendomstitel* – Vordert de koper op grond van artikel 1645 oud BW vergoeding van 'alle schade', dan moet hij de kwade trouw van de verkoper bewijzen. Goede trouw wordt immers vermoed (zie art. 1.9, eerste lid BW; art. 2268 oud BW). Op verschillende manieren kan hij in dit bewijs slagen.

Vooreerst kan de koper aantonen dat de verkoper *herstellings- of camouflagewerken* heeft uitgevoerd om het verborgen gebrek te maskeren, zodat hij moeilijk kan ontkennen het verborgen gebrek niet te hebben gekend.[129] In het geval van onroerende koop past de rechtspraak dit regelmatig toe. Zo bleek dat een verkoper kort vóór de koop herstellingswerken had uitgevoerd om aan vochtproblemen te verhelpen, zodat hij achteraf niet kon volhouden dat hij dit verborgen gebrek niet kende.[130] Voor een andere verkoper bleek uit herstellingen uitgevoerd aan de vensterbanken en de bijzondere aanleg van het terras, dat hij niet onwetend kon zijn geweest over de stabiliteitsproblemen die naderhand een verzakking veroorzaakten.[131] Een andere zaak betrof de draagstructuur van een veranda die behept was met belangrijke bouwfysische gebreken. De deskundige had sporen vastgesteld van recente plaatselijke ingrepen op het dak, waaruit bleek dat de verkoper zich bewust moet zijn geweest van de gebrekkige dakconstructie. Bovendien waren de daklichtopeningen recent dichtgetimmerd door witgeschilderde platen. Tevens voerde de verkoper buitenschilderwerken uit net voor de verkoop, te zien aan de verse witte kleur. De gevelstenen werden overschilderd; kleine barsten werden zonder meer dicht geschilderd. In zoverre de verkoper de toestand en de gebreken kende, deze heeft verzwegen voor de kopers en bovendien de gebreken heeft verdoezeld door het geheel van de woning op te smukken, bleek hij te kwader trouw.[132]

Daarnaast wordt de kwade trouw van de verkoper soms afgeleid uit zijn *langdurige eigendomstitel* en het overeenstemmende gebruik dat hij van het goed heeft gehad. Daaruit kan onder omstandigheden blijken dat de verkoper moeilijk kan ontkennen dat hij het bestaan van de gebreken niet heeft gekend.[133] Illustratief zijn die gevallen waarin duidelijk is dat de verkoper werken heeft uitgevoerd aan het onroerend goed zonder daarvoor een vergunning te bekomen, zodat hij naderhand niet kan volhouden onwetend te zijn geweest over dit verborgen gebrek.[134] In een andere zaak werd geoordeeld dat een gemeentebestuur dat al 30 jaar eigenaar was van een stuk bouwgrond op de hoogte moest zijn geweest van het feit dat het perceel in het verleden gebruikt werd als stortplaats.[135] In nog een andere zaak over de verkoop van een woning, maakte een lek in de riolering van het toilet het afvoersysteem ongeschikt voor het gebruik waartoe het was bestemd. Vermits de verkopers het huis bewoonden, moesten zij hiervan kennis

---

[128] Over dit arrest eveneens B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 333; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 430.

[129] Luik 11 februari 2013, *JLMB* 2013, 2093. In dezelfde zin: Rb. Luik 27 januari 2011, *JLMB* 2011, 960.

[130] Luik (3e k.) 11 februari 2013, *JLMB* 2013, 2093.

[131] Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) 8 november 2022, *RW* 2022-23, 1275.

[132] Brussel 4 november 2014, *Res Jur.Imm.* 2015, 337.

[133] Zie bv. P. Van Assche, "De langdurige eigendomstitel als bewijs van kwade trouw voor het verborgen gebrek bodemverontreiniging bij eigendomsoverdracht" (noot onder Brussel 1 april 2009), *MER* 2010, 82-86.

[134] Luik (3e k. B) 16 januari 2017, *JLMB* 2019, 1067, noot F. Onclin.

[135] Brussel 1 april 2008, *MER* 2010, 79, noot P. Van Assche.

hebben gehad, aangezien bij het gebruik van het toilet water lekte door de barsten en scheuren in de afvoerleiding en aldus plassen ontstonden in de wasruimte en in de inkomhal van de woning. Hierdoor maakten de kopers aanspraak op de volledige schadevergoeding uit artikel 1645 oud BW.[136]

3° Vermoeden van kwade trouw: de gespecialiseerde verkoper

27. '*Vermoeden' van kwade trouw voor fabrikant en gespecialiseerde verkoper* (Cass. 7 april 2017) – Buiten de hypothese waarin de koper kan bewijzen dat de verkoper vóór de koop al aan het verborgen gebrek probeerde te remediëren of er dermate gebruik van heeft gemaakt dat hij niet onwetend kon zijn over het gebrek, is het bewijs van kennis van de verkoper over het verborgen gebrek geen evidentie. Vaak is de informatie en/of het bewijs waarover de koper beschikt onvoldoende om de rechter daarvan te overtuigen. Inmiddels voorziet Boek 8 'Bewijs' BW in een aantal mechanismen die de koper te hulp kunnen komen, maar al sinds lang daarvoor is de rechtspraak aan die bewijsnood van de koper tegemoet gekomen. Op basis van de gewoonterechtelijke regel *spondet peritiam artis* ('hij moet instaan voor zijn vakmanschap') die al dateert van vóór de *Code Napoléon*[137], heeft de rechtspraak de bewijslast van de koper immers afgezwakt. Een bepaalde categorie van verkopers wordt namelijk geacht de gebreken sowieso te hebben gekend, ook al is dat feitelijk niet het geval. De rechtspraak heeft dit 'vermoeden' geconstrueerd door een jurisprudentiële verbintenis in het leven te roepen die deze verkopers verplicht tot opsporing en vaststelling van het verborgen gebrek.[138] Concreet houdt dit in dat deze verkopers het goed vóór de levering aan een nauwkeurig onderzoek moeten onderwerpen, eventuele verborgen gebreken moeten vaststellen en die desgevallend vóór de koop aan de koper moeten kenbaar maken, zodat aan het gebrek geen verborgen karakter meer kleeft. In de laatste jaren heeft het Hof van Cassatie het bestaan van deze jurisprudentiële verbintenis meermaals bevestigd en de invulling ervan in verschillende arresten gepreciseerd en verfijnd. Daarin tekent zich duidelijk een evolutie af, die voor het toepassingsgebied van deze jurisprudentiële verbintenis het criterium van de *professionele* verkoper inruilt voor dat van de *gespecialiseerde* verkoper.[139]

Met een arrest van 7 april 2017[140] luidt het Hof van Cassatie deze reeks van cassatiearresten in. *In casu* bleek de verkochte tweedehands straatveegmachine niet te beschikken over

---

[136] Rb. Brussel 20 juli 2009, *TVVV* 2010, 36.

[137] Zie al R.-J. Pothier, *Traité du Contrat de Vente*, Parijs en Orléans, 1773, nrs. 213-214.

[138] Eigenlijk gaat het dus niet om een vermoeden van kennis van het gebrek, maar om een vermoede niet-nakoming van de verbintenis tot opsporing en vaststelling van het gebrek, zie hierover M. Kruithof, "Aansprakelijkheid van verkopers voor schade veroorzaakt door verborgen gebreken: tijd voor een "decontaminatie" van artikel 1645 BW" in N. Carette en B. Weyts (eds.), *Liber Amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (385) 390 e.v. die aantoont dat dit niet aan artikel 1645 oud BW had moeten worden vastgeknoopt of aan een 'vermoeden van kennis', maar de rechtsleer en de rechtspraak op dit punt blijk hebben gegeven van contaminatie.

[139] Hierover o.m. S. De Rey en B. Tilleman, "Het 'vermoeden van kwade trouw' bij verborgen gebreken: welke verkoper past het schoentje?", *TBBR* 2018, 131 e.v.; J. Van Zuylen, "Un vendeur 'professionel' peut-il s'exonérer de la garantie des vices cachés ?", *Notamus* 2018, afl. 2, 38 e.v.; M. Lansmans, "La garantie des vices cachés et la présomption de connaissance du vendeur spécialisé dans la vente B2B", *TBH* 2020, 496 e.v.; B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspaak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nrs. 336 e.v.; L. Henrotte, "Obligation de résultat à charge du vendeur spécialisé, mais pas du vendeur professionnel", *For.immo* 2021, afl. 39, 4; J. Van Zuylen, "L'ignorance invincible dans la vente de droit commun, une cause d'exonération aux accents de force majeure" in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum P.A. Foriers*, Brussel, Larcier, 2021, 758 e.v.; O. Janssens, "La garantie des vices cachés: du vendeur professionnel au vendeur spécialisé" (noot onder Cass. 15 januari 2021), *TBBR* 2022, 97 e.v.

[140] C.16.0311.N, *DAOR* 2017, 54, *RW* 2018-19, 347, noot, *TBBR* 2018, 168, noot S. De Rey en B. Tilleman, *TBH* 2018, 98 en *TBO* 2018, 412.

een claxon en ruitersproeier reservoir. De straatveegmachine was evenmin in staat om te remmen en door een veelvoud aan andere mankementen ongeschikt om ermee te vegen. Dit maakte een verborgen gebrek uit. Naast de ontbinding uit artikel 1644 oud BW, vorderde de koper aanvullende schadevergoeding op grond van de artikelen 1645-1646 oud BW. De appelrechters oordeelden dat de verkoper, een verdeler van vrachtwagens, als professionele verkoper moest worden vermoed om de verborgen gebreken te hebben gekend, zodat de koper aanspraak maakte op vergoeding van 'alle schade'. De verkoper was het daar niet mee eens en tekende cassatieberoep aan. Met volgende kordate overwegingen vernietigde het Hof van Cassatie de bestreden beslissing:

> *"De verkoper, wanneer hij een fabrikant of een gespecialiseerde verkoper is, is verplicht de zaak zonder gebrek te leveren en moet daartoe alle maatregelen nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen, zodat hij, indien het bestaan van een gebrek wordt aangetoond, de door de koper geleden schade moet vergoeden, tenzij hij bewijst dat het gebrek onmogelijk kon worden opgespoord.*
> *Deze resultaatsverbintenis rust niet op elke professionele verkoper, maar enkel op de fabrikant en op de gespecialiseerde verkoper.*
> *De rechter oordeelt in feite of een verkoper als een gespecialiseerde verkoper kan worden beschouwd en hanteert daarbij als onderscheidingscriterium de specialisatiegraad en de technische competenties van de verkoper in kwestie. (…)*
> *Door aldus de resultaatsverbintenis om de zaak zonder gebrek te leveren en om alle maatregelen te nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen, van toepassing te achten op elke professionele verkoper, verantwoorden de appelrechters hun beslissing niet naar recht."*

Het Hof van Cassatie geeft hier veel informatie in weinig woorden. Vooreerst is duidelijk dat dit arrest het bestaan van de verbintenis tot opsporing en vaststelling van het verborgen gebrek, jurisprudentieel opgelegd aan welbepaalde verkopers, onderschrijft. Bovendien bevestigt het Hof van Cassatie hier voor het eerst dat deze verbintenis een resultaatsverbintenis uitmaakt.[141] Deze kwalificatie keert de bewijslast om en plaatst de koper in een comfortabelere procespositie. Hierdoor moet de koper immers enkel bewijzen dat het beloofde resultaat niet voorligt, of anders uitgedrukt, dat een verborgen gebrek bestaat. Uit dat bewijs volgt meteen het vermoeden dat de verkoper zijn verbintenis tot opsporing en vaststelling van het verborgen gebrek heeft miskend (art. 5.72, tweede lid BW). Tenzij de verkoper slaagt in bewijs van het tegendeel, heeft de koper dan recht op de volledige schadevergoeding uit artikel 1645 oud BW.

Daarnaast komt in dit arrest een verschuiving tot uitdrukking in het personele toepassingsgebied van deze jurisprudentiële opsporings- en vaststellingsverbintenis. Tot de jaren '70 legde het Hof van Cassatie deze verbintenis immers enkel op aan de fabrikant en aan de handelaar die een product van zijn nijverheid of een voorwerp van zijn handel verkocht.[142] Algemeen werd daaruit afgeleid dat de jurisprudentiële resultaatsverbintenis op de verkoper-fabrikant en op de *professionele* verkoper rustte. Met een arrest van 6 mei 1977 is het Hof van

[141] In de feitenrechtspraak kwam dit al duidelijk tot uitdrukking, zie bv. Gent 2 mei 2014, *TBO* 2014, 217; Kh. Bergen 23 mei 2000, *TBBR* 2000, 118; Kh. Dendermonde 1 maart 2012, *RABG* 2013, 648. Zie bv. ook al B. Dubuisson, "Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionel", *Ann.dr.Louvain* 1988, (177) 196-197; P.A. Foriers, "Conformité et garantie dans la vente" in B. Tilleman en P.A. Foriers (eds.), *De koop/La vente*, Brugge, die Keure, 2002, (17) 43-44; I. Claeys en K. Van Strydonck, "Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro" in *Bijzondere overeenkomsten. XXXIV Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2007-08*, Mechelen, Kluwer, 2008, (307) nr. 7.

[142] Cass. 4 mei 1939, *Pas.* 1939, 223; Cass. 13 november 1959, *Arr.Cass.* 1960, 225.

