

Inhoud

Rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten <i>M. Schoups en K. Lemmens</i>	88
Het deskundigenonderzoek in bouwzaken <i>Kristof Uytterhoeven</i>	106
Contractuele aansprakelijkheid in het bouwrecht Rechtspraakoverzicht 1999-2009 <i>Benoît Kohl en Maarten Hoebeeck</i>	130
De stedenbouwkundige lasten inzake sociaal en bescheiden woonaanbod in het Decreet Grond- en Pandenbeleid: een haalbare uitdaging? <i>Els Empereur en Kristof Hectors</i>	144

Rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten

M. Schoups en K. Lemmens¹

Inleiding

1. De Europese en nationale regelgeving met betrekking tot de rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten evolueert steeds sneller onder impuls van de Europese overheden die steeds nadrukkelijker en gedetailleerder de lidstaten opleggen een *doeltreffend en zo snel mogelijk beroep* toe te kennen tegen de door de aanbestedende instantie genomen selectie- en gunningsbeslissingen bij overheidsopdrachten.

2. Door de verplichting tot omzetting in intern recht van de Europese Richtlijn 2007/66/EG heeft de Belgische wetgever bij wet van 23 december 2009 voor de vierde keer in nauwelijks zes jaar de wetgeving over de rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten drastisch gewijzigd.

Voor een goed begrip van de totstandkoming, het belang en de eventuele pijnpunten van deze nieuwe regeling evenals de overgangsregelingen tussen de verschillende regelingen is het noodzakelijk om een overzicht te geven van de evoluties in de rechtsbescherming in de Belgische en de Europese regelgeving vanaf de invoering van de eerste wettelijke wachttermijnregeling² in de Belgische overheidsopdrachtenwetgeving door de Programmawet van 9 juli 2004 waarbij artikel 21 bis in de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 ingelast werd. De bewogen geschiedenis van de rechtsbescherming voor de invoering van de eerste wettelijke standstillregeling in 2004 werd reeds uitvoerig eerder in andere bijdragen besproken waarnaar volledigheidshalve verwezen kan worden.^{3,4}

3. Vooreerst worden in deze bijdrage de regeling en de pijnpunten van de wachttermijnregeling uiteengezet zoals deze voor het eerst in de Belgische wetgeving werd opgenomen in de artikel 21 bis van de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 ingevolge de Programmawet van 9 juli 2004 (Hoofdstuk I).

Vervolgens wordt de rechtbeschermingswet van 16 juni 2006 besproken, die heden nog niet in werking is getreden (Hoofdstuk II).

Daarna wordt de Europese Richtlijn 2007/66/EG van 11 december 2007 behandeld, die de rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EG en 92/13/EEG drastisch wijzigde (Hoofdstuk III).

Hoofdstuk IV handelt over de invoering van een gewijzigde wachttermijnregeling in de artikelen 21bis, 41sexies en 62bis van de bestaande overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 bij wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen (II).

Hoofdstuk V bespreekt de recente opheffing van de artikelen 21bis, 41sexies en 62bis van de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 en hun vervanging door de invoering van een boek IIbis in de bestaande overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 door de wet van 23 december 2009 met inbegrip van het uitvoerende KB van 10 februari 2010.

In hoofdstuk VI volgt dan de conclusie.

Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten, Antwerpen, Maklu, 2005; PH. MATHEÏ, M.A. FLAMME en C. DARDENNE, *Les marchés publics Européens et Belges*, Larcier, 2005, 247-285; D. D'HOOOGHE, I. VOS, Ph. DE KEYSER, "Recente Evoluties in het Aanbestedingsrecht" in K. DEKETELAERE en A. VERBEKE (eds.), *Jaarboek bouwrecht 2004-2005*, die Keure, 2005, 38-44; A. WITGEN, "Enkele beschouwingen bij de verplichte bevroingsperiode inzake overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2005/2, blz. 125 -134; C. DE WOLF, "Rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten: *alea iacta est?*", *T. Aann.* 2005, 7-35; M.A. FLAMME en PH. FLAMME, "Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant - Le sort des contrats irrégulièrement conclus - Comment assurer l'efficacité des recours juridictionnels? - Les modalités du futur standstill", *T. Aann.* 2002, 120-158.

¹ De auteurs zijn advocaat aan de balie te Antwerpen bij het advocatenkantoor Schoups, Van Bosstraeten & C°.

² De wachttermijn wordt ook wel standstilltermijn, bevroingsstermijn of opschortende termijn genoemd.

³ SCHOUPS M. en LEMMENS, K., "Evoluties van de rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten: De standstillwetgeving in beweging" in K. DEKETELAERE, A. VERBEKE en K. VANHOVE (eds.), *Jaarboek Bouwrecht 2006-2007*, die Keure en Intersentia, 2007, 35-77.

⁴ Het tergende gebrek aan rechtsbescherming in natura van de afgevoerde inschrijver werd uitvoerig in de rechtsleer besproken. Zie o.a. P. FLAMEY, "Schadeloosstelling in natura bij onregelmatige gunningen" in C. DE KONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE,

Hoofdstuk I. De invoering van de wettelijke wachttermijn in 2004

Afdeling 1. Totstandkoming van art. 21bis overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993

1e PROEF

4. De rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EEG⁵ en 92/13/EEG⁶ hadden tot doel de lidstaten de nodige maatregelen te doen nemen om de benadeelde inschrijver een *doeltreffend en zo snel mogelijk beroep* toe te kennen tegen de door de aanbestedende overheid genomen gunningsbeslissing die het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, schond.⁷ Zo dienden de lidstaten volgens deze richtlijnen onder andere de nodige bevoegdheden te voorzien om:

- (a) zo snel mogelijk *in kort geding voorlopige maatregelen* te nemen om de beweerdte schending ongedaan te maken of te voorkomen, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten dan wel te doen opschorten⁸,
- (b) onwettige besluiten *nietig* te verklaren *c.q.* nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband hield met de aanbestedingsprocedure.⁹

5. Het Europees Hof van Justitie heeft de draagwijdte van deze bepaling nader gepreciseerd in het baanbrekende arrest *Alcatel Austria* van 28 oktober 1999¹⁰:

“43. Mitsdien moet artikel 2, lid 1, sub a en b, juncto lid 6, tweede alinea, van richtlijn 89/665 aldus worden uitgelegd, dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen.”

⁵ Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 betreffende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, *Pb.L.* 395, 30 december 1989.

⁶ Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 betreffende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, *Pb.L.* 076, 23 maart 1992.

⁷ Art. 1, lid 1 Richtlijn 89/665/EEG en Richtlijn 92/13/EEG.

⁸ Art. 2, 1, a Richtlijn 89/665/EEG en Richtlijn 92/13/EEG.

⁹ Art. 2, 1, b Richtlijn 89/665/EEG en Richtlijn 92/13/EEG.

¹⁰ HvJ 28 oktober 1999, nr. C-81/98, *Alcatel Austria AG e.a. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, 43.

Uit het voorgaande volgt dat de lidstaten er voor dienden te zorgen dat er een wachttermijn is na kennisgeving van de beslissing van niet-gunning waarin de benadeelde inschrijver voorlopige maatregelen en de nietigverklaring van de gunningsbeslissing kan vragen overeenkomstig artikel 2 lid 1 van de rechtsbeschermingsrichtlijnen alvorens over te gaan tot het sluiten van de overeenkomst waarna de beroepsmogelijkheden kunnen beperkt worden tot de toekenning van schadevergoeding overeenkomstig artikel 2, lid 6 van de rechtsbeschermingsrichtlijnen.

6. Na herhaaldelijke ingebrekestellingen van de Europese Commissie om het Belgisch regelgevend kader in overeenstemming te brengen met de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG evenals de Alcatel Austria-rechtspraak van het Hof van Justitie, heeft de Belgische wetgever uiteindelijk in artikel 302 van de programmawet van 9 juli 2004¹¹ een artikel 21bis ingevoerd in de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 met de volgende wachttermijnregeling¹²:

“§ 1. De aanbestedende overheid informeert onverwijld de niet geselecteerde kandidaten en de inschrijvers van wie de offerte als onregelmatig werd beschouwd of niet werd uitgekozen, nadat een beslissing werd genomen die op hen betrekking heeft. Deze bepaling geldt niet voor bepaalde opdrachten die bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking worden gegund, waarvan de Koning de lijst vaststelt.

De Koning legt de regels vast betreffende de verplichting om de kandidaten en inschrijvers de motivering van de beslissing mede te delen die op hen betrekking heeft. Hij kan uitzonderingen bepalen voor sommige opdrachten die bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking worden gegund.

§ 2. Wanneer de overheidsopdracht het geraamde bedrag bereikt, zoals bepaald door de Koning voor de Europese bekendmaking bij de aanvang van de procedure, deelt de aanbestedende overheid bij een ter post aangetekende brief samen met de informatie bepaald in § 1 mede:

1° aan elke niet geselecteerde kandidaat of inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie;

2° aan elke inschrijver van wie de offerte als niet regelmatig werd beschouwd, de motieven voor de verwerping;

3° aan elke inschrijver waarvan de offerte niet werd uitgekozen, de gemotiveerde toewijzingsbeslissing van de opdracht.

De aanbestedende overheid kent de kandidaten en inschrijvers een termijn toe die ze nader bepaalt en minstens tien dagen omvat vanaf de dag die volgt op de verzendingsdatum van de motivering, zodat zij eventueel beroep kunnen aantekenen bij een rechtscollege, wat uitsluitend mag gebeuren in het kader van, al naar het geval, een procedure in kort geding voor de justitiële rechter of, voor de Raad van State, via een uiterst drin-

¹¹ Art. 302 Programmawet van 9 juli 2004, *B.S.* 15 juli 2004, tweede editie, 55.579.

¹² Voor een bespreking van art. 21bis § 2 zie RvS 6 april 2006, nr. 157.418, *T.B.O.* 2007, afl. 1, 26 met noot LEMMENS, K., “De standstilltermijn in overheidsopdrachten en het rechtsherstel in natura na de wachttermijn”.

gende rechtspleging. Indien de aanbestedende overheid binnen de toegestane termijn geen schriftelijke kennisgeving in die zin ontvangt op het door haar vermelde adres, mag de procedure worden verdergezet.

De standstillverplichting was niet vereist:

- a) in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, als bedoeld in artikel 17, § 2 van de wet, wanneer het niet mogelijk is verschillende concurrenten te raadplegen en in geval van toepassing van artikel 17, § 2, 1°, b en c van de wet;
- b) in het kader van opdrachten inzake landsverdediging, als bedoeld in artikel 296, § 1, b van het Verdrag;
- c) in de behoorlijk gemotiveerde uitzonderingsgevallen, waarbij het om dringende redenen noodzakelijk is de ontvangstermijn van de aanvragen tot deelneming in te korten tot minder dan twintig dagen en de ontvangstermijn van de offertes tot minder dan vijftien dagen in het kader van een versnelde procedure, als bedoeld in § 1, tweede lid, van de artikelen 6, 32 en 58 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Afdeling 2. Evaluatie van artikel 21bis overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993

7. Hoewel de invoering van een wettelijke wachtermijn een aanzienlijke verbetering betekende van de rechtsbescherming in natura voor de afgewezen inschrijver of kandidaat, was de regeling nog alles behalve volmaakt.

8. De wachtermijn van tien dagen te rekenen vanaf de dag volgend op de verzending van de motivering door de aanbestedende overheid bedreigde haar doeltreffendheid.¹³ De te gebruiken communicatiemiddelen voor de verzending van de motivering werden namelijk niet geregeld, zodat een kennisgeving van de motivering per brief de al korte standstilltermijn van tien kalenderdagen aanzienlijk kon verkorten, rekening houdende met de verzendingsduur van de brieven en de weekend- en feestdagen.

9. Daarnaast was er geen sanctie voorzien voor de aanbestedende overheid die de wachtermijn niet naleefde. De Raad van State wees een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid af wegens gebrek aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel ondanks de onrechtmatige betekening van de gunningsbeslissing aan de begunstigde tijdens de wachtermijn.¹⁴ De Raad van State handhaafde daarmee haar rechtspraak uit het arrest *Feyfer-Formanova*.¹⁵ Het gebrek aan sanctie bij niet-naleving van de wachtermijn holde vanzelfsprekend de wachtverplichting volledig uit zodat de Belgische

regeling bleef ingaan tegen het doeltreffendheidsbeginsel uit de rechtsbeschermingsrichtlijnen.