Cassatie echter van dit criterium afgeweken.[143] Sinds dit arrest bleken niet langer de fabrikant en de professionele verkoper, maar de fabrikant en de *gespecialiseerde* verkoper het criterium uit te maken. Daarmee kwam het Hof van Cassatie tegemoet aan de kritiek op de assimilatie tussen de fabrikant-verkoper en de professionele verkoper. De professionele verkoper (als loutere tussenpersoon) heeft namelijk niet noodzakelijk dezelfde technische bekwaamheid als een fabrikant. Daarom zou het criterium van de gespecialiseerde verkoper beter aansluiten bij de realiteit en de rechtmatige verwachtingen van de koper. In de feitenrechtspraak en de rechtsleer is deze verschuiving in de cassatierechtspraak evenwel niet altijd goed doorgedrongen. Zelfs in de rechtspraak van de 21e eeuw wordt nog relatief vaak voorbijgegaan aan de sinds 1977 gewijzigde cassatierechtspraak.[144] Het cassatiearrest van 7 april 2017 is thans heel duidelijk: alleen de verkoper-fabrikant en de gespecialiseerde verkoper zijn aan de jurisprudentiële verbintenis tot opsporing en vaststelling van het verborgen gebrek onderworpen, zodat alleen zij worden 'vermoed' het verborgen gebrek te hebben gekend.[145] De verschuiving van de professionele verkoper naar de gespecialiseerde verkoper heeft wel degelijk praktische impact. Niet elke professionele verkoper is ook een gespecialiseerde verkoper (bv. distributeurs); niet elke gespecialiseerde verkoper is een professionele verkoper (bv. occasionele, particuliere verkopers). Zo is een projectontwikkelaar die sleutel-op-de-deurwoningen verkoopt een professionele verkoper van die woningen, maar niet noodzakelijk een gespecialiseerde verkoper van de gebruikte bouwmaterialen.[146] De verkoper van beton die in zijn eigen betoncentrales beton produceert, is een fabrikant en een gespecialiseerde verkoper.[147]

Nieuw in het cassatiearrest van 7 april 2017, is de verduidelijking van het criterium dat de rechter moet hanteren om te bepalen of de verkoper gespecialiseerd is. Volgens het cassatiearrest speelt voor de gespecialiseerde verkoper het criterium van *"de specialisatiegraad en de technische competenties van de verkoper in kwestie"*.[148] De gespecialiseerde verkoper staat in die opvatting tegenover de leek, niet-deskundige of niet-vakman.[149] Het gaat om een verkoper die zich op een bepaald onderdeel van enig gebied van kennis, bedrijf of techniek heeft toegelegd, of die een onderdeel ervan geheel beheerst, onafhankelijk van de vraag of hij dit beroepsmatig doet.[150] Voor de beoordeling van de specialisatiegraad van een rechtspersoon is in principe het voorwerp van de vennootschap doorslaggevend. Zo kon een vennootschap met een

---

[143] *Pas.* 1977, 907, noot, *RCJB* 1979, 162, noot M. Fallon, *RW* 1977-78, 657, noot.

[144] Bv. Antwerpen 4 juni 2007, *Eur.Vervoerr.* 2008, 188; Luik 23 april 2013, *DCCR* 2014, 50, noot L. Jacqmin (maar voegt daar wel aan toe dat het Hof van Cassatie de noties gespecialiseerde verkoper en verkoper-fabrikant hanteert); Brussel (5e k.) 11 september 2015, *A&M* 2015, 391; Antwerpen (7e k.) 3 april 2017, *TBO* 2017, 381; Gent (13e k.) 2 mei 2017, *DAOR* 2017, 98; Rb. Luik 2 oktober 2009, *RGAR* 2010, nr. 14.623; Kh. Dendermonde 1 maart 2012, *RABG* 2013, 648; Kh. Gent (afd. Veurne) (6e k.) 1 maart 2017, *DAOR* 2017, 57. Voor oudere rechtspraak, zie bv. ook L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, (725) nr. 68 (die eveneens refereren aan de notie 'vendeur professionnel').

[145] Omgekeerd bestaat geen 'vermoeden' dat de gespecialiseerde *koper* wordt vermoed de verborgen gebreken te hebben gekend. De hoedanigheid en specialisatiegraad van de koper zijn wel een omstandigheid die de rechter kan meenemen in de beoordeling van het 'verborgen' karakter van het gebrek, zie *supra* nr. 12.

[146] Gent (9e k.) 18 juni 1999, *RW* 2002-03, 1060.

[147] Rb. Antwerpen (afd. Antwerpen, AB 12e k.) 1 april 2021, *RW* 2021-22, 1678.

[148] Het Hof van Cassatie herneemt daarmee het criterium dat Th. Vansweevelt introduceerde in zijn belangwekkende noot, zie "Het begrip "gespecialiseerde verkoper" en de beoordeling in abstracto van de onoverkomelijke onwetendheid bij de fabrikant en de gespecialiseerde verkoper" (noot onder Cass. 7 december 1990), RW 1992-93, 432-434.

[149] Ook in de feitenrechtspraak wordt dit criterium thans toegepast, zie bv. Antwerpen (B7E 3e k.) 24 januari 2022, *Limb.Rechtsl.* 2022, 271.

[150] Daarover S. De Rey en B. Tilleman, "Het 'vermoeden van kwade trouw' bij verborgen gebreken: welke verkoper past het schoentje?", *TBBR* 2018, (131) 136 e.v.; J. Van Zuylen, "L'ignorance invincible dans la vente de droit commun, une cause d'exonération aux accents de force majeure" in *Entre tradition et pragmatisme.*

voorwerp dat niet in hoofdzaak bestond in de verkoop- en aankoop van onroerende goederen niet als gespecialiseerde verkoper worden gekwalificeerd, nu deze rechtspersoon in een tijdsbestek van tien jaar slechts twee onroerende goederen had aangekocht of verkocht.[151]

28. *Gespecialiseerde verkoper, ongeacht of deze professionele verkoper is* (Cass. 15 januari 2021) – Sinds het arrest van 7 april 2017 heeft het Hof van Cassatie het criterium van de gespecialiseerde verkoper meermaals bevestigd.[152] In een arrest gewezen op 15 januari 2021[153], dat het criterium van de gespecialiseerde verkoper verduidelijkt, bevestigt het Hof van Cassatie dat het 'vermoeden' van kwade trouw voor de gespecialiseerde verkoper ook geldt bij de verkoop van onroerende goederen.

In casu hadden enkele eigenaars van een aantal recreatiewoningen een procedure ingesteld tegen de verkoper wegens verschillende verborgen gebreken. Het hof van beroep oordeelde op basis van de voorgelegde documenten en de website van de verkoper dat deze is opgetreden als projectontwikkelaar van het recreatieproject en zich daarbij niet heeft beperkt tot het uitbaten van een vakantiepark, maar ten aanzien van de kopers is opgetreden als een professionele verkoper. Naar het oordeel van het hof van beroep werd de projectontwikkelaar, als professionele verkoper, geacht de verborgen gebreken te hebben gekend, zodat de kopers aanspraak maakten op vergoeding van 'alle schade'.

Met succes tekende de verkoper hiertegen cassatieberoep aan. Het Hof van Cassatie herneemt zijn overwegingen uit het arrest van 7 april 2017 (*supra* nr. 27), maar verduidelijkt daarin dat het beroepsmatig karakter van de activiteiten niet doorslaggevend is. Na te hebben bevestigd dat de resultaatsverbintenis tot opsporing en vaststelling van het verborgen gebrek niet op elke professionele verkoper rust, maar enkel op de fabrikant en op de gespecialiseerde verkoper, voegt het Hof van Cassatie daar nu fijntjes aan toe: *"ongeacht of deze laatste een professionele verkoper is".* Door aldus te oordelen, zonder na te gaan of en vast te stellen dat de projectontwikkelaar beschouwd kon worden als een gespecialiseerde verkoper, verantwoordden de appelrechters hun beslissing niet naar recht.

29. *Weerlegging 'vermoeden': onmogelijkheid tot opsporing gebrek* – Het in de rechtspraak geconstrueerde 'vermoeden' van kwade trouw voor de fabrikant en de gespecialiseerde verkoper is niet onweerlegbaar. Wil de fabrikant of de gespecialiseerde verkoper de toepassing van artikel 1645 oud BW vermijden, dan moet hij het 'vermoeden' van kwade trouw weerleggen door aan te tonen dat de niet-nakoming van de jurisprudentiële resultaatsverbintenis tot opsporing en vaststelling van het gebrek het gevolg is van overmacht (art. 5.72, tweede lid BW).[154] De verkoper moet in dat geval het bewijs leveren van zijn 'goede trouw' of, zoals het Hof van Cassatie het formuleert, van de *"absoluut onnaspeurlijke aard van het gebrek"*[155], of *"dat hij spijts welke voorzorg ook, er geen kennis van hebben kon"*[156] of nog, volgens een modernere

---

Liber amicorum P.A. Foriers, Brussel, Larcier, 2021, (758) 764; O. Janssens, "La garantie des vices cachés: du vendeur professionnel au vendeur spécialisé" (noot onder Cass. 15 januari 2021), *TBBR* 2022, (97) 100-101; Zie ook L. Hernotte, "La garantie des vices cachés et la qualité de vendeur professionnel: 'dis-moi qui tu es, je te dirai quoi faire'", *For.immo* 2018, 2.

[151] Zie Gent 17 september 2010, *TOO* 2013, 493 (weergave).

[152] Bv. Cass. 6 september 2018, C.16.0288.F, *JLMB* 2020, 52, *RJI* 2021, 46, *RW* 2019-20, 267, *TBH* 2020, 490, noot M. Lansmans.

[153] C.20.0241.N, *TBBR* 2022, 96, noot O. Janssens en *TBO* 2021, 36.

[154] Over de parallel, zie J. Van Zuylen, "L'ignorance invincible dans la vente de droit commun, une cause d'exonération aux accents de force majeure" in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum P.A. Foriers*, Brussel, Larcier, 2021, 758 e.v.

[155] Cass. 6 mei 1977, *Arr.Cass.* 1977, 915, *Pas.* 1977, 907, noot *RCJB* 1979, 162, noot M. Fallon en *RW* 1977-78, 657, noot.

[156] Cass. 13 november 1959, *Arr.Cass.* 1960, 225, *Pas.* 1960, 313, *JT* 1960, 59 en *RW* 1959-60, 1445.

uitdrukking die in de recentere arresten terugkomt, dat het gebrek *"onmogelijk kon worden opgespoord"*[157].

Uit de feitenrechtspraak blijkt evenwel dat de lat om het 'vermoeden' te weerleggen zeer hoog ligt. Daarom spreekt de rechtsleer soms van een 'versterkte' of 'verstrengde' resultaatsverbintenis of van een 'quasi-onweerlegbaar' vermoeden van kwade trouw.[158] Dat is mede te verklaren doordat de rechtspraak de beoordeling van de mogelijkheid om het gebrek op te sporen *in abstracto* lijkt te maken. Met technische beperkingen in onderzoeksmogelijkheden van de individuele verkoper houdt de rechtspraak geen rekening.[159] Meestal slaagt de verkoper slechts in de weerlegging van dat 'vermoeden' wanneer de ontdekking van het gebrek een destructieve onderzoeksmethode vergt, zoals afbraak of volledige demontage.[160] Zo kon van een verdeler van badkamers niet worden vereist dat hij een geassembleerde douchecel ging demonteren en testen alvorens die te verkopen. Zelfs al waren dergelijke testen uitgevoerd, dan nog zou het gebrek aan de doucheslang, dat resulteerde in waterschade, niet noodzakelijk zijn ontdekt.[161] De gespecialiseerde verkoper van een waterreservoir met een dubbele wand kon evenzeer de toepassing van artikel 1645 oud BW vermijden, vermits de gespecialiseerde verkoper niet de verplichting heeft om het reservoir na te kijken voor de levering en de inwerkingstelling, nu de gebrekkige lasnaden enkel konden worden vastgesteld indien het reservoir leeg was, gedemonteerd werd en men erin kroop om de binnenwand na te kijken.[162]

IV. Korte termijn

30. *Overzicht* – Een opmerkelijke bepaling binnen de regeling die het Burgerlijk Wetboek van 1804 voor de vrijwaring voor verborgen gebreken heeft uitgetekend, is artikel 1648. Volgens deze wetsbepaling moet de rechtsvordering wegens verborgen gebreken worden ingesteld *"binnen een korte tijd, al naar de aard van de koopvernietigende gebreken en de gebruiken van de plaats waar de koop gesloten is".* Deze schijnbaar onschuldige bepaling, heeft al vele pennen beroerd[163], temeer omdat de vordering van de koper niet zelden op deze korte termijn blijkt te stranden.

---

[157] Cass. 7 april 2017, C.16.0311.N, *DAOR* 2017, 54, *RW* 2018-19, 347, noot, *TBBR* 2018, 168, noot S. De Rey en B. Tilleman, *TBH* 2018, 98 en *TBO* 2018, 412; Cass. 15 janauari 2021, C.20.0241.N, *TBBR* 2022, 96, noot O. Janssens en *TBO* 2021, 36. Zie daarvoor de meest recente arresten met dezelfde terminologie: Cass. 7 december 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 391, *Pas.* 1991, 346, *RW* 1992-93, 431, noot Th. Vansweevelt en *TBH* 1991, 221; Cass. 18 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1721, *Pas.* 2001, 1659 en *RW* 2003-04, 97.

[158] Bv. P. Brulez, *Koop en aanneming: faux amis?,* Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 558 e.v.; P. Brulez, "Over de draagwijdte van contractuele verbintenissen: garantie-, resultaats-, middelenverbintenissen" in K. Swinnen en M. Muylle (eds.), *De contractuele fout* in *Studies Privaatrecht,* V, Brugge, die Keure, 2019, (1) 27. Zie ook I. Claeys en K. Van Strydonck, "Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro" in *Bijzondere overeenkomsten. XXXIV Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2007-08,* Mechelen, Kluwer, 2008, (307) nr. 7.

[159] Bv. Kh. Dendermonde 1 maart 2012, *RABG* 2013, 10.

[160] Zie bv. Rb. Brussel 10 november 2009, *RGAR* 2010, nr. 14.362 (i.v.m. een fiets); Rb. Luik 2 oktober 2009, *RGAR* 2010, nr. 14.623 (i.v.m. kraan).

[161] Luik 23 april 2013, *DCCR* 2014 (103), 50, noot L. Jacqmin.

[162] Brussel 8 februari 2010, *RGAR* 2010, nr. 14.645.

[163] Recent daarover, zie bv.: M. Houben, "L'exigence d'action à 'brèf délai' en matière de garantie des vices cachés : comparaison entre vente, bail et entreprise", *TBBR* 2011, 283 e.v.; E. De Baere en S. Vereecken, "Over verborgen gebreken en korte termijnen" (noot onder Brussel 2 oktober 2008), *TBBR* 2011, 34 e.v.; B. Kohl en F. Onclin, "L'exigence du 'bref délai' dans l'action en garantie contre les vices cachés", *JT* 2013, 560 e.v. ; B. De Cocqueau, "Le bref délai est-il éternel ?" in *Liber amicorum N. Simar. Evaluation du dommage, responsabilité civile et assurances,* Limal, Anthemis, 2013, 299 e.v.; B. Goffaux, "Le bref délai en matière de garantie des vices cachés: le temps de quelques réflexions", *For.Ass.* 2017, 101 e.v.; A. Cruquenaire, C. Delforge, I. Durant, F. George, C. Hélas en P. Wéry, *Précis des contrats spéciaux,* Waterloo, Kluwer, 2022,

Na het aanstippen van de kwalificatie van de korte termijn uit deze wetsbepaling (A, *infra* nr. 31), komen hierna de beoordeling van het vertrekpunt van deze termijn aan bod (B, *infra* nrs. 32-33), welke handelingen binnen deze termijn moeten worden gesteld (C, *infra* nr. 34) en de duur van deze termijn (D, *infra* nrs. 35-37).

A. Kwalificatie: verjaringstermijn of vervaltermijn?

31. *Vreemd aan regels over verjaringstermijnen* – Al sinds lang is de doctrine, samen met de rechtspraak, over de kwalificatie van de korte termijn uit artikel 1648 oud BW verdeeld.[164] De enige indicatie die het Hof van Cassatie ons in dit verband aanreikt, is dat deze bepaling 'vreemd is' aan de bepalingen over de verjaringstermijnen.[165] Daaruit wordt afgeleid dat de korte termijn uit artikel 1648 oud BW geen verjaringstermijn, maar een vervaltermijn uitmaakt.[166]

Over het algemeen stelt men dat vervaltermijnen in tegenstelling tot verjaringstermijnen wegens hun strakheid niet vatbaar zijn voor verlenging door schorsing.[167] Sowieso staat dit los van de inherente flexibiliteit van korte termijn uit artikel 1648 oud BW. Zowel de aanhangers van de kwalificatie als verjaringstermijn als deze van de kwalificatie als vervaltermijn aanvaarden immers dat de termijn uit artikel 1648 oud BW kan worden geschorst door deskundigenonderzoek of onderhandelingen (*infra* nr. 36). De kwalificatie als vervaltermijn sluit wel in dat de termijn in principe niet kan worden gestuit op basis van de artikelen 2242-2250 oud BW.[168] Daar een vervaltermijn niet alleen het vorderingsrecht, maar het recht of de bevoegdheid zelf aantast, blijft er na het verstrijken van de vervaltermijn anders dan bij een verjaarde schuld ook geen natuurlijke verbintenis over.[169]

B. Vertrekpunt termijn

32. *Principe: ogenblik van ontdekking van gebrek* – Cruciaal is te weten vanaf wanneer de korte termijn begint te lopen. Daarover biedt het Burgerlijk Wetboek van 1804 geen uitsluitsel.[170]

---

nr. 249; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nrs. 442 e.v.

[164] Voor een recent overzicht, zie bv. B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 443.

[165] Cass. 29 november 2013, C.12.0443.F, *Pas*. 2013, 2406 (« L'article 2224 [de l'ancien] Code civil, qui fait partie des dispositions générales relatives à la prescription, est étranger au bref délai visé par l'article 1648 du même code »). Het arrest is in *Arr.Cass.* niet vertaald en slechts verkort weergegeven.

[166] Zie bv. Orb. Antwerpen (afd. Tongeren) 15 januari 2020, *DAOR* 2020, 59; Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen, 3e k.) 9 juni 2021, *TBO* 2022, 109. Zie ook M. Dambre, *Bijzondere overeenkomsten: de essentie,* Brugge, die Keure, 2022, 95; L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, (725) nr. 73; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 443.

[167] A. Van Oevelen, "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijn in het Belgisch Privaatrecht", *TPR* 1987, (1755) 1832.

[168] A. Decroes, "Les délais préfix (ou de forclusion)", *JT* 2007, 874. Als uitzondering verwijst men naar het feit dat de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer en architect gestuit wordt door een dagvaarding of een erkenning van aansprakelijkheid.

[169] B. Kohl en F Onclin, "L'exigence du 'bref délai' dans l'action en garantie contre les vices cachés", *JT* 2013, (560) 561; A. Van Oevelen, "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijn in het Belgisch Privaatrecht", *TPR* 1987, (1755) nr. 68. Zie over de verjaarde schuld als natuurlijke verbintenis K. Willems, *De natuurlijke verbintenis,* Brugge, die Keure, 2011, 184.

[170] De oude rechtsleer was hierover verdeeld en gaf niet zelden de voorkeur aan 'het ogenblik van de koop', zie bv. M. Troplong, *De la vente,* Bruxelles, Société Typographique Belge, 1841, nr. 587.

Ook de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie verschaft op dit punt weinig concrete handvatten, omdat volgens de gevestigde cassatierechtspraak de feitenrechter het vertrekpunt van de korte termijn vrij beoordeelt.[171]

Kijken we hoe de feitenrechtspraak daaraan invulling geeft, dan is vast te stellen dat het ogenblik van de *ontdekking* van (de ernst van) het gebrek doorgaans als vertrekpunt wordt genomen.[172] In een arrest van 23 juni 2022 lijkt het Hof van Cassatie dat vertrekpunt nu voor het eerst te onderschrijven. Over de vrijwaringsvordering die de verkoper zelf kan instellen tegen diegene van wie hij de zaak heeft gekocht (*infra* nr. 33), oordeelt het Hof van Cassatie namelijk wat volgt: *"de korte termijn waarbinnen deze vordering moet worden ingesteld, begint in beginsel te lopen vanaf het ogenblik waarop de verkoper kennis had of behoorde te hebben van het gebrek"* [173]. Het vertrekpunt van de korte termijn betreft dus hetzij het ogenblik waarop de koper dit gebrek effectief vaststelde (bv. in een proces-verbaal van vaststelling van bouwinbreuken), hetzij het tijdstip waarop de koper dit redelijkerwijze behoorde vast te stellen. De termijn begint dus niet te lopen op het tijdstip van de levering, de ingebruikname of de aanvaarding van het goed. Toegepast op de verkoop van een onroerend goed, begint de korte termijn derhalve niet te lopen vanaf de verwerving van het onroerend goed of het ogenblik waarop de authentieke akte is verleden, maar slechts vanaf de ontdekking van het verborgen gebrek of het ogenblik waarop de koper kennis behoorde te hebben van het gebrek.[174] Zo is de afwezigheid van geluidsisolatie een gebrek dat zich pas manifesteert bij gebruik van het pand, zodat de termijn pas begint te lopen bij de kennisname van het gebrek en niet bij de aankoop of de levering.[175]

Het is niet altijd eenvoudig om het ogenblik vast te stellen waarop de koper kennis behoorde te hebben van het gebrek. Alleszins is dit ogenblik niet vast te knopen aan de eerste vaststelling van ongewenste fenomenen.[176] Pas zodra de koper beseft of redelijkerwijze behoorde te beseffen (bv. gelet op de vaststellingen in een deskundigenverslag) dat de schadelijke neveneffecten het gevolg zijn van een verborgen gebrek, kan van hem worden vereist dat hij op basis van deze rechtsgrond een vordering instelt tegen de verkoper. Het tijdstip van ontdekking zal zich ook later situeren wanneer een gebrek zich progressief manifesteert. Zo werd geoordeeld dat de kopers op het ogenblik van de oplevering van studentenkamers het aangevoerde probleem van geluidshinder wegens gebrekkige geluidsisolatie redelijkerwijze niet konden vaststellen, mede omdat er op dat ogenblik nog werken aan de gang waren. Wanneer men studentenwoningen koopt niet om ze zelf te betrekken maar om ze te verhuren, dan is het aanvangspunt van de korte termijn het ogenblik waarop een huurder de kopers van geluidshinder

---

[171] Cass. 14 juni 1841, *Pas.* 1841, 135; Cass. 4 mei 1939, *Pas*. 1939, 223; Cass. 20 februari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 728, *Pas*. 1976, 695; Cass. 29 januari 1987, *Arr.Cass*. 1986-87, 693, *Pas*. 1987, 624 en *JT* 1987, 499. Sinds het cassatiearrest van 10 oktober 2003 is wel al duidelijk dat artikel 1648 oud BW niet uitsluit dat de korte termijn waarbinnen de rechtsvordering tot vrijwaring tegen een verborgen gebrek moet worden ingesteld, voor onroerende goederen kan ingaan na het verstrijken van de termijn van de tienjarige vrijwaring die is voorgeschreven bij artikel 1792 oud BW (zie C.01.0399.F, *Arr.Cass.* 2003, 1839, *Pas.* 2003, 1569, *RW* 2006-07, 1216).

[172] Voor een overzicht, zie bv. L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, (725) nr. 74; B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 344; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 450.

[173] Cass. 23 juni 2022, C.20.0470.N, *RW* 2022-23, 654, noot W. Van de Putte en F. Van den Abeele.

[174] Kh. Tongeren (5e k.) 2 oktober 2007, *FJF* 2009, 833, noot, *RW* 2009-10, 246, *TBBR* 2008, 579.

[175] Rb. Antwerpen (2e k. b) 3 januari 2014, *TBO* 2014, 36, noot.

[176] B. Goffaux, "Le bref délai en matière de garantie des vices cachés: le temps de quelques réflexions", *For.Ass.* 2017, (101) 104.

op de hoogte heeft gebracht. Op dat ogenblik hebben de kopers kennis gekregen van het voorgehouden gebrek.[177]

33. *Vertrekpunt voor vrijwaringsvordering van de doorverkoper* (Cass. 23 juni 2022) – Ook de vrijwaringsvordering die de verkoper zelf wil instellen tegen diegene van wie hij de zaak heeft gekocht, moet binnen de korte termijn van artikel 1648 oud BW worden ingesteld. In een arrest van 29 januari 2004[178], daarna bevestigd door arresten van 25 juni 2010[179] en 27 mei 2011[180], heeft het Hof van Cassatie bevestigd dat in dat geval de korte termijn begint te lopen vanaf het tijdstip waarop deze verkoper zelf door zijn koper in rechte wordt aangesproken en niet vanaf de ontdekking van het gebrek door de koper. In principe heeft de verkoper immers pas vanaf dat ogenblik het vereiste belang om in rechte op te treden (art. 17-18 Ger.W.).[181] Met een arrest van 23 juni 2022 heeft het Hof van Cassatie deze rechtspraak bevestigd, maar terecht verfijnd.[182] Na een korte schets van de feiten en de bestreden beslissing, volgt de uitspraak in cassatie en de analyse van het arrest.

De zaak onderliggend aan het cassatiearrest betrof een pand bestaande uit drie appartementen en een handelsgelijkvloers door A verkocht aan B. Vervolgens gaat B over tot verkoop van het handelsgelijkvloers aan C, die het op zijn beurt doorverkoopt aan D. Voorafgaand aan het verlijden van de notariële koopakte tussen C en D, ontdekte de notaris evenwel dat het pand behept was met een bouwovertreding, omdat A destijds verbouwingen had uitgevoerd met miskenning van de bouwvergunning. D weigerde dan ook over te gaan tot ondertekening van de notariële akte en verkreeg de ontbinding van de koop. Tot vrijwaring van hun vorderingen van hun kopers, stelden C en B op hun beurt een vordering in tegen A. In hoger beroep werd hun vorderingen tegen A, gesteund op de vrijwaring voor verborgen gebreken, echter ontoelaatbaar bevonden, omdat de korte termijn uit artikel 1648 oud BW was verstreken. Het hof van beroep oordeelde dat B en C, op het ogenblik van de koop B-C, kennis hadden van het verborgen gebrek gelegen in de afwijkingen van de destijds verleende vergunning, minstens dat zij op dat ogenblik daarvan kennis behoorden te hebben, omdat het opvallende afwijkingen betroffen die voor B en C alsdan duidelijk moesten zijn geweest. Pas bijna twee jaar later, wanneer zij zich in rechte aangesproken zien door hun koper, zijn zij overgegaan tot dagvaarding van A. Om die reden werd hun vordering wegens verborgen gebreken laattijdig bevonden en op grond van artikel 1648 oud BW afgewezen. Tevergeefs tekenden zij tegen deze beslissing cassatieberoep aan:

> *"Krachtens artikel 1648 Oud Burgerlijk Wetboek moet de rechtsvordering op grond van koopvernietigende gebreken door de koper worden ingesteld binnen een korte termijn, al naar de aard van de koopvernietigende gebreken en de gebruiken van de plaats waar de koop is gesloten.*
> *Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing op de rechtsvordering van de verkoper tegen diegene van wie hij de zaak heeft gekocht.*
> *De korte termijn waarbinnen deze vordering moet worden ingesteld, begint in beginsel te lopen vanaf het ogenblik waarop de verkoper kennis had of behoorde te hebben van het gebrek. Wanneer het gebrek evenwel pas aan het licht komt nadat het goed werd*

[177] Rb. Leuven 8 februari 2017, *T.App* 2017, 57.
[178] Cass. 29 janauri 2004, *Arr.Cass.* 2004, 149, *Pas.* 2004, 186, *RW* 2004-05, 431, *RABG* 2004, 402 en *TBH* 2010, 895.
[179] Cass. 25 juni 2010, AR C.09.0085.F, *Arr.Cass.* 2010, 1965, *Pas.* 2010, 2067, *RW* 2012-13, 251, noot en *TBH* 2010, 895 (samenvatting).
[180] Cass. 27 mei 2011, *Arr.Cass.* 2011, 1379, *Pas.* 2011, 1498 en *TBBR* 2012, 281.
[181] Bv. B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 451.
[182] Cass. 23 juni 2022, C.20.0470.N, *RW* 2022-23, 654, noot W. Van de Putte en F. Van den Abeele.

> *doorverkocht, begint de korte termijn eerst te lopen vanaf het tijdstip waarop hij zelf door zijn koper in rechte wordt aangesproken.*
> *Het onderdeel dat uitgaat van de veronderstelling dat de vrijwaringsvordering van de verkoper tegen degene van wie hij de zaak heeft gekocht pas een aanvang neemt op het ogenblik dat de verkoper door zijn koper wordt gedagvaard, ook wanneer de verkoper het gebrek kende of behoorde te kennen toen hij zelf nog eigenaar was van het goed, steunt op een onjuiste rechtsopvatting en faalt derhalve."*

Anders gezegd, wanneer het verborgen gebrek ontdekt of behoorde ontdekt te worden tijdens de periode dat de verkoper eigenaar was van het goed, dan begint de korte termijn uit artikel 1648 oud BW vanaf dat ogenblik te lopen.[183] Wordt het verborgen gebrek daarentegen pas ontdekt nadat het goed werd doorverkocht, dan begint deze termijn slechts te lopen vanaf het ogenblik waarop de doorverkoper door zijn eigen koper in rechte wordt aangesproken. Deze nuancering, die het Hof van Cassatie hier nu voor het eerst introduceert[184], vermijdt dat de vrijwaringsvordering van de doorverkoper onterecht zou herleven wanneer hij het goed heeft doorverkocht maar zelf laattijdig was om de vordering in te stellen tegen zijn verkoper op het ogenblik dat hij eigenaar was van het goed en het gebrek kende of behoorde te kennen.[185]

C. Welke handeling moet binnen de korte termijn worden gesteld?

34. *Vordering ten gronde binnen korte termijn* – Volgens 1648 oud BW moet de koper binnen een korte termijn *"een rechtsvordering op grond van koopvernietigende gebreken"* instellen. Hieruit wordt afgeleid dat een vordering *ten gronde* nodig is.[186] Een loutere melding of kennisgeving van het gebrek, een ingebrekestelling, brief of e-mail gericht aan de verkoper zijn dan ook onvoldoende.[187] Ook het eenvoudigweg protesteren of betwisten van de geleverde goederen, volstaat niet.