10. Terecht werd in de rechtsleer opgemerkt dat de wetgever niet bepaald heeft of de opdracht kan worden toegewezen na de wachtermijn wanneer tijdig beroep werd ingesteld, doch er geen uitspraak gedaan was inzake het beroep binnen de wachtermijn. In de geest van de rechtsbeschermingsrichtlijnen lijkt het vanzelfsprekend dat de aanbestedende overheid de uitspraak dient af te wachten bij gebreke waaraan de hele wachtregeling haar zin dreigt te verliezen. Het is namelijk wettelijk niet voorzien en in de praktijk onhaalbaar dat de Raad van State of de kortgedingrechter binnen een zo korte wachtermijn ook nog uitspraak doet.¹⁶

11. Het toepassingsgebied van de wachtregeling was daarenboven onderworpen aan verschillende begrenzingen naast de drie uitzonderingen uitdrukkelijk vermeld in artikel 21bis overheidsopdrachtenwet. Zo was de standstillregeling niet van toepassing op opdrachten die de drempel voor de Europese bekendmaking niet overschrijden. Het Arbitragehof oordeelde dat de beperking van de wachtermijnregeling tot de opdrachten die de drempels voor Europese bekendmaking overschrijven, niet zonder redelijke verantwoording is.¹⁷

12. Daarnaast was de standstillregeling niet van toepassing voor opdrachten in de nutssectoren. Er valt niet in te zien waarom de wettelijke regeling inzake de standstill niet dient te worden opgelegd voor de nutssectoren, vermits artikel 2, lid 1, sub a en b van de rechtsbeschermingsrichtlijn voor de klassieke sectoren (dat de wettelijke rechtsgrondslag is voor de wettelijke standstill in de Belgische wetgeving) identiek is overgenomen in de rechtsbeschermingsrichtlijn in de nutssectoren.¹⁸

13. Artikel 317 van de programmawet van 9 juli 2004 bepaalde dat de standstillregeling in werking trad op de dag waarop deze wet in het *Belgisch Staatsblad* werd bekendgemaakt, zijnde 15 december 2004. De overheidsopdrachten gepubliceerd, naargelang van het geval, vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, partijen vóór deze datum uitgenodigd werden om een offerte in te dienen of zich kandidaat te stellen, bleven echter onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die golden op het ogenblik van de aankondiging of van de uitnodiging zodat er voor deze overheidsopdrachten bijgevolg geen wettelijke wachtermijnverplichting was voorzien.

¹³ D. D'HOOGHE, I. VOS en Ph. DE KEYSER, *o.c.*, blz. 40-41, nr. 74.

¹⁴ RvS, NV Drukkerij Joos, nr. 142.243, 22 maart 2005 en S.A. Euro-Shelter, nr. 143.190, 18 april 2005.

¹⁵ RvS, *Feyfer-Formanova*, nr. 87.983, 15 juni 2000.

¹⁶ Zie RvS 10 mei 2005, S.A. *Fournidecor*, nr. 144.258. De procesgang in dit arrest verdient geen navolging. In casu werd een verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend om 15u55 op de laatste dag van de wachtermijn. De voorzitter riep de partijen op om te verschijnen om 18u00 op dezelfde dag. Gezien de raadsman van verzoekende partij, die woonde te Bergen niet opdaagde, werd het verzoek afgewezen....

¹⁷ A.H. nr. 2005/179, 7 december 2005.

¹⁸ P. FLAMEY, *l.c.*, 127-129, nr. 124.

Hoofdstuk II. De rechtsbeschermingswet van 16 juni 2006

Afdeling 1. De Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG als aanleiding

14. De omzetting van de nieuwe Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen 2004/17/EG¹⁹ en 2004/18/EG²⁰ van 31 maart 2004 bood de wetgever opnieuw een nieuwe kans om tot een beter uitgebalanceerde standstillregeling te komen die voldeed aan de bepalingen van de rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG, die ook na de inwerkingtreding van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van kracht bleven.

Hoewel de overheidsopdrachtenrichtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG geen specifieke bepalingen bevatten over de rechtsbescherming bij overheidsopdrachten, heeft de Belgische wetgever de omzetting van deze richtlijnen aangegrepen om de bepalingen betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en de wachttermijn inzake overheidsopdrachten uit te werken in een rechtsbeschermingswet van 16 juni 2006²¹, te onderscheiden²² van de nieuwe algemene overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006.^{23, 24}

¹⁹ Richtlijn 2004/17/EG van het Europese parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

²⁰ Richtlijn 2004/18/EG van het Europese parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

²¹ Wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *B.S.* 15 februari 2007, 7388.

²² De rechtsbeschermingsregeling werd in een afzonderlijke Rechtsbeschermingswet opgenomen omdat de bepalingen van deze wet raakten aan de organisatie van de hoven en rechtbanken. Daardoor dienden deze bepalingen verplicht behandeld te worden door de Kamer en de Senaat als bicamerale bevoegdheid terwijl de bevoegdheid inzake overheidsopdrachten in principe optioneel bicameraal is. De opsplitsing omwille van procedurele redenen, bedoeld om het goedkeuringsproces van de wet van 15 juni 2006 niet te laten vertragen door het goedkeuringsproces van de Rechtsbeschermingswet van 16 juni 2006, bleek later overbodig te zijn geweest gezien ook de overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 werd geëvoceerd door de Senaat. De wetgever heeft via de wet van 12 januari 2007 tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 (*B.S.* 15 februari 2007, 7391) een artikel 79bis ingevoegd in de overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 waarbij de Koning de mogelijkheid werd gegeven om de bepalingen van de overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 en de Rechtsbeschermingswet van 16 juni 2006 te coördineren. Tot op heden heeft de Koning nog niet van deze mogelijkheid gebruik gemaakt gelet op de afwezigheid van enig uitvoeringsbesluit.

²³ Wet van 15 juni 2006 betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *B.S.* 15 februari 2007, 7355.

²⁴ Voor een bespreking van de nieuwe overheidsopdrachtenwetten van 15 en 16 juni 2006 zie K. LEMMENS en M. SCHOUPS, "De nieuwe overheidsopdrachtenwetten in hoofdlijnen" in K. DEKETELAERE, A. VERBEKE en K. VANHOVE (eds.), *Jaarboek*

Er zijn nog geen uitvoeringsbesluiten goedgekeurd aangaande de rechtsbeschermingswet van 16 juni 2006 zodat deze regeling heden nog steeds niet in werking is getreden.

Afdeling 2. De definitie van gunning en toewijzing van de opdracht

15. Artikel 2, § 1 rechtsbeschermingswet bevat verwarrende definities van gunning en toewijzing van de opdracht die niet gebruikt worden in de betekenis die de woorden gebruikelijk hebben.²⁵ De betekenis wordt omgekeerd gebruikt in vergelijking met de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 en de rechtspraak van de Raad van State.^{26, 27}

De gunning van de opdracht is volgens deze wet de beslissing van de aanbestedende overheid tot aanduiding van de begunstigde van de opdracht en, in voorkomend geval, tot goedkeuring van zijn offerte. De informatie over de gunningsbeslissing aan de begunstigde van de opdracht doet geen enkele contractuele verbintenis ontstaan.

De toewijzing van de opdracht gebeurt door de kennisgeving van de contractuele verbintenis aan de begunstigde van de opdracht. Bij onderhandelingsprocedures kan de Koning voorzien in andere vormen van toewijzing zoals de ondertekening van een overeenkomst of de briefwisseling volgens de handelsgebruiken.

Afdeling 3. De wachttermijn in de rechtsbeschermingswet overheidsopdrachten van 16 juni 2006

16. De aanbestedende overheid dient na de gunning van de opdracht volgens de nieuwe rechtsbeschermingswet²⁸ zowel in de klassieke als in de nutssectoren een wachttermijn te respecteren alvorens de opdracht toe te wijzen. De Koning dient de ingangsdatum van de wachttermijn, de redelijke duur alsook de eventuele verlengingen te bepalen conform het Europees recht.

Tijdens de wachttermijn kan de inschrijver die benadeeld is of benadeeld dreigt te worden, de schorsing vorderen van de

Bouwrecht 2005-2006, die Keure, 2006, 69-124; C. DE KONINCK en P. FLAMEY, *Overheidsopdrachten – De wetten van 15 en 16 juni 2006 houdende omzetting van de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2007, 563 p.

²⁵ C. DE KONINCK en P. FLAMEY, *o.c.*, Antwerpen, Maklu, 2007, 201, nr. 315.

²⁶ Het advies van de Raad van State om bestaande betekenis van de woorden toewijzing en gunning te behouden werd niet gevolgd door de wetgever. Vgl. Advies nr. 38.703/1/V van de afdeling wetgeving van de Raad van State, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2237/001, 137-138 met Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2237/001, 63.

²⁷ Voor uitgebreide beschouwingen over de terminologische aspecten van de invulling van de begrippen "toewijzing" en "gunning" van de opdracht kan verwezen worden naar G. LAENEN en J. DEBIÈVRE, "De beslissing tot gunning en totstandkoming van de overheidsopdracht" in D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, 844-849, nr. 1557-1568.

²⁸ Artt. 2 § 3 en 3 § 2 Rechtsbeschermingswet.

gunning van de opdracht²⁹, zonder – en dit is nieuw – dat een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is vereist.

De vordering wordt ingesteld, hetzij volgens de geëigende spoedprocedure waarin de gecoördineerde wetten op de Raad van State voorzien, hetzij voor de gewone rechter in kort geding in geval de aanbestedende overheid niet aan de rechtsmacht van de Raad van State is onderworpen.

Wanneer de vordering tijdig is ingesteld, wordt de wachtermijn verlengd om de afwikkeling van de schorsingsprocedure toe te laten. Indien de schorsingsprocedure na verloop van de verlenging niet is beslecht, kan de toewijzing zonder verwijl gebeuren.

De uitspraak gebeurt mede met inachtneming van de afweging tussen het algemene belang en de belangen van de inschrijver.

De Koning kan voorzien in uitzonderingen op het in acht nemen van een wachtermijn voor bepaalde soorten opdrachten en procedures, en voor opdrachten beneden bepaalde drempels.

Afdeling 4. Sanctie op de toewijzing van de opdracht met miskenning van de wachtermijn

17. Zodra de opdracht is toegewezen, is de overeenkomst niet meer vatbaar is voor schorsing of vernietiging door de rechter op grond van een onregelmatige gunning tenzij de opdracht wordt toegewezen alvorens de wachtermijn is verstreken.³⁰

Als de opdracht wordt toegewezen vóór het verstrijken van de wachtermijn, kan de benadeelde inschrijver of deze die benadeeld dreigt te worden, binnen dertig dagen vanaf de datum waarop hij kennis heeft genomen van de toewijzing van de opdracht, de vernietiging van de overeenkomst vragen aan de voorzitter van de bevoegde rechtbank, zetelend zoals in kort geding. Dit is een procedure ten gronde die gevoerd wordt zoals in kort geding. De eis dient te worden gericht tegen de aanbestedende overheid en tegen de begunstigde van de opdracht.

De rechter wijst de eis af indien, buiten de miskenning van de wachtermijn, de gunning klaarblijkelijk op regelmatige wijze is verlopen of de betrokken inschrijver klaarblijkelijk niet in aanmerking komt als begunstigde van de opdracht.

De rechter kan de eis eveneens afwijzen wanneer de opdracht reeds geheel of gedeeltelijk is uitgevoerd op het ogenblik van de uitspraak.

Afdeling 5. Evaluatie van de standstillregeling in de rechtsbeschermingswet van 16 juni 2006

18. Hoewel globaal gezien de nieuwe standstillregeling een betere bescherming meebrengt voor de aanbestedende overheid

en de afgewezen inschrijver, wordt in de rechtsleer terecht gewezen op haar tekortkomingen.

19. De vordering dient te worden ingesteld voor de Raad van State of de kort gedingrechter indien de aanbestedende dienst niet aan de rechtsmacht van de Raad van State onderworpen is. Dit blijft echter een heikel punt zolang er geen duidelijkheid bestaat over het begrip ‘administratieve overheid’ en zijn concrete invulling dat bepalend is voor de rechtsmacht van de Raad van State.³¹

20. C. De Koninck en P. Flamey vragen zich terecht af of de wetgever de gewone schorsingsprocedure of deze bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft bedoeld met het instellen van de geëigende spoedprocedure voor de Raad van State.³² In artikel 21*bis* van de overheidsopdrachtenwet werd immers nog duidelijk gepreciseerd dat het om een procedure in kort geding voor de Raad van State via een uiterst dringende rechtspleging diende te gaan, zijnde de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. C. De Koninck en P. Flamey evenals J. Stevens³³ nemen aan dat de bedoelde procedure in de Rechtsbeschermingswet een schorsingsprocedure betreft met uiterst dringende noodzakelijkheid gezien de termijnen die de Raad doorgaans nodig heeft om tot een uitspraak te komen in een gewone schorsingsprocedure.

21. Het is geen geheim dat de Raad van State³⁴ ernstige kanttekeningen maakt bij het standaardiseren van de uitzonderingsprocedure van het schorsingsberoep bij uiterst dringende noodzakelijkheid tot de verplichte procedure.

22. Zo wijst Kamervoorzitter bij de Raad van State Verbiest terecht op het probleem van de beperking van de rechten van de verdediging van de verwerende en tussenkomende partijen³⁵ evenals het gebrek aan tijd en vaak het gebrek aan volledig dossier voor het advies van de auditeur, het gebrek aan tijd voor het voeren van een deskundigenonderzoek en de beoordeling van complexe, technische en juridische middelen³⁶ in zaken met vaak een enorm financieel belang bij de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Hoewel de

³¹ Het beste bewijs voor de rechtsonzekerheid ingevolge het voor interpretatie vatbaar begrip administratieve overheid is de verbreking van een arrest van de Raad van State door het Hof van Cassatie waarbij de Raad ten onrechte huisvestingsmaatschappij CV Gewestelijke maatschappij voor de kleine landeigendom Het Volk als administratieve overheid werd gekwalificeerd. Zie RvS, *BVBA Peter Van De Velde*, nr. 131.123, 6 mei 2004 verbroken door Cass., nr. C.04.0278.N, 10 juni 2005.