Sommige rechtspraak aanvaardt dat een vordering ingesteld in kort geding tot aanstelling van een deskundige met betrekking tot het gebrek kan volstaan.[188] Dit maakt eerder een

---

[183] Terecht sluit dit perfect aan bij het ogenblik waarop de korte termijn begint te lopen indien er geen sprake is van doorverkoop, zie nr. 32. Geen legitiem doel zou hier immers op pertinente en proportionele wijze een verschil in behandeling kunnen verantwoorden tussen een koper die het goed niet doorverkoopt en een koper die het goed wel doorverkoopt.

[184] Dit is een nuance op de rechtspraak die met het cassatiearrest van 29 januari 2004 was ingezet: "Dat de korte termijn waarbinnen de vrijwaringsvordering van de verkoper moet worden ingesteld, eerst begint te lopen vanaf het tijdstip waarop hij zelf door zijn koper in rechte wordt aangesproken; (…) Overwegende dat de appèlrechters door te oordelen dat de korte termijn waarbinnen de verkoper zijn vrijwaringsvordering dient in te stellen tegen diegene van wie hij de zaak heeft gekocht, begint te lopen vanaf het ontdekken van het gebrek door de koper zonder acht te slaan op het tijdstip waarop hij door de koper werd gedagvaard, artikel 1648 van het Burgerlijk Wetboek schenden" (*Arr.Cass.* 2004, 149, *Pas.* 2004, 186, *RW* 2004-05, 431, *RABG* 2004, 402 en *TBH* 2010, 895).

[185] W. Van de Putte en F. Van den Abeele, "(Door)verkoop van goed met stedenbouwkundige overtreding" (noot onder Cass. 23 juni 2022), *RW* 2022-23, (656) nr. 13.

[186] Zie in dit verband o.m. E. De Baere en S. Vereecken, "Over verborgen gebreken en korte termijnen" (noot onder Brussel 2 oktober 2008), *TBBR* 2011, 35; L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, 753; B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 346; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 452.

[187] Bergen (20e k.) 5 juni 2014, *JLMB* 2017, 20. Zie ook B. Kohl en F. Onclin, "L'exigence du 'bref délai' dans l'action en garantie contre les vices cachés", *JT* 2013, (560) 563.

[188] Brussel 2 oktober 2008, *TBBR* 2011, 34, noot E. De Baere en S. Vereecken.

minderheidsrechtspraak uit, maar in de mate dat de deskundige belast wordt met een verzoeningsopdracht, zou dit mede gemotiveerd kunnen worden op de verlenging van de korte termijn door ernstige onderhandelingen in de zoektocht naar een minnelijke uitkomst (*infra* nr. 36).

D. Duur van de korte termijn

35. *Beoordeling in concreto* – Volgens het Hof van Cassatie beoordeelt de feitenrechter vrij de 'korte tijd' binnen welke de koper de rechtsvordering op grond van verborgen gebreken moet instellen, rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak, met name de aard van het verkochte goed, de aard van het gebrek, de gebruiken, de hoedanigheid van partijen en de door hen verrichte buitengerechtelijke en gerechtelijke handelingen, zoals het vorderen van een gerechtelijk deskundigenonderzoek.[189]

De duur van de korte termijn uit artikel 1648 oud BW, is dus steeds *in concreto* te beoordelen. Tenzij partijen conventioneel invulling hebben gegeven aan de korte termijn (*infra* nr. 37), bestaat op de vraag wanneer de vordering laattijdig is ingesteld dus geen pasklaar antwoord. Maar uit de recente feitenrechtspraak blijkt wel, hoewel daaruit hoegenaamd geen regel kan worden afgeleid, dat een vordering ingesteld tot 8 maanden na de ontdekking van het gebrek aan het voorschrift van artikel 1648 oud BW kan voldoen. Anders gezegd, de recent gepubliceerde feitenrechtspraak lijkt geen voorbeelden aan te reiken van uitspraken die, rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak en behoudens andersluidend beding, aanvaarden dat een vordering ingesteld 9 maanden of later na de ontdekking van het gebrek aan de vereiste van de korte termijn voldoet.

Zo werden onder meer *tijdig* bevonden in het licht van artikel 1648 oud BW, de ontbindingsvordering wegens verborgen gebreken ingesteld anderhalve maand nadat het deskundigenverslag dat het gebrek aantoonde was neergelegd[190]; de vordering ingesteld twee maanden nadat voor het eerst sprake was van bodemverontreiniging, waarbij de tijdspanne gebruikt werd om wetenschappelijk onderzoek uit te voeren om uitsluitsel te geven over de ernst van de verontreiniging[191]; de vordering wegens stedenbouwkundige inbreuken ingesteld vier maanden nadat het bestaan ervan duidelijk werd door de weigering van een vergunning[192]; de vordering ingesteld ongeveer zes maanden nadat de aanwezigheid van asbest door deskundigen werd vastgesteld en nadat het probleem aangekaart werd op verschillende vergaderingen van de medeeigenaars en een minnelijke oplossing vruchteloos bleek[193]; en de vordering ingesteld acht maanden na de ontdekking van het gebrek maar nadat de koper pogingen had ondernomen om tot een minnelijke oplossing te komen[194]. Overigens staat de niet-ontvankelijkheid van de oorspronkelijke vordering wegens verborgen gebreken omdat deze laattijdig werd ingesteld er niet aan in de weg dat de wijziging of uitbreiding van die vordering in de loop van het geding wegens andere verborgen gebreken die aan het licht komen tijdens het bevolen deskundigenonderzoek, alsnog tijdig is.[195] Ook de kwade trouw van de verkoper is in principe zonder invloed op de

---

[189] O.m. Cass. 4 mei 1939, *Pas.* 1939, 223; Cass. 23 maart 1984, *Arr.Cass.* 1984, 969, *Pas.* 1984, 867 en *RW* 1984-85, 127; Cass. 29 januari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 693 en *Pas.* 1987, 624.

[190] Gent 29 juni 2011, *DCCR* 2012, 90 en *NjW* 2012, 387, noot M. Dambre.

[191] Brussel (1e k.) 17 november 2009, *T.Not.* 2010, 473.

[192] Brussel 26 november 2013, *T.Not.* 2014, 241. Zie in dezelfde zin: Brussel 4 februari 2014, *T.Not.* 2014, 237.

[193] Kh. Brussel 23 maart 2015, *T.App.* 2015, 34.

[194] Bergen (7e k.) 9 september 2013, *JLMB* 2015, 317.

[195] Cass. 30 september 2022, C.21.0531.N, *RABG* 2022, 1424, noot P. Thiriar en *RW* 2022-23, 860. *In casu* hadden de eisers een vordering ingesteld wegens verborgen gebreken die aan het licht waren gekomen in de periode van 2011 tot 2014, maar hadden zij hun vordering in de loop van het geding uitgebreid voor de verborgen gebreken die aan het licht waren gekomen tijdens het deskundigenonderzoek bevolen in 2016. De bestreden beslissing werd vernietigd omdat de appelrechter geoordeeld had dat de vordering niet ontvankelijk was

beoordeling van de korte termijn. Een verkoper te kwader trouw kan zich dus nog steeds succesvol verweren op grond van artikel 1648 oud BW.[196]

Werden daarentegen op basis van artikel 1648 oud BW *laattijdig* bevonden, de vordering ingesteld negen maanden na de vaststelling van een gebrek aan een voertuig, temeer omdat de koper het voertuig liet herstellen en dit alvorens tegensprekelijke vaststellingen konden worden gedaan, er niet werd gedagvaard in kort geding om een deskundige aan te stellen met oog op tegensprekelijke vaststellingen en er geen onderhandelingen of pogingen tot minnelijke regeling werden ondernomen[197]; de vordering ingesteld negen maanden na de vaststelling van het gebrek terwijl de koper het goed bleef gebruiken[198]; de dagvaarding meer dan negen maanden na het expertiseverslag waarin de oorzaak van het gebrek duidelijk werd[199]; de vordering ingesteld in kort geding vijftien maanden na de ontdekking van het gebrek, zonder voorafgaande onderhandelingen en zonder voorafgaandelijk tegensprekelijk bewijs van de staat van het goed[200]; de vordering wegens een ondergelopen kelder ingesteld twee jaar na de feiten[201]; de vordering ingesteld zes jaar na de herstelling van het verborgen gebrek[202]; de vordering waarmee de koper meer dan zeven jaar heeft gewacht alvorens in rechte op te treden, zeker wanneer uit geen enkel element van het dossier blijkt dat de termijn is verlengd en geschorst[203]; de vordering meer dan acht jaar na de neerlegging van het verslag van de eigen deskundige en meer dan vijf jaar na de neerlegging van het verslag van de gerechtsdeskundige waaruit het verborgen gebrek bleek[204]; de vordering ingesteld meer dan negen jaar na de ontdekking van het gebrek[205].

36. *Schorsing wegens ernstige onderhandelingen* – Hoewel de korte termijn als een vervaltermijn lijkt te worden gekwalificeerd (*supra* nr. 31), kan deze termijn uit artikel 1648 oud BW worden geschorst door onderhandelingen.[206]

De poging om tot een minnelijke oplossing te komen of onderhandelingen aan te knopen, moet wel ernstig zijn. Een louter e-mailbericht waarin de gebreken aan de verkoper worden gemeld is geen aanwijzing van ernstige onderhandelingen en volstaat niet om de korte termijn

---

aangezien de gebreken aan het licht gekomen waren in 2011, de laatste ingebrekestelling dateerde van 14 mei 2014 en de eisers tot 13 mei 2015 hadden gewacht om de dagvaarding uit te brengen, waardoor de eis manifest niet binnen een korte termijn werd ingesteld, maar zonder daarbij in te gaan op de uitgebreide vordering voor de verborgen gebreken die slechts aan het licht waren gekomen tijdens het deskundigenonderzoek in 2016. Zie in dit verband eveneens C. Botman, "Principe dispositif et concours d'actions en matière de vente", *TBBR* 2021, 419 e.v.

[196] Bv. Brussel 5 oktober 2005, *JT* 2006, 414. Zie in dit verband al P. Harmel, *Théorie générale de la vente,* in *Rép.Not.* VII/1, Brussel, Larcier, 1985, 260.

[197] Antwerpen 30 juni 2009, *NjW* 2010, 504. Zie gelijkaardig over voertuigen waarbij negen maanden eveneens laattijdig werden bevonden: Rb. Luik (afd. Verviers, 3e k.) 25 november 2019, *JLMB* 2021, 413.

[198] Brussel (7e k.) 2 oktober 2008, *TBBR* 2011, 30, noot E. De Baere en S. Vereecken.

[199] Antwerpen (4e k.) 15 juni 2015, *TBH* 2015, 748.

[200] Bergen (13e k.) 15 juni 2009, *JT* 2010, 161. Zie ook Vred. Herstal 2 oktober 2020, *T.Vred.* 2021, 580.

[201] Brussel 16 januari 2012 *TBBR* 2013, 428, noot D. Verhoeven.

[202] Rb. West-Vlaanderen (afd. Kortrijk) 30 november 2020, *T.Gez.* 2022-23, 66, noot T. Istace.

[203] Rb. Brussel (6e k.) 21 maart 2017, *Res Jur.Imm.* 2017, 233.

[204] Rb. Charleroi 6 september 2006, *T.App.* 2008, 49.

[205] Antwerpen (1e k.) 19 maart 2012, *T.Gez.* 2014-15, 29, noot S. Illegems.

[206] Bv. Gent (16e k.) 11 december 2020, *TBO* 2021, 61; Antwerpen (B7E 2e k.) 22 maart 2021, *TBO* 2021, 194; Luik (20e k.) 22 september 2016, *JMLB* 2018, 346; Gent (1e k.), 25 oktober 2018, *RW* 2019-2020, 1068; Rb. Waals-Brabant (9e k.) 17 januari 2022, *Res Jur.Imm.* 2022, 50. Zie D. Deferme, "Rol van onderhandelingen bij de termijnen in de (consumenten)koop", *TBBR* 2021, 355 e.v.; L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, (725) nr. 74 ; B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 348; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop,* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 453.

te schorsen.[207] Een schorsing mag weliswaar niet te lang duren en de koper moet dagvaarden zodra de gesprekken vastlopen en een minnelijke schikking uitgesloten is.[208] Dat is alleszins het geval wanneer duidelijk is dat de verkoper elke aansprakelijkheid afwijst en tussenkomst weigert.[209] Vanaf dan begint de korte termijn opnieuw te lopen. Zo werd geoordeeld dat, hoewel de koop plaatsvond in augustus 2009 maar de onderhandelingen tussen partijen zich uitstrekten over een periode van ten minste 2012 tot 2018, de koper die korte tijd na het ogenblik waarop de verkoper voor het eerst zijn intentie te kennen gaf om zich niet te schikken naar zijn aansprakelijkheid, alsnog tijdig was.[210] Is wel laattijdig bevonden, de vordering ingesteld meer dan een jaar na de beëindiging van de onderhandelingen.[211] Hetzelfde geldt voor de vordering ingesteld ongeveer zes maanden na het laatste commerciële voorstel van de verkoper dat door de koper niet werd aanvaard.[212]

37. *Conventionele invulling korte termijn* – De termijn van artikel 1648 oud BW raakt de openbare orde niet.[213] Partijen kunnen aan deze termijn dus een conventionele invulling geven.

Wel moet worden bekeken of de bedongen termijn niet dermate kort is dat de koper vrijwel nooit tijdig zal kunnen reageren, zodat daarachter een verkapt bevrijdingsbeding schuilgaat.[214] De rechtspraak heeft nooit geaarzeld om zulke clausules als verkapte bevrijdingsbedingen te ontmaskeren en deze aan de voorwaarden van artikel 1643 oud BW en deze van het gemeen recht (art. 5.89 BW) en bijzondere wetgeving te onderwerpen (*infra* nrs. 38 e.v.).[215] Geldig bevonden in een verkoop van studentenkamers is bijvoorbeeld de clausule die vereist dat de koper zijn vordering instelt binnen een termijn van zes maanden vanaf de dag waarop hij kennis kreeg van het gebrek.[216]

Daarnaast is rekening te houden met bijzondere wetgeving, zoals het verbod op onrechtmatige bedingen uit het Wetboek Economisch Recht. Zo kan in een koop gesloten tussen een onderneming en een consument geen afbreuk worden gedaan aan de wettelijke waarborg voor verborgen gebreken uit de artikelen 1641 tot 1649 oud BW (zie art. VI.83, 14° WER), waardoor de conventionele invulling van de 'korte termijn' niet korter mag zijn dan wat had voortgevloeid uit de toepassing van artikel 1648 oud BW.[217]

---

[207] Bergen (20e k.) 5 juni 2014, *JLMB* 2017, 20.

[208] O.a. Kh. Hasselt (25e k. D) 13 februari 2006, *RW* 2008-09, 120; Rb. Brussel (71e k.) 31 oktober 2007, *JT* 2008 (6293), 12; Luik (12e k.) 2 december 2008, *JLMB* 2009, 1120; Bergen (13e k.) 15 juni 2009, *JT* 2010, 161, *TBBR* 2011, 311 noot M. Houben; Gent (26e k.) 8 september 2009, *De Verz.* 2011, 72; Brussel (20e k.) 30 maart 2010, *TBO* 2010, 265; Rb. Luik (15e k.) 27 janauri 2011, *JLMB* 2011, 960; Rb. Antwerpen (2e k. B) 3 januari 2014, *TBO* 2014, 36, noot; Luik (3e k. B) 18 december 2017, *DAOR* 2018, 89.

[209] Rb. Brussel (71e k.) 31 oktober 2007, *JT* 2008 (6293), 12; Antwerpen (4e k.) 15 juni 2015, *TBH* 2015, 748.

[210] Rb. Waals-Brabant (9e k.) 17 januari 2022, *Res Jur.Imm.* 2022, 50.

[211] Antwerpen (5e k.) 18 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 173, noot A. Stevens. In dezelfde zin: Rb. Antwerpen (2e k. B) 3 januari 2014, *TBO* 2014, 36, noot.

[212] Antwerpen (B7E 2e k.) 22 maart 2021, *TBO* 2021, 194.

[213] Bv. Antwerpen (5e k.) 18 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 173, noot A. Stevens. Zie B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 446.

[214] L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010) – Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, 762 nr. 80.

[215] Bv. Orb. Antwerpen (afd. Tongeren) 15 januari 2020, *DAOR* 2020, 63.

[216] Rb. Leuven 8 februari 2017, *T.App.* 2017, 57.

[217] Bovendien kan een beding waarin de termijn wordt beperkt, ongeoorloofd zijn op basis van art. VI.83, 30° *jo.* art. VI.84, § 1 WER. Voor een toepassing inzake aanneming, zie Rb. Antwerpen (afd. Antwerpen, AB 12e k.) 26 mei 2020, *TBO* 2021, 67.

V. Bevrijdingsbeding

38. *Overzicht* – Volgens artikel 1643 oud BW moet de verkoper *"instaan voor de verborgen gebreken, zelfs wanneer hij die niet gekend heeft, tenzij hij in dat geval bedongen heeft dat hij tot geen vrijwaring zal zijn gehouden"*. Hieruit volgt dat de verkoper zijn vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken ten aanzien van de koper contractueel kan beperken of uitsluiten met een bevrijdingsbeding. De exoneratieregeling bij verborgen gebreken is echter complex en geeft aanleiding tot veel rechtspraak, in het bijzonder over onroerende koop.[218] Ook de laatste jaren heeft het Hof van Cassatie verschillende arresten gewezen die het juridisch kader in dit verband verder hebben uitgetekend en gepreciseerd, maar deze beslissingen deden de rechtszekerheid niet altijd deugd.

Na een voorstelling van de grenzen gesteld door het gemeen recht en door bijzondere wetgeving (A, *infra* nrs. 39-40), volgt een bespreking van de grenzen gesteld door artikel 1643 oud BW (B, *infra* nrs. 41-46).

A. Geoorloofdheid

39. *Gemeen recht (art. 5.89 BW)* – De grenzen gesteld aan de geoorloofdheid van een bevrijdingsbeding – voorheen exoneratiebeding – zijn onder het oud BW uitgetekend door de rechtspraak, maar in het nieuwe verbintenissenrecht worden deze grenzen aangereikt door artikel 5.89 BW. Deze bepaling bevestigt het jurisprudentieel kader, maar introduceert tegelijk een aantal nieuwigheden.

De bevestigingen zijn samen te vatten als volgt. Paragraaf 1 van artikel 5.89 BW verwoordt het uitgangspunt: een bevrijdingsbeding is geoorloofd. Dit geldt ook voor het beding dat de schuldenaar bevrijdt van zijn persoonlijke zware fout of die van zijn hulppersonen, maar dergelijke bevrijding wordt niet vermoed (art. 5.89, § 1, tweede lid). [219] Ook de verankering van het verbod om met het bevrijdingsbeding het contract uit te hollen, vormt een bevestiging van de cassatierechtspraak (art. 5.89, § 1, vierde lid). Toegepast op de vrijwaringsverbintenis voor verborgen gebreken, mag het beding de leveringsverbintenis van de verkoper dus niet uitholllen.[220]

Nieuw is de regeling over de bevrijding bij *opzettelijke* fout.[221] Waar het Hof van Cassatie enkel verbiedt dat men zich zou exonereren voor zijn persoonlijke opzettelijke fout[222], breidt artikel 5.89, § 1, derde lid, 1° dit verbod uit tot de opzettelijke fout van de personen voor

---

[218] Hierover o.m. B. Dubuisson, "Les clauses de garantie des vices cachés dans la ventre entre professionnels", *DAOR* 1986-87, 231-240; C. Pauwels, "Exoneratie voor verborgen gebreken bij koop – gemeen recht" in J. Herbots (ed.), *Exoneratiebedingen*, Brugge, die Keure, 1993, 21-32; B. Tilleman, "Les clauses exonératoires" in P. Wéry en J.-Fr. Germain (eds.), *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, 159 e.v.; E. Cruysmans, M. Defosse et C. Donnet, "Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière de défaut de la chose" in C. Delforge en J. van Zuylen (eds.), *Les défauts de la chose. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Anthemis, Limal, 2015, 367 e.v.; S. De Rey en B. Tilleman, « Les clauses exonératoires et limitatives de responsabilité ou de garantie dans la vente. Rapport belge » in P. Jourdain en B. Dubuisson (eds.), *Les responsabilités et les garanties du vendeur*, Parijs/Brussel, LGDJ/Bruylant, 2023 (te verschijnen).

[219] En moet dus uitdrukkelijk zijn bedongen of noodzakelijk voortvloeien uit het beding: Cass. 22 maart 1979, *Pas.* 1979, 863 en *RCJB* 1981, 193, noot L. Cornelis. De draagwijdte van deze mogelijkheid is evenwel beperkt, omdat dergelijke bedingen krachtens art. VI.83, 13° WER en art. VI.91/5, 6° WER onrechtmatig zijn resp. vermoed worden onrechtmatig te zijn.

[220] Bv. Bergen (6e k.) 8 juni 2007, *JLMB* 2008, 1453.

[221] De notie bedrog wordt verlaten, omdat geen eensgezindheid bestond over de intentie of bedoeling die de dader in dit verband moet hebben (zie bv. A. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, nrs. 51, 70 en 240).

[222] Cass. 3 april 1959, *Pas.* 1959, 773 en *RCJB* 1960, 207, noot Van Hecke; Cass. 25 september 1959, *Arr.Cass.* 1960, 86 en *RCJB*, 1960, 10, noot J. Dabin; Cass. 29 september 1972, *Pas.* 1973, 121.

wie men instaat.[223] Ook nieuw is het verbod om zich te bevrijden voor fouten die het leven of de fysieke integriteit van personen aantast (art. 5.89, § 1, derde lid, 2°). Deze grens kwam al tot uitdrukking in bijzondere wetgeving (bv. art. VI.83, 25° WER en art. 10, § 1 WAP) en werd in de rechtsleer in toenemende mate bepleit als een grens naar gemeen recht.[224] De hervorming gaf hieraan gehoor. Zij vindt voortaan ook toepassing op bedingen die de verkoper geheel of gedeeltelijk bevrijden van zijn aansprakelijkheid voor verborgen gebreken.

Ongeoorloofde bevrijdingsbedingen worden voor niet-geschreven gehouden, wat verwijst naar de gedeeltelijke nietigheid uit artikel 5.63 BW.[225]

40. *Bijzondere wetgeving (WER)* – Daarnaast wordt de geoorloofdheid van bevrijdingsbedingen beperkt door *bijzondere wetgeving.*

In het kader van verborgen gebreken bij koop is met name te wijzen op artikel VI.83, 14° WER.[226] Uit deze bepaling volgt namelijk dat een bevrijdingsbeding voor verborgen gebreken in een koop gesloten tussen een onderneming en een consument een onrechtmatig beding uitmaakt. Is de verkoper dus een onderneming, dan kan hij zich ten aanzien van een consument-koper niet bevrijden van zijn aansprakelijkheid wegens verborgen gebreken. Dergelijk beding is nietig (art. VI.84, § 1 WER). Dit geldt ook voor onroerende koop.[227] Uit deze bijzondere wetgeving volgt dat de mogelijkheid om zich voor verborgen gebreken te exonereren in de praktijk tot B2B- en C2C-relaties is beperkt.

Illustratief is volgend beding uit de 'Algemene verkoopsvoorwaarden' in een notariële akte tussen een bouwpromotor-verkoper en private eigenaars: "Na de voorlopige oplevering verleent de promotor geen verdere waarborg voor gebreken welke niet vallen onder voormelde artikels 1792 en 2270 van het [oud] Burgerlijk Wetboek". Vermits dit beding de wettelijke

---

[223] De cassatierechtspraak die aanvaardde dat de schuldenaar zich voor de opzettelijke fout van zijn hulppersonen kon bevrijden (Cass. 28 juin 1928, *Pas.* 1928, 211; Cass. 25 september 1959, *Arr.Cass.* 1960, 86 en *RCJB*, 1960, 10, noot J. Dabin; Cass. 26 maart 2004, *Arr.Cass.* 2004, 537 en *Pas.* 2004, 513), was onderhevig aan kritiek (bv. E. Montero, "Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité" in M. Fontaine en G. Viney (ed.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Brussel/Parijs, Bruylant/LGDJ, 2001, (393) 418; S. Stijns, "Contractualisering van sancties in het privaatrecht, in het bijzonder bij wanprestatie", *RW* 2001-02, (1258) nr. 52; S. Stijns, *Leerboek Verbintenissenrecht*, 1, Brugge, die Keure, 2022, nr. 234; I. Claeys en T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 913). Die rechtspraak had namelijk als onaanvaardbaar gevolg dat een contractant er belang bij had om de uitvoering van het contract toe te vertrouwen aan hulppersonen. Bovendien was dit sociaaleconomisch moeilijk verdedigbaar (bv. al R. Kruithof, "Contractuele wijzigingen van aansprakelijkheid", *TPR* 1984, (233) nr. 33. Hierover met ref.: T. Verheyen, *Eenzijdige beheersing van het aansprakelijkheidsrisico*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nrs. 706-712), aangezien een schuldeiser zich in een minder gunstige rechtspositie bevond wanneer zijn schuldenaar voor de nakoming beroep deed op arbeiders, bedienden of zelfstandige derden.

[224] Zie o.m. B. Dubuisson, "Les clauses limitatives ou exonératoire de responsabilité ou de garantie en droit belge" in P. Wéry (ed.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brussel, La Charte, 2001, (33) nr. 30; T. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 386; Th. Malengreau, "L'illicéité de l'exonération contractuelle de la responsabilité d'une atteinte à l'intégrité physique", *RGAR* 2020, nr. 15.652; P. Wéry, *Droit des obligations*, 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 768-2. Ook binnen de rechtspraak won deze opvatting aan terrein, zie bv. Rb. Henegouwen (afd. Bergen), 10 november 2020, *RGAR* 2020, nr. 15.732; Pol. Namen, 25 maart 2019, *TBBR* 2020, 588.

[225] S. Stijns en S. De Rey, "Het nieuwe vebrintenissenrecht in Boek 5 BW", *RW* 2022-23, (963) nr. 60.

[226] In een koop gesloten tussen een onderneming en een consument, valt daarnaast te denken aan art. VI.83, 13°, 14° en 30° WER; in een koop gesloten tussen ondernemingen, is te denken aan art. VI.91/5, 4° en 6° WER. Hierover bv. J. Bael, "De impact van de wetgeving inzake marktpraktijken en bescherming van de consument op de verkoop van onroerende goederen: het nieuwe Boek VI van het wetboek van economisch recht" in I. Claeys en R. Steennot (eds.), *Aansprakelijkheid, veiligheid en kwaliteit* in *Postuniversitaire cyclus Willy Delva 40 (2013-2014)*, Mechelen, Kluwer, 2014, 404-406; H. Stanus en T. Milos, "Ventes immobilières: l'impact des clauses abusives au sens du Code de droit économique sur les clauses d'exonération ou de limitation de la garantie des vices cachés", *Jurim.Prat.* 2023, 129-146; O. Janssens, "La garantie des vices cachés: du vendeur professionnel au vendeur spécialisé" (noot onder Cass. 15 januari 2021), *TBBR* 2022, (97) 102-103.

[227] Voor een toepassing, zie bv. Bergen (22e k.) 8 januari 2019, *JLMB* 2019, 785.

waarborg voor verborgen gebreken, bepaald bij de artikelen 1641 tot 1649 oud BW, uitschakelde, is dit beding onrechtmatig bevonden op grond van artikel VI.83, 14° WER en derhalve vernietigd.[228]

B. Vereiste van goede trouw

1° Principe

41. *Enkel verkoper te goeder trouw kan zich exonereren (art. 1643 oud BW)* – Is het bevrijdingsbeding voor verborgen gebreken naar gemeen recht geoorloofd en niet verboden door bijzondere wetgeving (*supra* nrs. 39-40), dan is de uitwerking van het beding afhankelijk van artikel 1643 oud BW: *"Hij [de verkoper] moet instaan voor de verborgen gebreken, zelfs wanneer hij die niet gekend heeft, tenzij hij in dat geval bedongen heeft dat hij tot geen vrijwaring zal zijn gehouden"*.