³² C. DE KONINCK en P. FLAMEY, *o.c.*, Antwerpen, Maklu, 2007, 221-225, nr. 331.

³³ J. STEVENS, “Standstill bij overheidsopdrachten”, *N.J.W.* 2006, 686.

³⁴ RvS, *Sogiaf*, nr. 166.317, 27 december 2006.

³⁵ Er is geen wettelijke termijn voorzien voor nota’s van verwerende of tussenkomende partijen evenmin als een nota van wederantwoord bij de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

³⁶ D. VERBIEST, “Overheidsopdrachten in de Raad van State: de dingen zijn niet wat ze schijnen”, *R.W.* 2005-06, 877.

²⁹ Volgens art. 2 § 1 Rechtsbeschermingswet is de gunning van de opdracht de beslissing van de aanbestedende overheid tot aanduiding van de begunstigde van de opdracht en, in voorkomend geval, tot goedkeuring van zijn offerte.

³⁰ Artt. 2 § 4 en 3 § 3 Rechtsbeschermingswet.

gewone schorsingsprocedure meer ruimte laat voor de rechten van verdediging van de partijen en een (grondiger) onderzoek van de middelen door de auditeur en de Raad van State, neemt deze procedure in de praktijk te veel tijd om een bevestiging van de opdracht ten aanzien van de aanbestedende overheid te verantwoorden.³⁷ Verbiest merkt evenwel op dat kort gedingprocedures voor de justitiële rechter nog langer kunnen duren dan de termijnen van uitspraak in de gewone schorsingsprocedure rekeninghoudende met een mogelijk beroep en een voorziening in Cassatie.³⁸

23. Een ander punt van kritiek is dat de wachtermijn niet geldt voor de niet-geselecteerde kandidaat met de achterliggende redenering dat er voor deze geen dreigende betekening is aangezien er nog geen gunning van de opdracht is. Terecht wijst Stevens op het gevaar dat een beroep tegen de niet-selectie niet is afgehandeld bij de toewijzing van de opdracht.³⁹ De wachtermijn bij de gunning van de opdracht biedt volgens hem niet noodzakelijk soelaas aangezien de aanbestedende overheid bij de gunning van de opdracht niet verplicht is de niet-geselecteerde kandidaat te informeren over de gunning van de opdracht. Daarenboven dient volgens de eerste rechtsbeschermingsrichtlijnen een zo spoedig mogelijk beroep gegaandeerd te worden.

24. Aan de verplichting om bij de uitspraak over het verzoek tot schorsing rekening te houden met de afweging tussen het algemene belang en de belangen van de inschrijver dienen grenzen gesteld te worden in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel. De uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten mag in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk gemaakt worden.⁴⁰ Slechts in uitzonderlijke gevallen zou de vordering tot schorsing afgewezen mogen worden na een belangenafweging.⁴¹ Het valt te vrezen dat de rechter de voorkeur zal geven aan het algemeen belang boven het belang van de benadeelde inschrijver. De rechter mag niet uit het oog verliezen dat de schorsing van een onrechtmatige gunning ook in het voordeel is van de aanbestedende overheid en het algemeen belang. Een eerlijke mededinging en een werkelijke openstelling van de overheidsopdrachten is in het algemeen belang op lange termijn, net zoals het vermijden van vorderingen tot schadevergoeding door de benadeelde inschrijver.

25. Stevens wijst er terecht op dat de mogelijkheid van het afwijzen van de eis tot vernietiging van de overeenkomst wegens toewijzing van de opdracht met miskenning van de wachtermijn op grond van de gedeeltelijke of gehele uitvoering van de opdracht in strijd is met de vereiste rechtsbescherming. De aanbestedende overheid kan zo alsnog een opportuniteitsbeslissing afdwingen op basis van de tactiek van het onrechtmatige voldongen feit.⁴² Dit gevaar is reëel bij opdrachten met een korte duurtijd.⁴³

26. Indien de vordering tot schorsing tijdig is ingesteld, wordt de wachtermijn verlengd. Indien er echter geen uitspraak is over de schorsingsprocedure binnen de verlengde wachtermijn, kan de aanbestedende overheid de opdracht zonder meer toewijzen. De zo ontstane overeenkomst is niet meer vatbaar voor schorsing of vernietiging. Terecht wijst Teerlinck erop dat deze bepaling botst met de nuttige werking van de rechtsbescherming. Het is de wetgever die er moet voor zorgen dat de verlengde wachtermijn afgestemd is op de te verwachten duur van de schorsingsprocedure zodat de rechtszoekende niet het slachtoffer wordt van een gebrekkige werking van de behandelende rechter.⁴⁴

27. Het succes van de nieuwe standstillregeling zal afhankelijk zijn van de bepaling van de duurtijd en het beginpunt van de wachtermijn en haar verlenging en de uitzonderingen op de standstillverplichting door de Koning evenals de richtlijnconforme toepassing van de wachtermijnregeling door de bevoegde rechters.

De uitvoeringsbesluiten van deze wet zijn anno 2010 evenwel nog steeds niet aangenomen zodat door de nieuwe evoluties in de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen deze Rechtsbeschermingswet achterhaald zal zijn voordat ze in werking kan treden.

Het valt bijgevolg niet uit te sluiten dat de Rechtsbeschermingswet dode letter zal blijven in de toekomst of grondig aangepast zal moeten worden alvorens ze kan uitgevoerd worden in uitvoeringsbesluiten.

Hoofdstuk III. Verstrenging van de rechtsbeschermingsrichtlijnen

Hoofdstuk III. Verstrenging van de rechtsbeschermingsrichtlijnen

Afdeling 1. Noodzaak tot wijziging eerste rechtsbeschermingsrichtlijnen

28. Na raadplegingen van belanghebbende partijen en het Alcatel Austria-arrest door de Commissie is gebleken dat één van de zwakke punten in de rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG bestond in het ontbreken van een wettelijk voorziene termijn om doeltreffend beroep in te stellen tussen de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst.

29. Richtlijn 2007/66/EG⁴⁵ van 11 december 2007 tot wijziging van de rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EEG en 92/13/

³⁷ Art. 17, § 4 van de gecoördineerde wetten van 21 januari 1973 op de Raad van State bepaalt dat binnen de vijftien dagen uitspraak dient te worden gedaan over de vordering tot schorsing. In de praktijk nemen de vorderingen tot schorsing meerdere maanden in beslag.

³⁸ D. VERBIEST, *l.c.*, 877.

³⁹ J. STEVENS, *l.c.*, 685, nr. 4.

⁴⁰ HvJ 9 april 2003, nr. C-424/01, *CS Communications & Systems Austria GmbH t/ Allgemeine Unfallversicherungsanstalt*, nr. 31.

⁴¹ K. LEMMENS en M. SCHOUPS, *l.c.*, 121, nr. 119.

⁴² P. TEERLINCK, *l.c.*, 170, nr. 23.

⁴³ J. STEVENS, *l.c.*, 687, nr. 12.

⁴⁴ P. TEERLINCK, *l.c.*, 170, nr. 23.

⁴⁵ *Pb.L.* 335/31 van 20 december 2007.

EEG ter verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten heeft de lidstaten verplicht de rechtsbescherming van de inschrijver te verstrengen door omzetting in intern recht van deze richtlijn tegen uiterlijk 20 december 2009.

Afdeling 2. De invoering van de standstillverplichting in de rechtsbeschermingsrichtlijnen

§ 1. De verplichte opschortende termijn – Artikel 2bis

30. De richtlijn bevat de invoering van een artikel 2bis in de eerste rechtsbeschermingsrichtlijnen waarin opgenomen wordt dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de benadeelde personen⁴⁶ over *voldoende tijd* beschikken om op doeltreffende wijze beroep in te stellen tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten tot gunning van een opdracht.

Het sluiten van de overeenkomst volgende op het besluit tot gunning van een onder de overheidsopdrachtenrichtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG vallende opdracht kan niet geschieden vóór het verstrijken van een termijn van *ten minste tien kalenderdagen*, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht per faxbericht of langs elektronische weg aan de betrokken inschrijvers⁴⁷ en gegadigden⁴⁸ is gezonden of, indien andere communicatiemiddelen worden gebruikt, vóór het verstrijken van een termijn van *ten minste vijftien kalenderdagen*, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht aan de betrokken inschrijvers en gegadigden is gezonden. In het laatstgenoemde geval kunnen de lidstaten ook bepalen dat een overeenkomst niet wordt gesloten vóór het verstrijken van ten minste tien kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht is ontvangen.

§ 2. Afwijkingen van de verplichte opschortende termijn – Artikel 2ter

31. De lidstaten mogen bepalen dat de opschortende termijnen niet van toepassing zijn wanneer:

- a) de overheidsopdrachtenrichtlijnen geen voorafgaande bekendmaking van de aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie vereisen,

⁴⁶ De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

⁴⁷ Inschrijvers worden geacht bij de procedure betrokken te zijn zolang zij niet definitief zijn uitgesloten. De uitsluiting is definitief wanneer de betrokken inschrijvers daarvan in kennis zijn gesteld en wanneer de uitsluiting wettig is bevonden door een onafhankelijke beroepsinstantie, dan wel er geen beroep tegen de uitsluiting is ingesteld of niet langer kan worden ingesteld.

⁴⁸ Gegadigden wordt geacht bij de procedure betrokken te zijn indien de aanbestedende dienst geen informatie over de afwijzing van hun verzoek ter beschikking heeft gesteld voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van het besluit tot gunning van de opdracht.

- b) de enige betrokken inschrijver degene is aan wie de opdracht wordt gegund en er geen betrokken gegadigden zijn;
- c) het gaat om opdrachten op grond van een raamovereenkomst in de klassieke sectoren of een dynamisch aankoopstelsel in klassieke en nutssectoren.⁴⁹

§ 3. De kennisgeving van het gunningsbesluit – Artikel 2bis

32. De kennisgeving van het gunningsbesluit aan iedere betrokken inschrijver en gegadigde gaat vergezeld van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen opgesomd in artikel 41, lid 2, van Richtlijn 2004/18/EG of artikel 49, lid 2 Richtlijn 2004/17/EG waaronder de motivering waarom de opdracht niet aan hen toegewezen is evenals een nauwkeurige omschrijving van de precieze opschortende termijn die overeenkomstig de nationale bepalingen ter uitvoering van dit lid van toepassing is.

§ 4. Termijnen voor het instellen van het beroep – Artikel 2quater

33. Wanneer de lidstaten bepalen dat een beroep tegen een besluit van een aanbestedende dienst, binnen een bepaalde termijn moet worden ingesteld, bedraagt deze termijn ten minste tien kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit van de aanbestedende dienst per faxbericht of langs elektronische weg aan de inschrijver of gegadigde is gezonden of, indien van andere communicatiemiddelen gebruik wordt gemaakt, niet korter dan vijftien kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit van de aanbestedende dienst aan de inschrijver of gegadigde is gezonden. In het laatstgenoemde geval kunnen de lidstaten ook bepalen dat de opschortende termijn eindigt na het verstrijken van ten minste tien kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht is ontvangen.

De kennisgeving van dat besluit van de aanbestedende dienst aan iedere inschrijver of gegadigde gaat vergezeld van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen.

§ 5. Automatische opschorting – artikel 2, lid 3

34. Wanneer een beroep wordt ingesteld aangaande een gunningsbeslissing, zorgen de lidstaten ervoor dat de aanbestedende dienst de overeenkomst niet kan sluiten voordat de beroepsinstantie een gunningsbeslissing heeft genomen over het verzoek tot voorlopige maatregelen of het beroep.

⁴⁹ Wanneer gebruik wordt gemaakt van deze afwijking, zorgen de lidstaten er voor dat de overeenkomst onverbindend is, indien een inbreuk gemaakt wordt op de in mededingingsvoorwaarden voor raamovereenkomsten en dynamische aankoopssystemen overeenkomstig art. 32, lid 4, tweede alinea, tweede streepje, art. 33, lid 5 of 6 Richtlijn 2004/18/EG of art. 15, lid 5 of 6 Richtlijn 2004/17/EG.

§ 6. Belangenafweging – Artikel 2, lid 5

35. De lidstaten kunnen bepalen dat de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie rekening kan houden met de vermoedelijke gevolgen van voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsmede met het openbaar belang, en kan besluiten deze maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter dan hun voordelen zouden kunnen zijn.

Ook hier geldt de reeds eerder gegeven commentaar dat aan deze belangenafweging grenzen dienen te worden gesteld in het licht van het beginsel van doeltreffendheid van de beroepsprocedures.

Afdeling 3. De onverbindendheid als sanctie bij miskennen van de standstilltermijn

§ 1. Onverbindendheid – Artikel 2quinquies

36. Lidstaten dienen ervoor te zorgen dat overeenkomsten gesloten met miskennen van de opschortende termijn waarbij door deze miskennen de inschrijver geen precontractuele rechtsmiddelen heeft kunnen doen gelden, onverbindend worden verklaard.

37. Nieuw is dat ook overeenkomsten ingevolge onwettige onderhandse gunning van opdrachten zonder de voorafgaandelijke vereiste bekendmaking, als onverbindend dienen te worden verklaard door de bevoegde beroepsinstantie van de lidstaten. Onverbindendheid is volgens overweging 13 voorafgaand aan de richtlijn immers de meest doeltreffende manier om de mededinging te herstellen en nieuwe zakelijke kansen te creëren voor bedrijven waaraan op onwettige manier de mogelijkheid tot mededinging is ontnomen.