Uit deze wetsbepaling, die sinds 1804 onveranderd bleef, is afgeleid dat de verkoper zijn aansprakelijkheid voor verborgen gebreken slechts kan uitsluiten of beperken in de mate dat hij 'te goeder trouw' is. Omgekeerd verhindert de 'kwade trouw' van de verkoper dat hij zich succesvol beroept op een beding dat hem geheel of gedeeltelijk van zijn aansprakelijkheid voor verborgen gebreken bevrijdt.[229] De draagwijdte van deze regeling is ingevolge het Wetboek Economisch Recht beperkt tot B2B- en C2C-verhoudingen: in een B2C-verkoop kan de verkoper zich sowieso niet voor verborgen gebreken exonereren (*supra* nr. 40).

42. *Bewijs kwade trouw* – Wil de koper beletten dat de verkoper zich op een bevrijdingsbeding voor verborgen gebreken beroept, dan moet hij op voet van artikel 1643 oud BW bewijzen dat de verkoper te kwader trouw is.[230] Zoals voor de toepassing van de artikelen 1645-1646 oud BW (*supra* nr. 26), aanvaardt de rechtspraak dat de koper daarin kan slagen door aan te tonen dat de verkoper recent herstellings- of camouflagewerken heeft uitgevoerd om het verborgen gebrek te maskeren[231], dat hij deze werken heeft uitgevoerd zonder vergunning[232] of althans betrokken is geweest bij een procedure over het verborgen gebrek (bv. inzake stedenbouwkundige voorschriften[233]), of op basis van zijn langdurige eigendomstitel en het overeenstemmende gebruik ervan, zodat de verkoper moeilijk kan ontkennen het verborgen gebrek niet te hebben gekend. Zo ook kan bij de verkoop van een onroerend goed de kwade trouw worden afgeleid uit het feit dat de verkoper (*i.c.* als bouwpromotor) zelf actief bij de bouw betrokken was die het gebrek veroorzaakt heeft of reeds voorafgaandelijk (tevergeefs) bepaalde herstellingswerken liet uitvoeren, of uit het feit dat de verkoper het gebrek probeerde te camoufleren en hierover al in een geschil betrokken was.[234]

---

[228] Rb. Antwerpen (afd. Antwerpen, AB 12e k.) 16 april 2021, *TBO* 2021, 205.

[229] Cass. 3 april 1959, *Arr.Cass.* 1959, 592, *Pas.* 1952, 773 en *RCJB* 1960, 207, noot G. Van Hecke; Cass. 28 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 801, *Pas.* 1980, 794, *RW* 1980-81, 2319, *JT* 1981, 240, noot M. Fallon en *RCJB* 1983, 223, J.L. Fagnart.

[230] Specifiek inzake verborgen gebreken bij exoneratie, bv. Brussel (20e k.) 20 februari 2018, *TBO* 2018, 327; Luik (3e k. B) 16 januari 2017, *JLMB* 2019, 1067, noot F. Onclin; Bergen (7e k.) 31 oktober 2013, *JLMB* 2015, 322; Brussel (20e k.) 30 maart 2010, *Res Jur.Imm.* 2011, 181 en *TBO* 2010, 265; Bergen (7e k.) 17 december 2009, *RNB* 2010, 380; Bergen (6e k.) 8 juni 2007, *JLMB* 2008, 1453; Rb. Hoei 9 januari 2014, *RNB* 2014, 605; Rb. Gent (14e k.) 7 april 2009, *TBO* 2010, 270.

[231] Bv. Brussel 4 november 2014, *Res Jur.Imm.* 2015, 337.

[232] Bv. Rb. Waals-Brabant (1e k.) 3 juni 2015, *Amén.* 2016, 117.

[233] Bv. Luik (3e k. B) 16 januari 2017, *JLMB* 2019, 1067, noot F. Onclin.

[234] Gent (16e k.) 2 oktober 2020, *TBO* 2021, 51.

Om te bepalen of de verkoper te goeder trouw is, kan ook de informatieverplichting van de notaris een rol spelen. Zo verkocht een 91-jarige weduwe een industriële site met een ondergrondse tank. Zij gaf niet aan dat op het terrein een risico-activiteit werd uitgebaat. De notaris had de verkoopster geen vragen gesteld over de lijst van risico-inrichtingen, die de wetgever vier dagen voor het verlijden van de authentieke akte had ingevoerd. Wanneer zich na de koop echter een saneringsverplichting opdrong en de koper zich tegenover de verkoopster steunde op de vrijwaring voor verborgen gebreken, verweerde de verkoopster zich op basis van het bedongen bevrijdingsbeding. De rechtbank oordeelde dat de verkoopster zich inderdaad op dit beding kon beroepen, vermits het niet onaannemelijk was dat de verkoopster niet op de hoogte was van het gebrek, temeer nu de notaris haar niet over deze recente wettelijke verplichting had geïnformeerd. De notaris zelf werd wel aansprakelijk gehouden voor de schending van zijn adviesverplichting. Omdat de kopers zelf ervaren professionelen waren in de vastgoedsector, vond de rechtbank dat zij mede aan de grondslag lagen van de schade door zich niet afdoende voorafgaandelijk te hebben geïnformeerd. De notaris en de kopers dienden daarom elk voor de helft op te draaien voor de saneringskosten.[235] In een andere zaak werd de koper, ten aanzien van wie de verkoper zich verbonden had tot levering van een handelspand voor de exploitatie van een kebabzaak, door de notaris niet gewezen op mogelijk verschillende interpretaties van een splitsingsakte. Wanneer de koper zich na de aankoop geconfronteerd zag met het feit dat de bestemming als kebabzaak strijdig werd bevonden met de splitsingsakte, werden de verkoper en de notaris, die door hun onderscheiden fouten hebben bijgedragen tot de schade, *in solidum* veroordeeld tot schadevergoeding.[236]

2° Invulling notie ‘kwade trouw’: kennen of behoren te kennen?

43. *Enkel effectieve kennis van de verkoper* (Cass. 6 september 2018) – Uit artikel 1643 oud BW volgt dat wanneer de verkoper te kwader trouw is, hij zich niet op het bevrijdingsbeding voor verborgen gebreken kan beroepen (*supra* nr. 41).

Cruciaal is de vraag wanneer de verkoper te kwader trouw is. In de genoemde wetsbepaling laat de wetgever van 1804 tot uitdrukking komen dat dit het geval is wanneer de verkoper het verborgen gebrek *“gekend heeft”*. Anders gezegd: de verkoper kan zich niet op het bevrijdingsbeding beroepen voor verborgen gebreken die hij effectief kende. Dit kan onder meer worden afgeleid uit het feit dat de verkoper voorafgaand aan de koop aan het gebrek probeerde te remediëren via camouflagewerken of van het goed dermate gebruik heeft gemaakt dat hij gelet op zijn langdurige eigendomstitel niet onwetend kon zijn over het gebrek (*supra* nr. 42). Maar wat met die gevallen waarin de verkoper het verborgen gebrek niet effectief kende, maar misschien wel *behoorde* te kennen? Kan hij zich voor die gebreken wel beroepen op het bevrijdingsbeding? Over die vraag heeft het Hof van Cassatie standpunt ingenomen in een arrest van 6 september 2018.[237] Na een korte schets van de feiten, de bestreden beslissing en de uitspraak in cassatie, volgt de analyse van het arrest.

In casu ageerden de kopers van een industrieterrein tegen de verkoper op basis van de vrijwaring voor verborgen gebreken wegens vervuiling van de aangekochte grond. De verkoper verweerde zich op basis van het bevrijdingsbeding voor verborgen gebreken uit de koopakte. Het hof van beroep verwierp dit verweer, omdat de verkoper naar het oordeel van de appelrechters de vervuiling behoorde te kennen. Met succes tekende de verkoper deze beslissing cassatieberoep aan. De Franstalige sectie van de eerste kamer van het Hof van Cassatie oordeelt namelijk wat volgt:

---

[235] Brussel 18 mei 2018, *JT* 2018, 757-762 nr. 6745.
[236] Antwerpen 15 maart 2021, *T.App.* 2021, 52.
[237] C.16.0288.F, *JLMB* 2020, 52, *Res Jur.Imm.* 2021, 46, *RW* 2019-20, 267 en *TBH* 2020, 490, noot M. Lansmans.

> *"Luidens artikel 1643 [oud] Burgerlijk Wetboek moet de verkoper instaan voor de verborgen gebreken, zelfs wanneer hij die niet gekend heeft, tenzij hij in dat geval bedongen heeft dat hij tot geen vrijwaring zal zijn gehouden.*
> *De verkoper-fabrikant of de gespecialiseerde verkoper van dezelfde zaken als die welke hij heeft verkocht, moet de zaak zonder gebreken leveren en moet daartoe de noodzakelijke maatregelen nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen. (...)*
> *Het arrest, dat aanneemt dat de eiseres geen gespecialiseerde verkoper van dezelfde zaken als de verkochte zaak was en overweegt dat zij "zich niet wettig kon beroepen op het in de verkoopakte bepaalde vrijwaringsbeding", niet omdat zij op de hoogte was van het gebrek van het verkochte goed maar omdat zij daarvan op de hoogte had moeten zijn, schendt artikel 1643 [oud] Burgerlijk Wetboek."*

Uit dit arrest blijkt dat het 'behoren te kennen' van een verborgen gebrek exonereerbaar is. Enkel wanneer de verkoper het gebrek effectief kende, is hij te kwader trouw, zodat hij zich niet op een bevrijdingsbeding voor verborgen gebreken kan beroepen. Behoorde de verkoper het gebrek te kennen, maar was hij er niet effectief van op de hoogte, dan staat een beroep op het bevrijdingsbeding hem alsnog vrij. Dat is althans wat de Franstalige sectie van het Hof van Cassatie beslist. In het volgende randnummer wordt echter duidelijk dat de Nederlandstalige sectie van het Hof van Cassatie wellicht een andere kant uitgaat.

44. *Ook normatieve kennis van de verkoper?* (Cass. 18 februari 2019) – Op 18 februari 2019[238] heeft de Nederlandstalige sectie van de derde kamer van het Hof van Cassatie een arrest gewezen dat zich maar moeilijk met het arrest van 6 september 2018 van de Franstalige sectie laat verzoenen.

De feiten onderliggend aan dit arrest betroffen de verkoop van een huis dat door de verkopers – een koppel – zelf was gebouwd, zonder bijstand van een professionele aannemer of architect. Na hun intrek in de woning stelden de kopers evenwel opstijgend vocht vast. Naderhand bleek dat de verkopers bij de bouw van de kelder van de woning hadden afgeweken van het voorgeschreven concept van een waterdichte betonnen kuip. Wanneer de kopers de verkopers aanspreken op basis van verborgen gebreken, verweren deze zich op basis van volgend bevrijdingsbeding: "*De kopende partij aanvaardt de verkopende partij vrij te stellen voor de verborgen gebreken in de mate de verkopende partij deze niet kende. De verkopende partij verklaart geen weet te hebben van verborgen gebreken van het goed".*

Het hof van beroep oordeelde dat het niet bewezen was dat de verkopers het gebrek op het ogenblik van de koop effectief kenden, maar dat zij niettemin moesten worden geacht het gebrek te hebben gekend, nu zij in de gegeven omstandigheden hadden moeten weten dat de waterdichtheid niet gegarandeerd was. Met name hadden de verkopers moeten beseffen dat door op eigen initiatief af te wijken van het voorgeschreven concept, zich problemen konden voordoen en dat passende maatregelen nodig waren om de waterdichtheid te verzekeren. Omdat de onwetendheid van de verkopers over het verborgen gebrek volgens het hof van beroep aan hun eigen nalatigheid te wijten was, konden zij zich niet beroepen op het bevrijdingsbeding. Tevergeefs voorzien de verkopers zich in cassatie. Met volgende rake overwegingen verwerpt de Nederlandstalige sectie van de derde kamer het cassatieberoep:

> *"Krachtens artikel 1645 [oud] Burgerlijk Wetboek is de verkoper die de gebreken van de zaak gekend heeft, niet alleen gehouden tot teruggave van de prijs, maar bovendien tot vergoeding van alle schade die er het gevolg van is.*

[238] C.18.0346.N, *RW* 2019-20, 1106, *TBH* 2019, 330 en *TBO* 2020, 36, noot E. Goossens.

> *De verkoper wordt geacht het gebrek te kennen wanneer zijn onwetendheid te wijten is aan zijn nalatigheid, in welk geval hij zich niet kan beroepen op een beding dat hem vrijstelt van aansprakelijkheid op grond van artikel 1645 [oud] Burgerlijk Wetboek. (…)*
> *De appelrechters die oordelen dat de verkopers "in de gegeven omstandigheden hadden moeten weten dat de waterdichtheid niet gegarandeerd was" aangezien zij "minstens hadden moeten beseffen" dat hun wijze van bouwen tot problemen zou aanleiding geven, zij nagelaten hebben zich degelijk te laten informeren door deskundigen, "zeker wanneer zij op eigen initiatief wijzigingen aanbrengen in het concept van de kelder" en "elke voorzichtige 'zelfbouwer' moet weten dat er passende maatregelen vereist zijn om een kelder waterdicht te maken" en die op die gronden oordelen dat verkopers geacht moeten worden het gebrek te kennen en dienvolgens geen beroep kunnen doen op het exoneratiebeding in de koopovereenkomst, verantwoorden hun beslissing naar recht."*

Dit arrest doet verschillende vragen rijzen.[239] Zo is onduidelijk hoe dit arrest zich verhoudt tot het arrest van de Franstalige sectie gewezen op 6 september 2018 (*supra* nr. 43). Uit dit laatste arrest bleek namelijk dat het 'behoren te kennen' van een verborgen gebrek exonereerbaar is. In die opvatting kan de verkoper zich alsnog op een bevrijdingsbeding beroepen indien hij het gebrek behoorde te kennen, maar hij er niet effectief van op de hoogte was. Enkel wanneer de verkoper het gebrek effectief kende, is hij te kwader trouw, zodat hij zich niet op een bevrijdingsbeding voor verborgen gebreken kan beroepen. Maar volgens de Nederlandstalige sectie van het Hof van Cassatie in het arrest van 18 februari 2019 is de verkoper niet alleen te kwader trouw wanneer hij het gebrek effectief kende, maar ook wanneer hij het gebrek *behoorde* te kennen, ook al kende het gebrek feitelijk niet: "*De appelrechters die (…) op die gronden oordelen dat verkopers geacht moeten worden het gebrek te kennen en dienvolgens geen beroep kunnen doen op het exoneratiebeding in de koopovereenkomst, verantwoorden hun beslissing naar recht"*. In de rechtsleer zijn de arresten van 6 september 2018 en 18 februari 2019 tegenstrijdig bevonden.[240] Dit doet de rechtszekerheid geen deugd. Het is uitkijken naar een cassatiearrest gewezen in voltallige zitting dat hierover duidelijker standpunt inneemt.

Een tweede vraag die het arrest van 18 februari 2019 doet rijzen ziet op de verhouding tussen het kooprecht en het gemeen verbintenissenrecht. Sinds het cassatiearrest van 25 september 1959 is namelijk duidelijk dat de schuldenaar zich naar gemeen recht niet mag exonereren voor zijn opzettelijke fout (inmiddels wettelijk verankerd in art. 5.89 BW[241]), maar wel voor diens eigen nalatigheid, zelfs al was die zwaar.[242] Het is niet duidelijk waarom en op basis van welke wettelijke grondslag van deze gemeenrechtelijke regel wordt afgeweken voor de aansprakelijkheid wegens verborgen gebreken in het kooprecht.

---

[239] In de rechtsleer is het arrest kritisch onthaald, zie E. Goossens, "Wat je zelf doet, doe je meestal beter? Over de onmogelijkheid voor de nalatige zelfbouwer-verkoper om zich te exonereren voor verborgen gebreken" (noot onder Cass. 18 februari 2019), *TBO* 2020, (37) nr. 12; N. Van Damme, *Wetsontduiking. Fraus legis*, Antwerpen, Intersentia, 2020, vn. 381; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 473. Stonden eveneens al kritisch tegenover deze opvatting die zich eerder al doordrukte in sommige feitenrechtspraak: L. Simont en P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)", *RCJB* 2014, (725) nr. 67.

[240] Bv. B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) nr. 339.

[241] Onder het nieuwe verbintenissenrecht wordt de notie bedrog echter verlaten, omdat geen eensgezindheid bestond over de intentie of bedoeling die de dader in dit verband moet hebben (zie bv. A. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, nrs. 51, 70 en 240).

[242] Cass. 25 september 1959, *JT* 1960, 114, noot J. Rothier, *Pas.* 1960, I, 113, noot P. Mahaux, *RCJB* 1960, 5, noot J. Dabin en *RGAR* 1960, nr. 6.574, noot R. Dalcq.

Tot slot rijst de vraag of deze normatieve beoordeling van de goede trouw (niet alleen 'effectief' kennen, maar ook '*behoren'* te kennen) ook toe te passen is bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding die de verkoper bij verborgen gebreken, op voet van de artikelen 1645-1646 oud BW, verschuldigd is (*supra* nr. 24). Voor de Nederlandstalige sectie van de eerste kamer van het Hof van Cassatie luidt het antwoord wellicht bevestigend, maar of dit ook geldt voor haar Franstalige evenknie, blijft onzeker.

3° Vermoeden van kwade trouw: de gespecialiseerde verkoper

45. *Analogische toepassing van 'vermoeden' van kwade trouw voor fabrikant en de gespecialiseerde verkoper* (Cass. 7 april 2017 en Cass. 15 februari 2021) – Uit artikel 1643 oud BW volgt dat wanneer de verkoper te kwader trouw is, hij zich niet op het bevrijdingsbeding voor verborgen gebreken kan beroepen (*supra* nr. 41). Maar buiten de hypothese waarin de koper kan bewijzen dat de verkoper vóór de koop al aan het verborgen gebrek probeerde te remediëren aan de hand van camouflagewerken of van het goed dermate gebruik heeft gemaakt dat hij gelet op zijn langdurige eigendomstitel niet onwetend kon zijn over het gebrek, is het bewijs van kennis van de verkoper over het verborgen gebrek geen evidentie. Daarom heeft de rechtspraak het 'vermoeden' van kwade trouw afgeleid uit de artikelen 1645-1646 oud BW (*supra* nr. 27), analogisch toegepast op de mogelijkheid tot exoneratie uit artikel 1643 oud BW. In het arrest van 7 april 2017, hierboven eerder besproken (*supra* nr. 27), heeft het Hof van Cassatie deze analogie voor het eerst bevestigd.

Tegelijk preciseert dit arrest het personele toepassingsgebied van dit 'vermoeden'. Tot voor dit arrest werd het vermoeden doorgaans toegepast op de *professionele* verkoper. Hierdoor werd de professionele verkoper vermoed het gebrek te hebben gekend, zodat dat hij zich *de jure* niet kon exonereren voor verborgen gebreken, tenzij hij kon aantonen dat het gebrek 'onnaspeurbaar' was.[243] Met het arrest van 7 april 2017 maakt het Hof van Cassatie echter duidelijk dat dit 'vermoeden', ook in het kader van artikel 1643 oud BW, enkel geldt voor de fabrikant en de gespecialiseerde verkoper:

> *"De verkoper, wanneer hij een fabrikant of een gespecialiseerde verkoper is, is verplicht de zaak zonder gebrek te leveren en moet daartoe alle maatregelen nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen, zodat hij, indien het bestaan van een gebrek wordt aangetoond, de door de koper geleden schade moet vergoeden, tenzij hij bewijst dat het gebrek onmogelijk kon worden opgespoord.*
> *Deze resultaatsverbintenis rust niet op elke professionele verkoper, maar enkel op de fabrikant en op de gespecialiseerde verkoper.*
> *De rechter oordeelt in feite of een verkoper als een gespecialiseerde verkoper kan worden beschouwd en hanteert daarbij als onderscheidingscriterium de specialisatiegraad en de technische competenties van de verkoper in kwestie.*
> *De appelrechters oordelen dat '(de eiseres) als een professionele verkoper dient beschouwd te worden, zodat zij vermoed wordt de verborgen gebreken gekend te hebben' en dat 'de professionele verkoper, die vermoed wordt de verborgen gebreken te hebben gekend, (..) zich niet kan beroepen op een exoneratiebeding, tenzij hij het tegenbewijs*

[243] O.a. Antwerpen (7e k.) 3 april 2017, *TBO* 2017, 381; Gent (13e k.) 2 mei 2017, *DAOR* 2017, 98; Luik (20e k.) 3 februari 2011, *JLMB* 2011, 1846; Brussel (9e k.) 17 juni 2009, *TBBR* 2013, 110; Antwerpen (7e k.) 26 januari 2009, *TBO* 2008, 225; Brussel (4e k.) 8 december 2008, *DCCR* 2009, 83, noot Y. Ninane; Rb. Antwerpen (afd. Antwerpen, 2e k. AB), 6 oktober 2015, *TBO* 2016, 346; Rb. Luik (7e k.) 26 maart 2009, *JLMB* 2009, 1778. Zie o.a. I. Claeys en K. Van Strydonck, "Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro" in *Bijzondere overeenkomsten. XXXIV Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2007-08*, Mechelen, Kluwer, 2008, 307 e.v.; S. Marysse, "Artikelen 1643 BW", in *Comm.Bijz.Ovk.*, Mechelen, Kluwer, losbl., nr. 12.

> *van zijn onoverwinnelijke onwetendheid of van het onnaspeurbaar karakter van het gebrek levert, wat in casu niet het geval is.'*
> *Door aldus de resultaatsverbintenis om de zaak zonder gebrek te leveren en om alle maatregelen te nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen, van toepassing te achten op elke professionele verkoper, verantwoorden de appelrechters hun beslissing niet naar recht."*

Dit arrest bevestigt dat ook in het kader van artikel 1643 oud BW het 'vermoeden' van kwade trouw niet geldt voor de *professionele* verkoper, maar enkel voor de fabrikant en de *gespecialiseerde* verkoper.[244] Hieruit volgt dat de verkoper-fabrikant en de gespecialiseerde verkoper zich voor hun aansprakelijkheid wegens verborgen gebreken niet kunnen beroepen op een bevrijdingsbeding, tenzij zij aantonen dat het gebrek onmogelijk kon worden opgespoord. In het bijzonder voor koopcontracten voor onroerende goederen, die haast systematisch exoneratiebedingen bevatten ten voordele van de verkoper, kan de toepassing van dit 'vermoeden' ertoe leiden dat de verkoper zich niet succesvol op het bevrijdingsbeding voor verborgen gebreken kan beroepen.

Een cassatiearrest gewezen op 15 januari 2021 is zelfs nog explicieter en verduidelijkt het criterium van de gespecialiseerde verkoper.[245] De feiten hadden betrekking op de verkoop van recreatiewoningen in een vakantiepark door een projectontwikkelaar (*supra* nr. 28). Na te hebben bevestigd dat de resultaatsverbintenis tot opsporing en vaststelling van het verborgen gebrek niet op elke professionele verkoper rust, maar enkel op de fabrikant en op de gespecialiseerde verkoper, gaat het Hof van Cassatie verder met de volgende overwegingen:

> *"De appelrechter stelt vast en oordeelt dat:*
> *- de eiseressen stellen dat zij niet tot vrijwaring zijn gehouden omdat hun aansprakelijkheid contractueel is uitgesloten;*
> *- de bewering van de eiseressen als zouden zij geen professionele verkopers zijn, niet wordt gevolgd;*
> *- uit de voorgelegde documenten en de website van de eerste eiseres duidelijk blijkt dat ze is opgetreden als projectontwikkelaar van het recreatieproject waarbij ze zich niet heeft beperkt tot het uitbaten van een vakantiepark maar ten aanzien van de verweerders is opgetreden als een professionele verkoper;*
> *- ook uit de activiteit van de tweede eiseres blijkt dat zij optreedt als professionele verkoper;*
> *- de eiseressen zich als professionele verkopers niet kunnen exonereren voor verborgen gebreken omdat zij geacht zijn de verborgen gebreken van de goederen die zij verkopen, te kennen.*
> *Door aldus te oordelen, zonder na te gaan of en vast te stellen dat de eiseressen kunnen worden beschouwd als gespecialiseerde verkopers, verantwoordt de appelrechter zijn beslissing niet naar recht."*

Samengevat volgt uit deze cassatierechtspraak dat de verkoper-fabrikant en de gespecialiseerde verkoper zich voor hun aansprakelijkheid wegens verborgen gebreken niet kunnen beroepen op een bevrijdingsbeding, tenzij zij aantonen dat het gebrek onmogelijk kon worden opgespoord.

---

[244] Een cassatiearrest van 6 september 2018 onderschrijft dit criterium en bevestigt tegelijk de gemaakte analogie tussen artikel 1643 en de artikelen 1645-1646 oud BW, zie Cass. 6 september 2018, C.16.0288.F, *JLMB* 2020, 52, *RW* 2019-20, 267 en *TBH* 2020, 490.

[245] Cass. 15 janauari 2021, C.20.0241.N, *TBBR* 2022, 96, noot O. Janssens en *TBO* 2021, 36.

In de feitenrechtspraak dringt dit criterium nog niet altijd goed door[246], maar er zijn ook beslissingen die wel het juiste criterium hanteren[247]. Voor de concrete invulling van het criterium van de 'gespecialiseerde verkoper', is verwezen naar de rechtspraak over artikelen 1645-1646 oud BW (*supra* nr. 27) die hier analogisch toepasselijk is. De verschuiving in de cassatierechtspraak van de *professionele* verkoper naar het criterium van de *gespecialiseerde* verkoper is niet zonder belang in de contractuele praktijk. *De facto* impliceert deze cassatierechtspraak namelijk een jurisprudentieel exoneratieverbod voor de gespecialiseerde verkoper, waaraan slechts zeer moeilijk te ontsnappen is, omdat de lat om het 'vermoeden' van kwade trouw te weerleggen, in de praktijk zeer hoog blijkt te liggen (*supra* nr. 29). De professionele verkoper die daarentegen niet gespecialiseerd is, kan zich wel beroepen op een bevrijdingsbeding inzake verborgen gebreken, tenzij het gemeen recht of bijzondere wetgeving zich daartegen verzet (*supra* nrs. 39-40).

46. *Kritiek* – Nochtans groeide in de recente doctrine een overtuigende strekking die ervoor heeft gepleit dit jurisprudentieel exoneratieverbod te verlaten. Dit verbod valt namelijk moeilijk te rijmen met de principes uit ons gemeen contracten- en bijzondere overeenkomstenrecht.[248]

Vooreest leidt dit jurisprudentieel exoneratieverbod tot een incoherentie van ons kooprecht, waarbinnen de veelheid aan onderscheiden regelingen nog maar moeilijk te vatten is. Waar in het gemeen kooprecht het criterium thans schuilt in de gespecialiseerde verkoper, heeft dit slechts een beperkte draagwijdte, omdat dit criterium door dwingende consumentenwetgeving alleen toepasselijk is in B2B- en C2C-verhoudingen (*supra* nr. 41). In B2C-verhoudingen geldt immers het exoneratieverbod van de consumentenkoop (art. 1649*octies* en art. 1701/18 oud BW) en voor verborgen gebreken (art. VI.83, 14° WER, *supra* nr. 40). Voor de bepaling van het personele toepassingsgebied van deze wettelijke exoneratieverboden geldt niet het criterium van de gespecialiseerde verkoper (zoals het Hof van Cassatie dit toepast binnen het gemeen kooprecht), maar wel het criterium van de professionele verkoper. In het consumentenrecht is niet de specialisatiegraad relevant, maar enkel het professionaliteitscriterium – of beter

---

[246] Verwijst naar de professionele verkoper, bv. Luik (3e k. C) 23 juli 2021, *TBBR* 2022, 227 en *T.Verz.* 2023, 104 (project-ontwikkelaar).

[247] Bv. Brussel (20e k.) 20 februari 2018, *TBO* 2018, 327.