§ 2. Gevolgen van de onverbindendheid – Artikel 2quinquies, lid 2

38. De gevolgen van de onverbindendheid van een overeenkomst worden bepaald door het *nationaal recht* dat kan voorzien in de vernietiging met terugwerkende kracht van alle contractuele verbintenissen of de werking van de nietigverklaring beperken tot de verbintenissen die nog moeten worden uitgevoerd.

39. In dat laatste geval voorzien de lidstaten in *alternatieve sancties* die doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn, zijnde het opleggen van boetes aan de aanbestedende dienst of het verkorten van de looptijd van de overeenkomst. Het toekennen van schadevergoeding vormt geen passende sanctie.

§ 3. Afwijking op de onverbindendheid – Artikel 2quinquies, lid 3

40. De lidstaten kunnen bepalen dat een overeenkomst niet onverbindend kan worden verklaard, ook al is die overeen-

komst onwettig gegund, indien de beroepsinstantie van mening is, nadat zij alle relevante aspecten heeft onderzocht, dat bepaalde *dwingende eisen* met betrekking tot een algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst verbindend blijft. In dat geval voorzien de lidstaten opnieuw in de hierboven in § 2 besproken *alternatieve sancties*.

41. De lidstaten kunnen de beroepsinstantie een ruime beslissingsbevoegdheid geven om alle relevante factoren in aanmerking te nemen, waaronder de ernst van de inbreuk, het gedrag van de aanbestedende dienst en de mate waarin de overeenkomst van kracht blijft.

42. Wat de verbindendheid van een overeenkomst betreft, mogen economische belangen alleen als dwingende eisen worden beschouwd indien onverbindendheid in uitzonderlijke omstandigheden onevenredig grote gevolgen zou hebben.

Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst, mogen evenwel geen dwingende eisen met betrekking tot een algemeen belang vormen. Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de overeenkomst, omvatten onder meer de kosten die voortvloeien uit vertraging bij de uitvoering van de overeenkomst, de kosten van een nieuwe aanbestedingsprocedure, de kosten die veroorzaakt worden door het feit dat een andere onderneming de overeenkomst uitvoert en de kosten van de wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit de onverbindendheid.

§ 4. Alternatief: transparantie vooraf – Artikel 2quinquies, lid 4

43. De lidstaten kunnen evenwel bepalen dat de onverbindendheidsverklaring niet van toepassing is in geval van een onwettige onderhandse gunning zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad* op voorwaarde dat:

- de aanbestedende dienst van mening is dat de plaatsing van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* op grond van de overheidsopdrachtenrichtlijnen is toegestaan,
- de aanbestedende dienst de aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan in het *Publicatieblad* heeft bekendgemaakt; en
- de overeenkomst niet is gesloten voor het verstrijken van een termijn van ten minste tien kalenderdagen, ingaande daags na de datum van de bekendmaking van bedoelde aankondiging.

De termijn om beroepen in te stellen tegen het besluit om tot afsluiting van de overeenkomst over te gaan, mag niet minder bedragen dan tien kalenderdagen, ingaande vanaf de datum van bekendmaking van het betreffende besluit.

Een aanbestedende overheid kan door deze bepalingen rechtsonzekerheid over de geldigheid van haar overeenkomst gesloten ingevolge een onderhandse gunning zonder voorafgaandelijke aankondiging vermijden door vrijwillig een aankondiging in het *Publicatieblad* bekend te maken over het

voornemen tot sluiting van de overeenkomst en vervolgens een standstilltermijn van tien kalenderdagen te respecteren alvorens tot sluiting van de overeenkomst over te gaan.

Deze aankondiging dient de volgende informatie te bevatten: benaming en contactgegevens van de aanbestedende dienst, beschrijving van het voorwerp van de opdracht, rechtvaardiging van de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht te plaatsen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie, benaming en contactgegevens van de onderneming aan wie de opdracht is gegund en, voor zover van toepassing, alle andere informatie die de aanbestedende dienst nuttig acht.

§ 5. Termijnen voor onverbindendheidsverklaring – Artikel 2septies

44. De lidstaten kunnen bepalen dat het beroep tot onverbindendverklaring moet worden ingesteld voor het verstrijken van ten minste dertig kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop:

- a) de aanbestedende dienst de betrokken inschrijvers en gegadigden in kennis heeft gesteld van de sluiting van de overeenkomst, mits die kennisgeving vergezeld gaat van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen of, in het geval van een onderhandse gunning zonder voorafgaandelijke bekendmaking,
- b) de aanbestedende dienst de aankondiging van de geplaatste opdracht heeft bekendgemaakt mits deze aankondiging ook de rechtvaardiging bevat van de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht te plaatsen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie

Afdeling 4. Alternatieve transparantie voor opdrachten op grond van raamovereenkomsten of dynamische aankoopssystemen – Artikelen 2ter c) en 2quinquies, lid 5

45. Overweging 9 van de richtlijn vermeldt dat in het geval van opdrachten op grond van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel, een verplichte opschortende termijn invloed zou kunnen hebben op de beoogde efficiëntievoordelen van deze inschrijvingsprocedures.

Vandaar voorziet de richtlijn in artikel 2ter in de mogelijkheid voor de lidstaten om geen opschortende termijn op te leggen voor de raamovereenkomsten in de klassieke sectoren en de dynamische aankoopssystemen in de klassieke en de nutssectoren.

Indien van de afwijking gebruik wordt gemaakt om niet in een verplichte opschortende termijn te voorzien, dienen de lidstaten in de onverbindendheid van de afgesloten overeenkomst te voorzien als een doeltreffende sanctie, zoals bij de miskenning van de standstillverplichting.

46. Indien de lidstaten deze onverbindendheid wensen te vermijden, dienen ze gebruik te maken van een transparante vooraf-procedure met de naleving van de voorwaarden dat:

- a) de aanbestedende dienst van oordeel is dat de plaatsing van een opdracht in overeenstemming is met artikel 15, lid 5 en 6 van Richtlijn 2004/17/EG, artikel 32, lid 4, tweede alinea, tweede streepje of artikel 33, lid 5 en 6 van Richtlijn 2004/18/EG
- b) de aanbestedende dienst het besluit tot plaatsing van de opdracht samen met een samenvattende beschrijving van de relevante redenen als bedoeld in artikel 2 bis, lid 2, aan de betrokken inschrijvers heeft gezonden, en
- c) de overeenkomst niet is gesloten vóór het verstrijken van een termijn van ten minste tien kalenderdagen, ingaande daags nadat het besluit tot gunning van de opdracht per faxbericht of langs elektronische weg aan de betrokken inschrijvers is gezonden of, indien andere communicatiemiddelen worden gebruikt, vóór het verstrijken van een termijn van ten minste vijftien kalenderdagen, ingaande daags nadat het besluit tot gunning van de opdracht aan de betrokken inschrijvers is gezonden. In het laatstgenoemde geval kunnen de lidstaten ook bepalen dat een overeenkomst niet wordt gesloten vóór het verstrijken van ten minste tien kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht is ontvangen.

Afdeling 5. Bijzondere procedures – Artikel 3 (klassieke sectoren), artikel 8 (nutssectoren) en overweging 17-18

47. Wat de bijzondere procedures betreft, wordt zowel in de nuts- als de klassieke sectoren het correctiemechanisme behouden waarmee de Europese Commissie een lidstaat kan interpellieren over ernstige inbreuken op de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten.

48. Het verificatiestelsel en de bemiddelingsprocedure worden afgeschaft. Het vrijwillige verificatiestelsel verdwijnt omdat het vrijwel niet gebruikt werd wegens de hoge kostprijs en het gebrek aan doelmatigheid. De bemiddelingsprocedure wordt geschrapt omdat ze evenmin op veel belangstelling heeft kunnen rekenen. De bemiddelingsprocedure garandeerde namelijk geen bindende voorlopige maatregelen die de sluiting van de overeenkomst te verhinderen en was moeilijk te verenigen met de bijzondere korte termijnen voor het instellen van beroepsprocedures.

Hoofdstuk IV. De wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen (II)

49. Gezien de gebrekkige werking van art. 21 bis overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 en het uitblijven van de uitvoeringsbesluiten van de rechtsbeschermingswet van 16 juni 2006 heeft de Europese Commissie België opnieuw in gebreke gesteld op 31 januari 2008. Om te trachten tegemoet te

komen aan deze ingebrekestelling heeft de wetgever de rechtsbeschermingsregeling opgenomen in de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 drastisch gewijzigd door de goedkeuring van de Wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen (II).⁵⁰

50. Artikel 21bis overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 werd integraal opgeheven en vervangen door de volgende tekst:

“Art. 21bis § 1. De aanbestedende overheid informeert onverwijld de niet-geselecteerde kandidaten, de niet-geselecteerde inschrijvers en de inschrijvers van wie de offerte als onregelmatig werd beschouwd of niet werd gekozen, nadat een beslissing werd genomen die op hen betrekking heeft. Deze bepaling geldt niet voor bepaalde opdrachten die bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking worden gegund, waarvan de Koning de lijst vaststelt.

De Koning legt de regels vast betreffende de verplichting om de kandidaten en inschrijvers de motivering van de beslissing mede te delen die op hen betrekking heeft. Hij kan uitzonderingen bepalen voor sommige opdrachten die bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking worden gegund.

§ 2. Wanneer de overheidsopdracht of de concessie voor openbare werken verplicht onderworpen is aan de Europese bekendmaking bij de aanvang van de procedure, deelt de aanbestedende overheid samen met de informatie bepaald in § 1 mede:

1° aan elke niet-geselecteerde inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie;

2° aan elke inschrijver van wie de offerte als niet regelmatig werd beschouwd, de motieven voor zijn wering; deze motieven hebben in voorkomend geval betrekking op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen voor de werken, leveringen of diensten niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties of dat ze niet voldoen aan de vastgestelde prestatie- of functionele eisen;

3° aan elke inschrijver waarvan de offerte niet werd gekozen, de gemotiveerde toewijzingsbeslissing van de opdracht.

De mededeling gebeurt onverwijld per telefax of via elektronische middelen en wordt dezelfde dag bevestigd bij een ter post aangetekende brief.

De aanbestedende overheid kent de inschrijvers een termijn toe van vijftien dagen vanaf de dag die volgt op de in het tweede lid bepaalde datum van verzending per telefax of via elektronische middelen.

De inschrijvers kunnen binnen deze termijn een schorsingsberoep instellen bij een rechtscollege, wat uitsluitend mag gebeuren in het kader van, al naargelang, een procedure in kort geding voor de justitiële rechter of, voor de Raad van State, via een procedure wegens uiterst dringende noodzakelijkheid. Indien de aanbestedende overheid binnen de toegestane termijn geen schriftelijke kennisgeving in die zin ontvangt op het door haar vermelde adres, mag de procedure worden verdergezset.

§ 3. Bepaalde gegevens mogen evenwel niet worden medegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een

wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere ondernemingen of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden.”

51. De nieuwe versie van artikel 21bis bevat enkele belangrijke wijzigingen ten opzichte van art. 21 bis zoals het werd ingevoerd in 2004.

Vooreerst wordt de standstilltermijn ook van toepassing verklaard voor de overheidsopdrachten in de nutssectoren die de drempel voor de Europese bekendmaking bereiken door de overname van de tekst van artikel 21bis in de artikelen 41sexies en 62bis overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993.

De standstilltermijn geldt voortaan ook bij de toekenning van concessies voor openbare werken die de drempel voor de Europese bekendmaking bereiken.

De uitzondering op de naleving van een wachttermijn in het geval van de versnelde procedure wordt opgeheven.

In de procedures die in twee fasen verlopen, moet de termijn niet meer worden gerespecteerd in de fase van de selectie van de kandidaten;

De snelle communicatiemiddelen zoals telefax en elektronische middelen moeten worden gebruikt om de deelnemers te informeren. Op dezelfde dag dienen deze snelle communicatiemiddelen bevestigd te worden bij een per post aangetekende brief.

Tot slot wordt de wachttermijn zelf verlengd van een minimum van 10 dagen naar een vaste termijn van 15 dagen, vanaf de dag die volgt op de verzending van de snelle communicatiemiddelen.

52. Bijgevolg betekent de invoering van de nieuwe artikelen 21bis, 41sexies en 62bis in de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 een belangrijke stap vooruit in de rechtsbescherming van de benadeelde inschrijver.

53. De wet van 8 juni 2008 trad in werking op 18 augustus 2008.⁵¹ De overheidsopdrachten en de opdrachten gepubliceerd vóór deze datum of waarvoor bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vóór deze datum uitgenodigd wordt om zich kandidaat te stellen of een offerte in te dienen, bleven onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden op het ogenblik van de aankondiging of van de uitnodiging.

54. Het valt evenwel te betreuren dat bij de haastige goedkeuring van de *Wet houdende diverse bepalingen (II)* van 8 juni 2008 geen rekening werd gehouden met de richtlijn 2007/66/EG van 11 december 2007. Een snelle vergelijking tussen deze nieuwe regeling en de richtlijn 2007/66/EG leert dat de verschillen aanzienlijk zijn. Zo is er in de artikelen 21bis, 41sexies en 62bis in de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 geen omzetting voorzien van de belangrijke richtlijnbevestigingen inzake onverbindendheid van overeenkomsten die on-

⁵⁰ B.S. 18 juni 2008, 30.562.

⁵¹ Art. 28 KB 31 juli 2008, B.S. 18 augustus 2008, 45.572.

rechtmatig onderhands worden gesloten of worden gesloten met miskennis van de standstilltermijn. Er zijn evenmin alternatieve sancties of een automatische opschorting/verlenging van de standstilltermijn voorzien. Aangezien Richtlijn 2007/66/EG uiterlijk op 20 december 2009 naar intern recht diende te worden omgezet, was het vrij duidelijk dat ook deze nieuwe rechtsbeschermingsregeling een kort leven beschoren zou (moeten) zijn.

Hoofdstuk V. De wet van 23 december 2009 en de invoering van boek IIbis

Afdeling 1. Inleiding

55. Onder druk van de deadline voor de omzetting van Richtlijn 2007/66/EG heeft de Belgische wetgever de bestaande rechtsbeschermingsregeling in de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 nog maar eens gewijzigd bij wet van 23 december 2009⁵² tot invoering van een nieuw boek II bis betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de bestaande Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993. De artikelen 21bis, 41sexies en 62bis in de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 die slechts op 18 augustus 2008 in werking waren getreden, werden door deze wet opnieuw afgevoerd.

56. In tegenstelling tot de vrij summiere tekst (drie paragrafen) van artikel 21bis, bevat Boek IIbis maar liefst 34 artikels, zijnde 64/1 tot en met 64/34, die hierna verder besproken worden.

Afdeling 2. Algemene bepalingen en definities – Artikel 65/1

57. Artikel 65/1 definieert 13 begrippen. Vermeldenswaardig is dat er een logisch onderscheid gemaakt wordt tussen de gunning van de opdracht, zijnde de beslissing van de aanbestedende instantie om de gekozen inschrijver aan te wijzen, en de sluiting van de opdracht, zijnde de totstandkoming van de contractuele band tussen de aanbestedende instantie en de begunstigde. Het begrip “sluiting” van de opdracht is beter gekozen dan het begrip “toewijzing” van de opdracht zoals in de Rechtsbeschermingswet van 16 juni 2006, aangezien het begrip “toewijzing” traditioneel verwijst naar de gunningsbeslissing en bijgevolg beter als een synoniem van gunning wordt aanzien.

Afdeling 3. Opdrachten die de Europese drempels bereiken

§ 1. Toepassingsgebied – Artikel 65/3

58. De hierna besproken rechtsbeschermingsregelgeving is vooreerst van toepassing op alle opdrachten die de Europese drempels bereiken met uitzondering van bepaalde⁵³ defensie-

⁵² B.S. 28 december 2009, 81.856.

⁵³ De defensieopdrachten bedoeld in art. 346, 1, b van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

opdrachten waarvoor slechts een beperkt aantal artikels⁵⁴ van toepassing zijn.

59. Nieuw is dat wanneer de oorspronkelijke raming van de opdracht lager is dan de Europese drempels, maar het goed te keuren offertebedrag zonder btw evenwel meer dan 20 % hoger is dan de Europese drempels, de nieuwe regeling eveneens van toepassing. De wetgever heeft hiermee de praktijk willen tegengaan van de bewuste onderschatting van de raming van de opdracht om de toepasselijkheid van de rechtsbeschermingswetgeving te omzeilen. Opmerkelijk is dat deze bepaling niet voorkomt in Richtlijn 2007/66/EEG.

§ 2. Gemotiveerde beslissing – Artikelen 65/4 tot 65/6

60. De aanbestedende instantie heeft de verplichting om een gemotiveerde beslissing op te stellen:

- 1° wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking;
- 2° wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de klassieke sectoren;
- 3° wanneer ze beslist over de kwalificatie of de intrekking van de kwalificatie in het kader van een kwalificatiesysteem in de speciale sectoren;
- 4° wanneer ze beslist over de selectie van de kandidaten ingeval de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat;
- 5° wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure;
- 6° wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven.

In de gevallen vermeld in 1° en 2° dienen de motieven van de beslissing op het ogenblik van de beslissing te bestaan, maar kan de gemotiveerde beslissing *a posteriori* worden opgesteld, uiterlijk door ze op te nemen in de gunningsbeslissing. In enkele andere specifieke gevallen zoals de opdrachten die door hun dringend karakter noodzakelijkerwijze bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking worden gegund en bepaalde defensieopdrachten, is de mogelijkheid van de opstelling *a posteriori* van de gemotiveerde gunningsbeslissing eveneens toegestaan.⁵⁵

61. De gemotiveerde beslissing bevat, naargelang de procedure en het soort beslissing:

- 1° de naam en het adres van de aanbestedende instantie, het voorwerp van de opdracht en het goed te keuren offertebedrag;

⁵⁴ Artt. 65/4, 65/5, 65/7 tot 65/10, 65/14 tot 65/16 en 65/23 tot 65/27 Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993.

⁵⁵ Indien toepassing kan worden gemaakt van de artt. 17, § 2, 1°, b, tweede lid, tweede streepje en c, 39, § 2, 1°, c, en 3°, b en c en 59, § 2, 1°, d, en 4°, b en c van de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, wordt de gunningsbeslissing, indien deze niet onmiddellijk kan worden opgesteld, *a posteriori* opgesteld, uiterlijk de vijftiende dag na de beslissing.

- 2° in geval van onderhandelingsprocedure, de juridische en feitelijke motieven die het gebruik van deze procedure rechtvaardigen of mogelijk maken;
- 3° de namen van de kandidaten of inschrijvers;
- 4° ingeval van een kwalificatiesysteem in de speciale sectoren:
- de namen van de gekwalificeerde en niet-gekwalificeerde kandidaten en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben en die gebaseerd zijn op de vooraf vastgestelde kwalificatiecriteria en -regels;
 - de namen van de kandidaten waarvan de kwalificatie is ingetrokken en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben en die gebaseerd zijn op de vooraf vastgestelde kwalificatiecriteria en -regels;
- 5° de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben;
- 6° de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties of dat ze niet voldoen aan de vastgestelde prestatie- of functionele eisen;
- 7° de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben;
- 8° de juridische en feitelijke motieven van de beslissing van de aanbestedende instantie om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe gunningsprocedure die wordt gevolgd.

62. De gemotiveerde beslissing geldt als proces-verbaal en wordt, op haar verzoek, overgelegd aan de Europese Commissie. In de klassieke sectoren wordt dit proces-verbaal aangevuld met de vermelding van het gedeelte van de opdracht dat in onderaanneming zal worden gegeven, voor zover dat gekend is.

§ 3. Informatie aan kandidaten en inschrijvers – Artikelen 65/7 tot 65/10

63. Dit hoofdstuk bevat de informatie die de aanbestedende instantie verplicht aan de kandidaten en inschrijvers dient te geven in de loop van de gunningsprocedure.

64. Wanneer de gunningsprocedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat, deelt de aanbestedende instantie, onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde selectiebeslissing, aan elke niet-geselecteerde kandidaat mee:

- 1° de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van deze beslissing;
- 2° ingeval van een beperking van het aantal geselecteerde kandidaten op basis van een rangschikking, de gemotiveerde selectiebeslissing.

De uitnodiging tot het indienen van een offerte mag niet aan de geselecteerde kandidaten worden gericht vóór de verzending van deze informatie.

65. In geval van het instellen en het beheer van een kwalificatiesysteem in de speciale sectoren deelt de aanbestedende instantie, onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde kwalificatiebeslissing, aan elke niet-gekwalificeerde kandidaat de motieven voor zijn niet-kwalificatie mee, in de vorm van een uittreksel van deze beslissing. Deze mededeling gebeurt onverwijld en uiterlijk binnen vijftien dagen vanaf de datum van de beslissing.

Voorafgaandelijk aan de intrekking van de kwalificatie van een aannemer, leverancier of dienstverlener brengt de aanbestedende instantie hem, tenminste vijftien dagen vóór de datum bepaald voor de intrekking van de kwalificatie, schriftelijk op de hoogte van haar voornemen en van de redenen die dit rechtvaardigen, alsook van de mogelijkheid om zijn opmerkingen te laten gelden binnen dezelfde termijn.

66. Onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing doet de aanbestedende instantie kennisgeving van:

- 1° aan elke niet-geselecteerde inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
- 2° aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
- 3° aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver, de gemotiveerde beslissing.

67. Deze kennisgeving omvat in voorkomend geval eveneens:

- 1° de nauwkeurige vermelding van de exacte duur van de standstilltermijn;
- 2° de aanbeveling om de aanbestedende instantie binnen diezelfde standstilltermijn per telefax, e-mail of een ander elektronisch middel te verwittigen indien de belanghebbende een vordering tot schorsing indient;
- 3° het telefaxnummer of het elektronisch adres waarnaar de verwittiging aan de aanbestedende instantie van het instellen van het schorsingsberoep kan worden verzonden.

De aanbestedende instantie doet deze kennisgeving onverwijld per fax of e-mail of een ander elektronisch middel, alsook, dezelfde dag, bij aangetekende brief.

68. De kennisgeving doet geen enkele contractuele verbintenis ontstaan ten aanzien van de gekozen inschrijver en schorst de gestanddoeningstermijn tijdens dewelke de inschrijvers gebonden blijven door hun offerte, voor zover een dergelijke gestanddoeningstermijn en de standstilltermijn toepasselijk zijn.

69. Voor alle voor die opdracht ingediende offertes eindigt de schorsing van de gestanddoeningstermijn:

- 1° indien geen vordering tot schorsing is ingesteld tijdens de standstilltermijn: op de laatste dag van de standstilltermijn;
- 2° indien een vordering tot schorsing is ingesteld: op de dag waarop de verhaalinstantie een beslissing heeft genomen;
- 3° in elk geval: ten laatste vijftien dagen na kennisgeving door de aanbestedende instantie van haar beslissing.

70. Onmiddellijk na het nemen van de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, een nieuwe opdracht uit te schrijven, deelt de aanbestedende instantie de gemotiveerde beslissing mee aan de betrokken kandidaten en inschrijvers.

71. Bepaalde gegevens mogen evenwel niet worden medegegeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere ondernemingen of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden.

72. De aanbestedende instantie en elke persoon die, in het kader van zijn functie of van de hem toevertrouwde opdrachten, kennis heeft van vertrouwelijke informatie over een opdracht of die hem, in het kader van het plaatsen en de uitvoering van de opdracht, door de kandidaten, inschrijvers, aannemers, leveranciers of dienstverleners werd verstrekt, mogen die informatie niet bekendmaken. Deze informatie heeft meer bepaald betrekking op de technische of commerciële geheimen en op de vertrouwelijke aspecten van de offertes.

73. Zolang de aanbestedende instantie geen beslissing heeft genomen over, naargelang het geval, de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, hebben de kandidaten, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de procedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbestedende instantie.

§ 4. Wachttermijn – Artikelen 65/11 tot 65/13

74. De sluiting van de opdracht die volgt op de gunningsbeslissing, mag in geen geval plaatsvinden vóór het verstrijken van een termijn van vijftien dagen die ingaat de dag nadat de gemotiveerde beslissing aan de betrokken kandidaten en inschrijvers is verzonden. Indien deze verzendingen niet tegelijk gebeuren, gaat de termijn voor de betrokken kandidaat of de betrokken inschrijver in de dag na de laatste verzendingsdatum.

75. Wanneer een vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing wordt ingediend binnen de wachttermijn, mag de aanbestedende instantie de opdracht niet sluiten voordat de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan, hetzij over de vordering tot voorlopige maatregelen, hetzij over de vordering tot schorsing.

76. Te dien einde wordt de indiener van de vordering uitgenodigd de aanbestedende instantie binnen die termijn bij voorkeur per telefax of e-mail of een ander elektronisch middel over de indiening van die vordering te verwittigen.

77. De opdracht mag worden gesloten na afloop van de wachttermijn, wanneer binnen de wachttermijn geen enkele vordering tot schorsing wordt ingediend. Het verbod om de opdracht te sluiten, strekt enkel tot voordeel van de indiener van een vordering tot schorsing binnen de wachttermijn.

78. De opdracht mag worden gesloten zonder toepassing van een wachttermijn:

- 1° wanneer een voorafgaande Europese bekendmaking niet verplicht is;
- 2° wanneer de enige betrokken inschrijver degene is aan wie de opdracht wordt gegund en er geen betrokken kandidaten zijn.

79. De schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing door de verhaalinstantie leidt van rechtswege tot de schorsing van de uitvoering van de opdracht die in strijd met de (verlengde) wachttermijn zou zijn gesloten. De aanbestedende instantie stelt de begunstigde onverwijld van de schorsing van de gunningsbeslissing in kennis en beveelt hem de uitvoering van de opdracht, al naargelang, niet te beginnen of stop te zetten.

Dit is een belangrijke bepaling die in het bijzonder van belang is voor de rechtspraak van de Raad van State. Voor de inwerkingtreding van deze wet wees de Raad van State het schorsingsberoep af bij gebreke aan moeilijk te herstellen ernstig nadeel indien de aanbestedende instantie reeds tot contractsluiting was overgegaan, zelfs indien dit in strijd gebeurde met de wachttermijn:

(...) een schorsing door de Raad van State van de beslissing tot gunning van de opdracht niet de schorsing van de overeenkomst zou meebrengen, aangezien het tot de uitsluitende bevoegdheid van de hoven en rechtbanken behoort om de uitvoering van een overeenkomst te schorsen.