[248] Voor een bespreking, zie S. De Rey en B. Tilleman, « Les clauses exonératoires et limitatives de responsabilité ou de garantie dans la vente. Rapport belge » in P. Jourdain en B. Dubuisson (eds.), *Les responsabilités et les garanties du vendeur*, Parijs/Brussel, LGDJ/Bruylant, 2023 (te verschijnen); S. De Rey en B. Tilleman, "Het 'vermoeden van kwade trouw' bij verborgen gebreken: welke verkoper past het schoentje?", *TBBR* 2018, (131) nrs. 13 e.v.; B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, vol. X, Deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A: Verkoop, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 480. Zie al H. Cousy, *Problemen van produktaansprakelijkheid: rechtsvergelijkend onderzoek naar Belgisch, Frans, Nederlands, Duits, Amerikaans, Engels en Europees recht*, Brussel, Bryulant, 1978, 357, nr. 352; P.A. Foriers, "Chronique de jurisprudence 1970-1984 (3ème partie)", *TBH* 1987, 50, nr. 69; P.A. Foriers, "La garantie du vendeur professionel et la cour de cassation de Belgique – Observations et réflexions" *in Les obligations en droit français et en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1994, (247) nr. 15; P. Van Ommeslaghe, "Les clauses limitatives ou exonératoires" in *Les obligations en droit français et en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1994, (181) nr. 12; P.A. Foriers, "Conformité et garantie dans la vente" in B. Tilleman en P.A. Foriers (eds.), *De koop/La vente*, Brugge, die Keure, 2002, (17) nr. 53; P. Van Ommeslaghe, "Les spécifités de la vente commerciale" in B. Tilleman en P.A. Foriers (eds.), *De koop/La vente*, Brugge, die Keure, 2002, (267) 289; I. Claeys en K. Van Strydonck, "Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro" in *Bijzondere overeenkomsten. XXXIV Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2007-08*, Mechelen, Kluwer, 2008, 307 e.v.; C. Jassogne, "La mauvaise foi du professionnel", *TBBR* 2011, (106) 111; P. Brulez, *Koop en aanneming: faux amis*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 565 e.v.

uitgedrukt: het organisatiecriterium – doorslaggevend.[249] Dit doet de eisen van kenbaarheid en toegankelijkheid van het kooprecht geen deugd.

Daarnaast is het jurisprudentieel exoneratieverbod voor verborgen gebreken in koop incoherent ten aanzien van de regeling van andere bijzondere contracten. De jurisprudentiële onmogelijkheid tot exoneratie voor een gespecialiseerde contractant is namelijk niet te vinden in andere bijzondere contracten. Voor de gespecialiseerde aannemer heeft ons Hof van Cassatie de analoge toepassing van dit verbod zelfs uitdrukkelijk afgewezen.[250] Ook voor de gespecialiseerde verhuurder bestaat geen soortgelijk verbod.[251] Het is onduidelijk waarom de gespecialiseerde verkoper vandaag opmerkelijk strenger wordt behandeld dan de gespecialiseerde aannemer of de gespecialiseerde verhuurder, hoewel daarvoor geen wettelijk aanknopingspunt lijkt te bestaan. Bovendien wijkt het jurisprudentieel exoneratieverbod voor de gespecialiseerde verkoper af van het gemeen contractenrecht, terwijl de wetgever daarin al in verschillende grenzen heeft voorzien (*supra* nr. 39). Ten aanzien van consumenten is de vrijwaringsverbintenis voor verborgen sowieso dwingend voorgeschreven, zodat de verkoper als onderneming hier niet van kan afwijken (art. VI.83, 14° WER). Tot slot kan de rechter altijd teruggrijpen naar het algemeen verbod op rechtsmisbruik (art. 1.10 en art. 5.73, tweede lid, 2° BW). Op grond daarvan kan de rechter de schuldeiser het recht ontzeggen om zich op een contractueel beding te beroepen wanneer dat in de concrete omstandigheden rechtsmisbruik uitmaakt. Voor een exoneratiebeding kan dit het geval zijn wanneer de schade voor de schuldeiser onvoorzienbaar zwaar uitvalt en een beroep op het beding een kennelijk onevenwicht zou scheppen tussen het voordeel dat de geëxonereerde schuldenaar daarmee geniet en het nadeel dat de schuldeiser daardoor draagt.[252]

In het kader van een modernere benadering zou men zich de vraag kunnen stellen of niet is af te zien van de jurisprudentiële regel die de gespecialiseerde verkoper verbiedt zich geheel of gedeeltelijke te bevrijden van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken: bieden het gemeen contractenrecht en de bijzondere dwingende wetsbepalingen de koper niet voldoende bescherming?

Slotbeschouwing: verborgen gebreken, maar voor hoelang nog?

47. Deze kroniek maakt duidelijk dat ons kooprecht op het vlak van verborgen gebreken volop in beweging blijft. Met verschillende arresten heeft het Hof van Cassatie het regime van de verbintenis tot vrijwaring voor verborgen gebreken in de koop verder uitgetekend, maar onvermijdelijk is ons recht op dit punt nog niet uitgekristalliseerd. Uiteraard schuilen daarin nog talloze boeiende vragen, maar in alle eerlijkheid koester ik de hoop dat de regeling van de verborgen gebreken geen lang leven meer beschoren is. Al het werk en de verstandelijke energie indachtig die ontelbare juristen sinds 1804 hebben besteed aan de artikelen 1641 e.v. oud BW en de tijd die zij hebben geïnvesteerd in het doorgronden van deze aansprakelijkheidsregeling,

---

[249] Het kenniscriterium is in het consumentenrecht zelfs verworpen omdat het moeilijk objectiveerbaar is "via vaak arbitraire criteria zoals specialisatie", zie G. Straetmans, "Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014)", *TPR* 2015, (1311) 1366, nr. 37, vn. 212.

[250] In een arrest van 5 december 2002 oordeelt het Hof van Cassatie namelijk dat *"uit geen enkele wetsbepaling blijkt dat een gespecialiseerd aannemer wordt vermoed op de hoogte te zijn van het verborgen gebrek"* (C.01.0316.F, *Arr.Cass.* 2002, 2662, *JT* 2003, 228, *JLMB* 2003, 628, *RGAR* 2004, nr. 13.938, *RW* 2005-06, afl. 11, 420, noot A. Van Oevelen, *TBBR* 2004, afl. 4, 203, noot W. Goossens en *Verkeersrecht* 2003, 102).

[251] J. Dewez, "Le régime des vices cachés dans les contrats de vente, de bail et d'entreprise" (noot onder Bergen 24 maart 2008), *TBBR* 2008, (47) nr. 44.

[252] Daarover N. Simons, "Misbruik van exoneratiebedingen in het Belgische recht. Een rechtsvergelijkend perspectief met de Draft Common Frame of Reference", *Jura Falc.* 2011-2012, (97) 118 e.v.

met zijn haar toepassingsvoorwaarden, bijzondere sanctieregeling, specifieke termijnen en regels over exoneratie, impliceert een maatschappelijke kost die zich maar moeilijk laat rechtvaardigen.

48. Gelukkig waait sinds enkele jaren een wind van hervorming door ons privaatrecht. Zoals bekend is deze hervorming op gang geblazen door de invoering van een nieuw Burgerlijk Wetboek.[253] Gaandeweg krijgt dit Burgerlijk Wetboek, dat stapsgewijs wordt ingevoerd, steeds meer vaste vorm. Dat ook het bijzondere contractenrecht toe is aan hervorming, wordt hopelijk door niemand nog betwijfeld. Na de recente inwerkingtreding van het nieuwe verbintenissenrecht in Boek 5 BW[254], bereidt de Commissie belast met de hervorming van het bijzondere contractenrecht vandaag een ontwerp voor Boek 7 'Bijzondere contracten' voor[255].

Zonder twijfel zal ook de koop, als moedercontract van de bijzondere overeenkomsten, zich voor hervorming aan deze Commissie opdringen. In deze hervorming is het wenselijk dat het nieuwe kooprecht komaf maakt met het bijzondere regime van de verborgen gebreken, met zijn talrijke grijze zones waarin de afwijkingen van het gemeen recht al te vaak perplex laten staan. Meer fundamenteel is het wenselijk dat deze hervorming het dualistisch systeem uit ons gemeen kooprecht opheft en door een moderner en eenvoudiger *monistisch systeem* vervangt, dat de toepassingsvoorwaarden, sancties, termijnen en regels over exoneratie op elkaar afstemt. De succesvolle voorbeelden van een dergelijk monistisch systeem zijn bekend: in de consumentenkoop en het Weens Koopverdrag slorpt de verbintenis tot conforme levering de verbintenis tot vrijwaring voor verborgen gebreken helemaal op. In plaats van een dualistisch regime, hanteren deze bijzondere koopregimes een moderner en eenvoudiger systeem dat talloze betwistingen overbodig maakt.

In een poging om het gefragmenteerd kooprecht te vereenvoudigen, heeft de rechtsleer sinds de jaren 1980 de samensmelting van de leveringsverbintenis en vrijwaringsverbintenis voor verborgen gebreken in toenemende mate bepleit.[256] De invoering van de consumentenkoop

---

[253] Wet 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek, *BS* 14 mei 2019, 46253.

[254] Wet 28 april 2022 houdende boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 1 juli 2022, 54082.

[255] Opgericht bij MB 15 juni 2021, *BS* 2 juli 2021, 67.329 en samengesteld uit B. Tilleman, P.-A. Foriers, S. Stijns, R. Jafferali, B. Kohl, M. Dambre, F. George, P. Brulez, S. De Rey, S. Jansen en J.-C. Boulet.

[256] Zie o.m. J. Herbots, D. Clarysse en J. Werckx, "Overzicht van rechtspraak (1977-1982): Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1985, (767) nr. 63; D. Deli, "Afbakeningsprobleem 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, (1363) 1367; P.A. Foriers, "Chronique de jurisprudence (1970-1984): les ventes commerciales", *TBH* 1987, (3) nr. 62; F. Glansdorff, "Le droit de vente: à la recherche d'un équilibre", in *La vente,* Brussel, éd. Jeune Barreau, 1987, (8) 46; V. Pirson, "Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente", *TBBR* 2001, (416) 440; S. Stijns, "Nieuw kooprecht in oud B.W.? Sophie's choice" in *Liber amicorum Jacques Herbots,* Antwerpen, Kluwer, 2002, (389) nr. 22; A. Van Oevelen, "Nuttige lessen te halen uit het Weense Koopverdrag voor de verbetering van het eigen algemene overeenkomstenrecht en het kooprecht" in *Liber amicorum Jacques Herbots,* Antwerpen, Kluwer, 2002, (509) nr. 10; A. Puttemans, "La vente au consommateur" in P.A. Foriers en B. Tilleman (eds.), *De koop/La vente,* Brugge, die Keure, 2002, (223) 259; S. Stijns en I. Samoy, "Le nouveau droit de la vente: la transposition en droit belge de la Directive européenne sur la vente des biens de consommation", *TBBR* 2003, (2) nr. 46; B. Tilleman en A.L. Verbeke, "Re-codificatie van het contractenrecht? Illustraties aan de hand van kooprecht, aanneming en onbenoemde contracten" in *Tweehonderd Jaar Burgerlijk Wetboek,* Belgisch Federaal Parlement, 2004, (64) 75; A. Lenaerts, "Het nieuwe begrip conformiteit in het Belgisch en Duits kooprecht", *TBBR* 2006, (81) nr. 22; F. Glansdorff, "La garantie des vices cachés exclut-elle le manquement à l'obligation de délivrance?" (noot onder Cass. 19 oktober 2007), *RCJB* 2010, 22, nr. 9; B. Tilleman, "Via een optioneel europees contractenrecht naar een aanpassing van ons gefragmenteerd intern kooprecht", in *Liber amicorum Herman Cousy,* Antwerpen, Intersentia, 2011, 835 e.v.; P. Brulez, *Koop en aanneming: faux amis?,* Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 490; S. De Rey en S. Declercq, "De aanvaarding als scharnierpunt tussen de vordering wegens niet-conforme levering en de vordering wegens verborgen gebreken bij koop" (noot onder Cass. 12

in de artikelen 1649*bis* e.v. oud BW heeft dat pleidooi alleen maar gesterkt en de verschillen tussen de onderscheiden regelingen bijkomend geproblematiseerd.[257] Op vandaag zijn er dan ook voldoende aanwijzingen dat het Belgische recht, in navolging van rechtsvergelijkende voorbeelden, klaar is voor een samensmelting van de verbintenis tot conforme levering en de verbintenis tot vrijwaring voor verborgen gebreken. Dit is ingegeven door de eis om de toegankelijkheid en de kenbaarheid van het kooprecht te versterken, die als krachtlijn de hervorming van het bijzondere contractenrecht moet sturen. Tegelijk dient deze samensmelting de eis van rationalisatie, een andere krachtlijn in de hervorming, die erop gericht moet zijn het bijzondere contractenrecht te vereenvoudigen daar waar het kan.[258] Rationalisatie, omdat er vandaag voldoende indicaties bestaan dat ons recht rijp is om sommige bijzondere contracten, of sommige categorieën van bijzondere contracten, met meer coherentie op elkaar en op het gemeen contractenrecht af te stemmen, zodat overtollige afwijkingen – waarvan de rechtvaardiging vandaag al te vaak zoek blijkt, maar die nog steeds aanleiding geven tot complexiteit en betwistingen – in dit nieuwe wetboek finaal verdampen.

februari 2021 en Cass. 6 januari 2022), *T.Not.* 2022, (760) nr. 18; P. Wéry, "L'obligation de délivrance de la chose vendue en droit commun de la vente", *TBBR* 2022, (187) nr. 35.

[257] Zo is de onmogelijkheid tot herstelling en vervanging van zaken behept met verborgen gebreken uit artikel 1644 oud BW, vergeleken met de mogelijkheid tot herstelling en vervanging bij niet-conforme levering (artt. 1604 e.v. oud BW), de consumentenkoop (art. 1649*quinquies*, § 2 oud BW), het Weens Koopverdrag (art. 46, leden 2-3) en het gemeen contractrecht, in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel op zijn grondwettelijkheid bevraagd (zie S. De Rey, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop: mag het wat meer zijn dan artikel 1644 BW?", *TBBR* 2018, (144) nr. 10).

[258] Voor enkele perspectieven in dit verband, zie S. De Rey, "Naar een boek 'bijzondere overeenkomsten' in het nieuw Burgerlijk Wetboek? Enkele perspectieven" in S. De Rey, N. Van Damme en T. Gladinez (eds.), *Grenzen voorbij. Liber discipulorum Bernard Tilleman*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 361 e.v.; B. Kohl, "Le contrat d'entreprise: proposition de réforme du Code civil" in R. Jafferali en E. Van den Haute (eds.), *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, Brussel, Larcier, 2021, 481 e.v.