Overwegende, bijgevolg, dat het nadeel waardoor verzoekers aanvoeren bedreigd te zijn – namelijk de definitieve onmogelijkheid om de opdracht uit te voeren met de daaraan verbonden gevolgen – niet kan worden tenietgedaan of vermeden door een schorsingsarrest van de Raad van State; dat die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen⁵⁶;

⁵⁶ RvS, *Feyfer-Formanova*, nr. 87.983, 15 juni 2000.

80. Wanneer na de schorsing van rechtswege van de uitvoering van de opdracht geen enkele vordering tot nietigverklaring van de gunningsbeslissing of tot onverbindendverklaring van de opdracht wordt ingediend binnen de toepasselijke termijnen, worden de schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing en van de opdracht van rechtswege opgeheven.

§ 5. Verhaalprocedures – Artikelen 65/14 tot 65/27

1. Vernietiging – Artikel 65/14

81. Op verzoek van elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te bekomen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld, kan de verhaalinstantie de beslissingen van de aanbestedende instanties vernietigen, waaronder degene die berusten op discriminerende technische, economische en financiële specificaties, omdat deze beslissingen een machtsafwijking inhouden of een inbreuk vormen op:

- 1° het op de desbetreffende opdracht toepasselijke Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, alsook op de wet en haar uitvoeringsbesluiten;
- 2° de grondwettelijke, wettelijke of reglementaire bepalingen, alsook de algemene rechtsbeginselen die op de betreffende opdracht van toepassing zijn;
- 3° de opdrachtdocumenten.

2. Schorsing – Artikel 65/15

82. Onder dezelfde voorwaarden als voor de vernietigingsvordering en zonder dat het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is vereist, kan de verhaalinstantie, eventueel op straffe van een dwangsom, de uitvoering van de gunningsbeslissingen schorsen en, wat betreft de Raad van State, zolang het vernietigingsberoep bij hem aanhangig is:

- 1° de voorlopige maatregelen bevelen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen worden geschaad;
- 2° de voorlopige maatregelen bevelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van haar uitspraak.

83. De vordering tot schorsing wordt ingediend volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid of in kort geding, afhankelijk van de bevoegde verhaalinstantie, respectievelijk de Raad van State of de gewone rechter.

84. De verhaalinstantie houdt rekening met de vermoedelijke gevolgen van de schorsing van de uitvoering en van de voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsook met het openbaar belang, en kan beslissen om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen. Dit betekent dat onder deze nieuwe wet ook de rechter nog steeds een belangenafweging kan maken.

85. De beslissing om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan, doet geen afbreuk aan de andere door de indiener ingeroepen rechten.

86. De vordering tot voorlopige maatregelen kan samen met de vordering tot schorsing of met de vordering tot nietigverklaring of afzonderlijk worden ingediend

3. Schadevergoeding – Artikel 65/16

87. De verhaalinstantie kent een schadevergoeding toe aan de personen die benadeeld zijn door schendingen die door de aanbestedende instantie zijn begaan en voorafgaan aan de sluiting van de opdracht op voorwaarde dat de verhaalinstantie zowel de schade als het oorzakelijk verband tussen de schade en de beweerde schending bewezen acht.

88. Wanneer er voor de opdrachten in de nutssectoren een vordering tot schadevergoeding wordt ingediend uit hoofde van de kosten voor het opstellen van een offerte of van de deelname aan de procedure, volstaat het dat de indiener aantoonbaar is van een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de wet of van haar uitvoeringsbesluiten en dat hij reële kansen had om de opdracht te bekomen wanneer deze schending niet zou zijn gebeurd.

4. Onverbindendverklaring – Artikelen 65/17 tot 65/21

89. Nieuw in de Belgische overheidsopdrachtenwetgeving is de mogelijkheid om een gesloten opdracht onverbindend te laten verklaren. Dit concept is overgenomen uit Richtlijn 2007/66/EEG.

90. Op verzoek van elke belanghebbende verklaart de verhaalinstantie voortaan de gesloten opdracht onverbindend in elk van de volgende gevallen:

- 1° wanneer de aanbestedende instantie een opdracht heeft gesloten zonder voorafgaande Europese bekendmaking, terwijl het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten dit nochtans vereisen;
- 2° wanneer de aanbestedende instantie de opdracht heeft gesloten zonder inachtneming van de wachttermijn, of zonder te wachten tot de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan, hetzij over de vordering tot schorsing, hetzij over de vordering tot voorlopige maatregelen, wanneer:
 - a) een inschrijver door deze schending geen verhaal tot schorsing heeft kunnen instellen of voleindigen;
 - b) deze schending gepaard gaat met een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten die de kansen van een inschrijver om de opdracht te bekomen nadelig heeft beïnvloed.

91. De aanbestedende instantie en de begunstigde worden betrokken in deze verhaalprocedure. Te dien einde deelt de aanbestedende instantie de identiteit van de begunstigde mee zodra de indiener van het verhaal daarom verzoekt.

92. De vordering tot onverbindendverklaring van de opdracht kan samen met de vordering tot nietigverklaring of afzonderlijk worden ingediend.

93. De onverbindendverklaring is niet toepasselijk indien de aanbestedende instantie, alhoewel ze van oordeel is dat het plaatsen van de opdracht zonder voorafgaande Europese bekendmaking toegestaan is op grond van de bepalingen van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten,

1° in het *Publicatieblad van de Europese Unie* vooraf een aankondiging van vrijwillige transparantie ex ante heeft bekendgemaakt, overeenkomstig het door de Koning vastgestelde model, waarin ze te kennen geeft de opdracht te willen sluiten en,

2° de opdracht niet heeft gesloten vóór het verstrijken van een termijn van ten minste tien dagen die ingaat de dag na de bekendmaking van de aankondiging in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

94. De aankondiging wordt eveneens bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen, zonder dat deze laatste bekendmaking evenwel een toepassingsvoorwaarde vormt voor de in dit artikel bedoelde uitzondering op de onverbindendverklaring. De bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen is facultatief voor de opdrachten onderworpen aan de bepalingen van boek II.

De aankondiging bevat de volgende informatie:

1° de naam en de contactgegevens van de aanbestedende instantie;

2° een omschrijving van het voorwerp van de opdracht;

3° de rechtvaardiging van de beslissing van de aanbestedende instantie om de opdracht te plaatsen zonder voorafgaande Europese bekendmaking;

4° de naam en de contactgegevens van de inschrijver ten aanzien van wie is beslist de opdracht te gunnen, en

5° in voorkomend geval, elke andere informatie die de aanbestedende instantie nuttig acht.

Alleen de aankondiging bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* en in het *Bulletin der Aanbestedingen* geldt als officiële bekendmaking.

95. Wanneer ze de opdracht onverbindend verklaart, beslist de verhaalinstantie om:

1° alle contractuele verbintenissen met terugwerkende kracht te vernietigen, of

2° de werking van de vernietiging te beperken tot de nog uit te voeren verbintenissen.

In geval 2° legt de verhaalinstantie tevens een boete op als alternatieve sanctie. De alternatieve sancties worden verder in deze bijdrage besproken.

96. De verhaalinstantie kan beslissen om een opdracht niet onverbindend te verklaren, ook al is die onwettig gesloten, indien ze, na alle relevante aspecten te hebben onderzocht, van mening is dat dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de opdracht verbindend blijft. In dat geval legt de verhaalinstantie in de plaats daarvan alternatieve sancties op.

Wat het niet onverbindend verklaren van een opdracht betreft mogen economische belangen alleen als dwingende redenen worden beschouwd indien, in uitzonderlijke omstandigheden, de onverbindendheid onevenredig grote gevolgen zou hebben.

Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de opdracht in kwestie, kunnen evenwel niet als dwingende redenen van algemeen belang in aanmerking worden genomen. Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de opdracht omvatten onder meer de kosten die voortvloeien uit de vertraging bij de uitvoering van de opdracht, de kosten van een nieuwe procedure, de kosten die veroorzaakt worden door het feit dat een andere onderneming de opdracht moet uitvoeren, en de kosten van de juridische verplichtingen die voortvloeien uit de onverbindendheid.

97. Tot slot is bepaald dat behalve voor de besproken gevallen waarin de wet voorziet⁵⁷, de opdracht, zodra die is gesloten, niet meer geschorst of onverbindend kan worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten.

5. Alternatieve sancties – Artikel 65/22

98. Bij wijze van alternatieve sanctie kan de verhaalinstantie, ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende, de looptijd van de opdracht inkorten of de aanbestedende instantie een boete opleggen.

99. De aanbestedende instantie en de begunstigde worden betrokken in deze verhaalprocedure. Te dien einde deelt de aanbestedende instantie de identiteit van de begunstigde mee zodra de indiener van het verhaal daarom verzoekt.

100. De opgelegde sanctie is doeltreffend, evenredig en afschrikkend. Wanneer ze een sanctie oplegt, kan de verhaalinstantie alle relevante factoren in aanmerking nemen, waaronder de ernst van de schending, de houding van de aanbestedende instantie en de mate waarin de overeenkomst van kracht blijft. De boete bedraagt maximum 15 % van het gegunde opdrachtbedrag zonder btw.

101. De boetes die bij wijze van alternatieve sanctie worden uitgesproken, worden gestort aan de Schatkist en dienen dus onderscheiden te worden van de toekenning van schadevergoeding die niet als alternatieve sanctie wordt beschouwd.

⁵⁷ Met name de artt. 65/13 en 65/17 tot 65/20 Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993.

102. Op verzoek van elke belanghebbende en na alle relevante aspecten te hebben onderzocht, legt de verhaalinstantie een alternatieve sanctie op wanneer de aanbestedende instantie de opdracht heeft gesloten in strijd met de (verlengde) wachtermijn, waarbij deze schending evenwel:

- 1° voor de inschrijver geen belemmering vormde om een vordering tot schorsing in te stellen en
- 2° niet gepaard ging met een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten, waardoor de kansen van de inschrijver om de opdracht te bekomen nadelig zouden zijn beïnvloed.

6. Verhaaltermijnen – Artikel 65/23

103. De verhaalprocedures worden, op straffe van niet-ontvankelijkheid, ingesteld binnen de hierna volgende termijnen vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang.

- De vordering tot vernietiging dient ingesteld te worden binnen een termijn van zestig dagen.
- De vordering tot schorsing dient ingesteld te worden binnen een termijn van vijftien dagen of tien dagen in geval van toepassing van artikel 65/18.⁵⁸
- De vordering tot schadevergoeding wordt ingesteld binnen een termijn van vijf jaar.
- De vordering tot onverbindendverklaring wordt ingesteld binnen een termijn van dertig dagen die ingaat de dag nadat de aanbestedende instantie, hetzij:
 - 1° de aankondiging van gegunde opdracht heeft bekendgemaakt, wanneer de aanbestedende instantie beslist heeft deze opdracht te plaatsen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie en het Bulletin der Aanbestedingen en de aankondiging van gegunde opdracht de rechtvaardiging van deze beslissing bevat, of
 - 2° de betrokken kandidaten en inschrijvers ervan in kennis heeft gesteld dat de opdracht werd gesloten en hen tegelijk de gemotiveerde beslissing heeft meegedeeld die op hen betrekking heeft.
- De verhaaltermijn bedraagt zes maanden vanaf de dag na de sluiting van de opdracht wanneer de aanbestedende instantie de voorgaande bepalingen niet naleeft.
- De vordering tot alternatieve sancties wordt ingesteld binnen een termijn van zes maanden.

7. Verhaalinstanties – Artikelen 65/24 tot 65/27

104. Voor de vorderingen tot schorsing en nietigverklaring⁵⁹ is de verhaalinstantie de Raad van State wanneer de aanbeste-

dende instantie een administratieve overheid⁶⁰ is. Indien dit niet het geval is, is de gewone rechter bevoegd. De rechtsonzekerheid m.b.t. tot de concrete invulling en interpretatie van het begrip “administratieve overheid”, verhindert de wetgever bijgevolg niet om dit onderscheidingscriterium te blijven hantieren.

105. Voor de overige verhaalprocedures⁶¹ is de verhaalinstantie de gewone rechter. Belangrijk is dat voor de onverbindendverklaring en de alternatieve sancties de rechter zetelt *zoals in kort geding*.

106. Tenzij de bepalingen van de overheidsopdrachtenwet hiervan afwijken, worden de bevoegdheids- en procedurevoorschriften voor de verhaalinstantie bepaald door de wetten en besluiten betreffende de verhaalinstantie.

107. Wanneer de verhaalinstantie een vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing ontvangt, deelt zij dit onmiddellijk mee aan de aanbestedende instantie.

Met het oog op een mededeling aan de Europese Commissie legt de verhaalinstantie aan de Eerste Minister de tekst over van alle uitspraken die zij doet met toepassing van artikel 65/18.⁶²

Zij legt aan de Eerste Minister eveneens de andere gegevens over die de Europese Commissie eventueel zou opvragen betreffende het verloop van de verhaalprocedures.

108. De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.

109. Nieuw is dat ingeval van een tergende en roekeloze verhaalprocedure de verhaalinstantie, op verzoek van de aanbestedende instantie of de begunstigde van de beslissing, aan de aanbestedende instantie of aan de begunstigde een passende schadevergoeding kan toekennen ten laste van de verzoeker. Het totale bedrag van de eventuele schadevergoedingen mag

⁵⁸ Zie de onverbindendverklaringsprocedure beschreven in randnummer 93.

⁵⁹ Zie de artt. 65/14 en 65/15 van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993.

⁶⁰ Als bedoeld in art. 14, § 1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

⁶¹ Zie de artt. 65/16, 65/17 en 65/22 van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993.

⁶² Zie randnummer 93.

in geen geval 5 % van het gegunde opdrachtbedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde overschrijden.⁶³

Afdeling 4. Opdrachten die de Europese drempels niet bereiken – Artikelen 65/28 – 65/30

110. Voor de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken, zijn niettemin een aantal regels van de opdrachten die de Europese drempels wel bereiken van toepassing.

111. Zo zijn de regels over de motiverings- en informatieplicht⁶⁴ principieel ook van toepassing op de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken. De Koning kan evenwel in uitzondering voorzien voor bepaalde soorten opdrachten en voor opdrachten beneden bepaalde drempels.

Zo is er een uitzondering ingevoegd in artikel 25 van het KB van 8 januari 1996⁶⁵ voor de opdrachten in de klassieke sectoren door artikel 9 van het KB van 10 februari 2010⁶⁶ waarvan de goed te keuren uitgave zonder btw 67.000,00 EUR niet overschrijdt, ongeacht de gunningsprocedure.

Voor de opdrachten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten is er een artikel art. 62 ingevoegd in het KB van 10 januari 1996⁶⁷ door het KB van 10 februari 2010 dat in een uitzondering voorziet voor opdrachten waarvan de goed te keuren uitgave zonder btw 135.000,00 EUR niet overschrijdt, ongeacht de gunningsprocedure.

Deze uitzonderingsprocedures worden hier niet verder besproken. Er kan worden verwezen naar de tekst van de bovengenoemde wetsartikelen.

112. Vernieuwend is dat de wachtermijn⁶⁸ nu ook toepasselijk is voor opdrachten van werken die verplicht zijn onderworpen aan een Belgische bekendmaking en waarvan het goed te keuren bedrag zonder btw minstens de helft bedraagt van het drempelbedrag voor Europese bekendmaking. Concreet betekent dit dat voor opdrachten van werken ook een wachtermijn dient gerespecteerd te worden indien het bedrag van de

raming minstens 2.422.500 EUR⁶⁹ bedraagt. In dit geval zijn ook de regels met betrekking tot de onverbindendverklaring en de alternatieve sancties⁷⁰ van toepassing op deze opdrachten om de wachtermijn afdwingbaar te maken.

Er is evenwel een uitzondering bepaald op de toepasselijkheid van de wachtermijn voor bepaalde defensieopdrachten van werken.⁷¹

113. Verder staat het de aanbestedende instantie vrij om de wachtermijn toepasselijk te maken op de opdrachten waarvoor dit niet verplicht is. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever vooral het geval voor ogen heeft waarin de aanbestedende instantie een vrijwillige wachtermijn respecteert om het risico op vorderingen van schadeloosstelling te verminderen.

In geval van een vrijwillige wachtermijn zijn de regels in verband met de onverbindendverklaring en de alternatieve sancties niet van toepassing.⁷² Zodra de opdracht gesloten is, kan voor deze opdrachten de opdracht niet meer geschorst worden of onverbindend verklaard worden zelfs indien een vrijwillige wachtermijn werd gerespecteerd.

114. De verhaalinstanties en de verhaaltermijnen zijn dezelfde als voor de opdrachten die de Europese drempels bereiken. De regels aangaande de verhaalprocedures en verhaaltermijnen zijn bijgevolg eveneens van toepassing op de opdrachten onder de Europese drempels voor wat betreft de vordering tot schorsing, nietigverklaring en de vordering tot schadeloosstelling. De regels met betrekking tot de verhaalprocedures en verhaaltermijnen voor de ontbindendverklaring en de alternatieve sancties zijn, zoals hiervoor reeds aangehaald, slechts van toepassing voor opdrachten van werken die verplicht zijn onderworpen aan een Belgische bekendmaking en waarvan het goed te keuren bedrag zonder btw minstens de helft bedraagt van het drempelbedrag voor Europese bekendmaking

Afdeling 5. Correctiemechanisme – Artikel 65/34

115. De Europese Commissie kan een correctiemechanisme-procedure hanteren wanneer zij, vóór de sluiting van de opdracht, van oordeel is dat een ernstige schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten is begaan.

116. De procedure loopt als volgt. De Europese Commissie stelt de Belgische Staat in kennis van de redenen waarom zij tot de conclusie is gekomen dat een ernstige schending is begaan en vraagt deze op passende wijze ongedaan te maken. Binnen eenentwintig kalenderdagen na ontvangst van de in de tweede

⁶³ Het voornoemde percentage kan bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad worden verhoogd. Dit koninklijk besluit moet bij wet worden bekrachtigd binnen een termijn van twaalf maanden vanaf zijn inwerkingtreding.

⁶⁴ Meer bepaald de artt. 65/4, 65/5, 65/7, 65/8§ 1, eerste lid, 65/9 en 65/10.

⁶⁵ KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken, B.S. 26 januari 1996, 1523.

⁶⁶ KB van 10 februari 2010 tot wijziging van de bepaalde Koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, B.S. 16 februari 2010, 9240.

⁶⁷ KB van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, B.S. 26 januari 1996, 1644.

⁶⁸ Meer bepaald art. 65/11 Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993.

⁶⁹ Drempelbedrag van toepassing van 1 januari 2010 tot en met 31 december 2011 overeenkomstig art. 1, § 3 KB van 8 januari 1996 en art. 1, § 2 KB van 10 januari 1996.

⁷⁰ Artt. 65/12, 65/13, 65/18, eerste en vierde lid, en 65/19 tot 65/22 Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993.

⁷¹ Opdrachten van werken als bedoeld in art. 346, 1, b van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

⁷² Artt. 65/13, 65/17 tot 65/22 Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993.

paragraaf bedoelde kennisgeving, stelt de Belgische Staat de Commissie in kennis van:

- a) de bevestiging dat de schending ongedaan is gemaakt;
- b) een met redenen omkleed oordeel waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie is ondernomen, of
- c) een kennisgeving waarin staat dat de procedure is geschorst, hetzij op initiatief van de aanbestedende instantie, hetzij door de verhaalsinstantie.

Een met redenen omkleed oordeel (geval b) kan onder meer gebaseerd zijn op het feit dat tegen de beweerde inbreuk verhaal bij een rechter of een andere instantie is ingesteld. In dat geval deelt de Belgische Staat de Europese Commissie het resultaat van deze procedures mee, zodra dit bekend is.

In geval van kennisgeving waarbij wordt meegedeeld dat een procedure is geschorst, stelt de betrokken lidstaat de Europese Commissie ervan in kennis dat de schorsing is ingetrokken of dat een andere procedure is uitgeschreven die volledig of gedeeltelijk verband houdt met de voorafgaande procedure. Deze nieuwe kennisgeving moet bevestigen dat de beweerde schending ongedaan is gemaakt of moet een met redenen omkleed oordeel bevatten waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie heeft plaatsgevonden.

117. Wanneer de Europese Commissie deze procedure hanteert, is de betrokken aanbestedende instantie verplicht samen te werken met de overheden belast met het overmaken van een antwoord aan Europese Commissie. De aanbestedende instantie is met name verplicht de Eerste Minister langs de snelst mogelijke kanalen, binnen tien dagen na ontvangst van de kennisgeving van de Europese Commissie, alle documenten en inlichtingen over te leggen die noodzakelijk zijn voor een afdoend antwoord.

Afdeling 6. Inwerkingtreding

118. Overeenkomstig artikel 7 Wet van 23 december 2009 en artikel 76 KB 10 februari 2010 trad deze nieuwe regeling in werking op 25 februari 2010.

De overheidsopdrachten, de opdrachten en de prijsvragen voor ontwerpen bekendgemaakt vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vóór deze datum een uitnodiging werd verstuurd om een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen, blijven onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden op het ogenblik van de aankondiging of van de uitnodiging.

119. Ook voor deze nieuwe rechtsbeschermingswetgeving geldt dat ze mogelijk slechts een kort leven is beschoren, aangezien in de parlementaire voorbereiding gewezen wordt op de tijdsdruk bij de redactie van de wet door het verstrijken van de deadline voor de omzetting van Richtlijn 2007/66/EEG op 20 december 2009 en de mogelijke inwerkingtreding en uitvoering van de Rechtsbeschermingswet van 16 juni 2006 die nog steeds niet in werking is getreden.

Hoofdstuk VI. Conclusie: de standstillwetgeving in stroomversnelling

120. Uit het voorgaande blijkt dat de standstillregeling in België en Europa de laatste jaren steeds sneller evolueert. In zes jaren tijd zijn er reeds vier verschillende rechtsbeschermingsregelingen goedgekeurd waarbij opvalt dat er een zekere vooruitgang waar te nemen is in de rechtsbescherming van de benadeelde onderneming bij de gunning van overheidsopdrachten.

121. Naast een toename van de rechtsbescherming heeft deze complexe materie evenwel ook nood aan een rechtszeker en stabiel rechtskader. In dit licht valt het te betreuren dat de recente invoering van Boek *Ibis* in de bestaande overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 mogelijkerwijze binnen relatief korte termijn achterhaald kan zijn door de inwerkingtreding van de (aangepaste?) Rechtsbeschermingswet van 16 juni 2006 of de integratie van deze wet in de nieuwe Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006, die evenmin reeds in werking is getreden.

Het deskundigenonderzoek in bouwzaken

Kristof Uytterhoeven

Hoofddocent Hogeschool voor Wetenschap & Kunst, Departement Architectuur Sint-Lucas
(Associatie KULeuven)

Advocaat-vennoot Caluwaerts & Uytterhoeven Antwerpen

I. Inleiding

1. De beslechting van een bouwgeschil veronderstelt in vele gevallen een beoordeling van technische elementen, zoals het bestaan, de oorzaken en de gevolgen van bouwgebreken, het bestaan en de omvang van een termijnoverschrijding, of de concrete begroting van de schade die een aannemer lijdt door de stilleg van de werken ten gevolge van een aan de opdrachtgever toerekenbaar feit of tekortkoming. De vaststelling en het onderzoek van deze technische elementen en het verlenen van een technisch advies hieromtrent aan de rechtbank vereisen vaak de tussenkomst van een gerechtsdeskundige. Het tegensprekelijk gerechtelijk deskundigenonderzoek is dan ook een onderzoeksmaatregel die bij uitstek wordt aangewend in bouwzaken.

2. De bepalingen in het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot het deskundigenonderzoek werden grondig hervormd door de wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509*quater* van het Strafwetboek.¹ In de memorie van toelichting werden de subsidiariteit van het deskundigenonderzoek, het vlottere verloop van het deskundigenonderzoek door een actievere tussenkomst van de rechter en een verfijning van de bepalingen inzake kosten en consignatie als krachtlijnen van deze wet genoemd.²

Na de inwerkingtreding van de wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509*quater* van het Strafwetboek kwamen evenwel een aantal praktijkproblemen aan het licht. Met de artikelen 20 tot en met 37 van de wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen betreffende de Justitie (II)³⁻⁴ heeft de wetgever getracht de verwor-

venheden van de hervorming van 2007 te behouden en te versterken en tegelijk de problemen weg te werken die deze wet deed rijzen.⁵ Deze bepalingen zijn in werking getreden op 25 januari 2010.

3. Onderhavige bijdrage beoogt in de eerste plaats de belangrijkste wijzigingen te beschrijven die het gerechtelijk deskundigenonderzoek in bouwzaken heeft ondergaan sedert de inwerkingtreding van voormelde wetten van 15 mei 2007 en 30 december 2009. Daarnaast wordt overzicht geboden van enkele actuele evoluties in de rechtspraak inzake het gerechtelijk deskundigenonderzoek die relevant zijn voor de oplossing van bouwgeschillen.

II. De aanstelling van de gerechtsdeskundige

A. Soevereine beoordeling door de feitenrechter

1. Algemeen

4. De rechter kan, ter oplossing van een voor hem gebracht geschil of ingeval een geschil werkelijk en dadelijk dreigt te ontstaan, een of meer deskundigen gelasten vaststellingen te doen of een technisch advies te geven (art. 962, eerste lid Ger.W.).

5. Behalve in de gevallen waarin de wet uitdrukkelijk de verplichte aanstelling van een deskundige voorschrijft, beoordeelt de rechter soeverein de feitelijke gegevens op grond waarvan hij het aangewezen acht al dan niet een deskundige aan te stellen ter oplossing van het voor hem gebracht geschil.⁶ Sedert de inwerkingtreding van de wet van 15 mei 2007, is de rechter die

¹ Hierna verkort geciteerd: "wet van 15 mei 2007".

² Toelichting bij het Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2540/001, p. 3-5.

³ *BS* 15 januari 2010.

⁴ Hierna verkort geciteerd: "wet van 30 december 2009".

⁵ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 9; Verslag namens de commissie voor de justitie door de heer Renaat Landuyt, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2161/006, p. 27.

⁶ Cass. 29 maart 1974, *Arr.Cass.* 1974, 839; Cass. 16 januari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 583; Cass. 17 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 321; Cass. 12 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 633; Cass. 9 mei 2005, *Pas.* 2005, I, 1008.

een deskundigenonderzoek beveelt, verplicht zijn beslissing motiveren, waarbij hij minstens de omstandigheden moet vermelden die de aanstelling van een deskundige noodzakelijk maken (art. 972, § 1, eerste lid Ger.W.).

2. De subsidiariteit van het deskundig onderzoek

a) Principe

6. Krachtens het door de wet van 15 mei 2007 ingevoegde artikel 875bis Ger.W. mag de rechter slechts een deskundigenonderzoek bevelen in de mate waarin dit strikt noodzakelijk is voor de oplossing van een geschil.⁷ De wetgever heeft met deze wetsbepaling terecht de subsidiariteit van het deskundigenonderzoek benadrukt.⁸ Een deskundigenonderzoek is immers vaak een tijdrovende en dure onderzoeksmaatregel. Het kan dan ook niet langer worden aanvaard dat de aanstelling van een deskundige in een bouw dossier als een soort quasi-automatisme wordt aanzien.⁹ Het principe van de subsidiariteit van het deskundig onderzoek vertaalt zich in verscheidene deelaspecten.

b) Het deskundigenonderzoek moet nuttig zijn

7. Een deskundigenonderzoek mag in de eerste plaats maar worden bevolen in de mate waarin dit nuttig is voor de oplossing van het geschil.¹⁰

De vordering tot aanstelling van een deskundige kan aldus worden afgewezen indien het onmogelijk is om nog nuttige vaststellingen te doen.¹¹ Dit is onder meer het geval wanneer de schadelijkende partij reeds herstellingen heeft uitgevoerd aan het beweerd gebrekkig uitgevoerd gebouw zodat de oorspronkelijke werken en de eventuele gebreken niet meer kunnen worden onderzocht.¹² Ook een vordering tot aanstelling van een gerechtsdeskundige met als opdracht de afrekening op te stellen tussen een aannemer en een onderaannemer werd afgewezen omwille van het feit dat bij het verlaten van de werf méér dan anderhalf voordien door de onderaannemer geen enkele vorderingsstaat werd opgesteld, noch werd aangedrongen op een PV van voorlopige oplevering, zodat niet meer kon worden nagegaan hoeveel prestaties er geleverd waren en of zij al dan niet gebrekkig waren.¹³

⁷ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?* (hierna verkort geciteerd: *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*), Antwerpen, Intersentia, 2007, 124 en 140.

⁸ Toelichting bij het Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2540/001, p. 5.

⁹ D. MOUGENOT, "Le nouveau droit de l'expertise" in G. DE LEVAL en F. GEORGES (eds.), *Le droit judiciaire en mutation*, Luik, Anthemis, 2007, 72-73.

¹⁰ Brussel 9 februari 2001, *JT* 2002, 474.

¹¹ Brussel 26 oktober 1993, *Res Jur. Imm.* 1993, 267; Gent 11 februari 1999, *TGR* 1999, 55; Kh. Brussel 14 juni 1991, *T.Aann.* 1995, 80.

¹² Brussel 26 oktober 1993, *Res Jur. Imm.* 1993, 267.

¹³ Kh. Brussel 14 juni 1991, *T.Aann.* 1995, 80.

De vordering tot aanstelling van een gerechtsdeskundige moet eveneens worden afgewezen indien de gebreken die worden aangevoerd in de inleidende dagvaarding gedekt zijn door de definitieve oplevering.¹⁴

c) Noodzaak van een technisch advies

8. Een deskundigenonderzoek kan bovendien slechts worden bevolen in zoverre de door partijen aangereikte feiten en gegevens dermate technisch zijn dat de rechter zich over het voorliggende geschil niet kan uitspreken zonder een voorafgaand technisch advies van een gerechtsdeskundige.¹⁵ Het is aldus niet aangewezen om een deskundige aan te stellen indien de aansprakelijkheid van de architect of de aannemer kan worden beoordeeld zonder enig technisch advies van de deskundige.¹⁶

d) Het deskundigenonderzoek moet in verhouding staan tot de omvang en de waarde van het geschil

9. De rechter dient eveneens na te gaan of de aanstelling van een gerechtsdeskundige wel in verhouding staat tot de omvang en waarde van het geschil.¹⁷ Bij de beoordeling van de vordering tot aanstelling van een gerechtsdeskundige, moet derhalve worden onderzocht of andere, goedkopere onderzoeksmaatregelen niet kunnen volstaan om het geschil op te lossen.¹⁸

e) Het deskundigenonderzoek moet ter zake dienend zijn

10. Ten slotte moet de aanstelling van een gerechtsdeskundige verantwoord worden door feiten die voldoende precies bepaald zijn in de tijd en de ruimte en die tevens ter zake dienend zijn om het geschil op te lossen.¹⁹ Het deskundigenonderzoek beoogt dan deze feiten te bevestigen of te ontkrachten. De partij die de aanstelling van een gerechtsdeskundige vordert, moet dan ook dergelijke feiten aanvoeren in gedinginleidende akte of de conclusie waarin deze aanstelling wordt gevorderd. Bovendien moeten deze feiten minstens in rechte aannemelijk worden gemaakt.²⁰

¹⁴ P. SOURIS, "Mini-chronique de jurisprudence: De l'opportunité d'une mesure d'expertise", *T.Vred.* 1994, 389.

¹⁵ Gent 17 mei 2002, *TBH* 2003, 528.

¹⁶ Rb. Antwerpen 13 december 2006, onuitg., A.R. nr. 06/5560/A.

¹⁷ Gent 26 november 1990, *TGR* 1991, 29.

¹⁸ Toelichting bij het Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2540/001, p. 5.

¹⁹ B. VANLERBERGHE, "De wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509quater van het Strafwetboek", *RW* 2007-08, 595.

²⁰ Gent 17 mei 2002, *T.B.H.* 2003, 528.

3. Beperkte tussenkomst van de deskundige

11. De rechter kan een deskundige aanwijzen die aanwezig moet zijn bij een onderzoeksmaatregel die hij heeft bevolen om technische toelichting te verstrekken (art. 986, eerste lid Ger.W.). Thans bepaalt de wet ook uitdrukkelijk dat de rechter eveneens een deskundige kan aanwijzen om mondeling verslag te doen op de daartoe vastgestelde zitting. De rechter kan deze deskundigen gelasten tijdens hun verhoor stukken te overleggen die dienstig zijn voor de oplossing van het geschil.

12. De deskundige mag zich van stukken bedienen (art. 986, tweede lid Ger.W.). Deze stukken worden na de tussenkomst van de deskundige ter griffie neergelegd. De partijen of hun raadsliden kunnen hiervan kennis nemen (art. 986, tweede lid Ger.W. zoals aangepast door artikel 32 van de wet van 30 december 2009).

De deskundige legt de volgende eed af: "Ik zweer dat ik in eer en geweten, nauwgezet en eerlijk verslag zal doen" (art. 986, derde lid Ger.W.). De verklaring van de deskundige worden wordt proces-verbaal opgemaakt (art. 986, vierde lid Ger.W.). Het ereloon en de kosten van de deskundige in verband met zijn verhoor worden door de rechter onmiddellijk begroot onderaan op de minuut van het proces-verbaal met bevel tot tenuitvoerlegging ten laste van de partij of partijen die hij aanwijst en in de verhouding die hij bepaalt. Deze bedragen worden in de eindbeslissing als gerechtskosten begroot (art. 986, vijfde lid Ger.W.).

B. De persoon van de deskundige

1. Voorwaarden om als deskundige te kunnen optreden

13. Het Gerechtelijk Wetboek bevat geen definitie van het begrip deskundige. Een gerechtsdeskundige kan echter worden omschreven als iemand die wegens zijn vakkennis, doch zonder lasthebber van de rechter te zijn, door hem wordt aangeduid om in alle onafhankelijkheid en onpartijdigheid technisch advies te verstrekken dat die rechter in staat stelt zijn opdracht te vervullen.²¹ De vereiste kennis is in de eerste plaats een technische kennis. De deskundige moet evenwel ook beschikken over een zekere juridische basiskennis. Het is met name van bijzonder belang dat de deskundige de regels van het Gerechtelijk Wetboek inzake het deskundigenonderzoek kent ten einde te vermijden dat bepaalde onderzoeken of zelfs het volledige deskundigenonderzoek moet worden overgedaan omwille van onregelmatigheden begaan tijdens de expertiseverrichtingen.²²

²¹ Cass. 15 februari 2006, *NjW* 2006, 559; zie ook GwH 24 februari 2009, *TBO* 2009, 17.

²² Advies van de Hoge Raad voor de Justitie van 29 juni 2005 betreffende zeven wetsvoorstellen tot wijziging van het gerechtelijk wetboek voor wat betreft het deskundigenonderzoek, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 0073/002, p. 11-13.

14. In principe kan iedere persoon die beschikt over de nodige bekwaamheid om de deskundigenopdracht behoorlijk te vervullen, als gerechtsdeskundige worden aangewezen.²³ In bouwzaken wordt doorgaans geopteerd voor een architect of een ingenieur al naargelang de aard van de gebreken. De gerechtsdeskundige die door de rechtsinstanties wordt aangesteld in bouwzaken, oefent evenwel niet noodzakelijkerwijze het beroep van architect uit.²⁴ Het is dus geenszins vereist dat een gerechtsdeskundige in bouwzaken is ingeschreven op een van de tabellen van de Orde van architecten.

2. Keuze van de deskundige

a) Aanduiding door de rechter

15. De gerechtsdeskundige wordt in beginsel gekozen door de rechter. De identiteit van de aangestelde deskundige of deskundigen moet worden vermeld in de rechterlijke beslissing waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen (art. 972, § 1, eerste lid Ger.W.).

16. De partijen kunnen de rechter verzoeken om een bepaalde deskundige aan te wijzen die volgens hen het meest geschikt is om de opdracht tot een goed einde te brengen (art. 962, tweede lid Ger.W.). De rechter is evenwel niet verplicht om dit verzoek van partijen in te willigen.²⁵ Hij kan echter slechts afwijken van de keuze van partijen bij een met redenen omklede beslissing (art. 962, tweede lid *in fine* Ger.W.). Zo kan de rechter bijvoorbeeld een door de partijen voorgestelde deskundige weigeren indien deze deskundige reeds in andere zaken werd aangesteld en de rechter vreest dat de deskundige zich moeilijk aan de opgelegde termijnen zal kunnen houden.²⁶

b) Aantal deskundigen

17. De rechter stelt slechts één deskundige aan, tenzij hij het nodig acht om meerdere deskundigen aan te stellen (art. 982, eerste lid Ger.W.). Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de onderscheiden aspecten van het technisch probleem vereisen dat deskundigen van verschillende specialisaties worden aangesteld. De beslissing om een college van deskundige aan te stellen, moet gemotiveerd zijn. Het vonnis waarbij meerdere deskundigen worden aangesteld, moet minstens de omstandigheden vermelden die de aanstelling van een college noodzakelijk maken (art. 972, § 1, eerste lid Ger.W.).

²³ Zie Cass. 24 mei 2005, *P. & B.* 2006, 34.

²⁴ Cass. 18 mei 2007, *TBO* 2007, 226.

²⁵ Art. 964 (oud) Ger.W. dat de rechter verplichtte om een overeenkomst te bekrachtigen die tussen partijen werd gesloten omtrent de aanstelling van een welbepaalde deskundige, werd opgeheven door de wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het gerechtelijk wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509*quater* van het strafwetboek.

²⁶ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 46.

c) *De bijstand van een domeindeskundige (sapiteur)*

18. In bouwzaken kan het soms aangewezen zijn dat de gerechtsdeskundige beroep doet op een domeindeskundige. Zo kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval waarin een architect die als gerechtsdeskundige wordt aangesteld in het kader van de uitvoering van zijn opdracht een laboratoriumonderzoek laat uitvoeren van de gebruikte materialen of een gespecialiseerde berekening inzake stabiliteit laat uitvoeren door een ingenieur. De aanstelling van een domeindeskundige mag evenwel geen blijk geven van een gebrek aan bekwaamheid in hoofde van de gerechtsdeskundige met betrekking tot de opdracht die is opgenomen in het vonnis waarin hij werd aangesteld.²⁷

19. Sedert de inwerkingtreding van de wet van 15 mei 2007 behoort de vraag of de gerechtsdeskundige al dan niet een beroep mag doen op domeindeskundigen, thans dan tot de bevoegdheid van de rechter.²⁸ Overeenkomstig het huidige artikel 972, § 2, zevende lid, 3° Ger.W. bepaalt de na afloop van de installatievergadering genomen rechterlijke beslissing immers de noodzaak voor de deskundige om al dan niet een beroep te doen op “technische raadgevers”. Bij gebreke van een installatievergadering kan deze vermelding ook worden opgenomen in de beslissing waarin de deskundige wordt aangesteld (art. 972, § 2, achtste lid Ger.W.).

Indien de beslissing waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen of de na afloop van de installatievergadering genomen beslissing geen uitdrukkelijke vermelding bevat die de consultatie van sapiteurs toelaat of uitsluit, dient de deskundige zich bij toepassing van artikel 973, § 2 Ger.W. bij gewone, gemotiveerde brief tot de rechter te wenden ten einde een toelating te bekomen om een gespecialiseerde derde te consulteren.

d) *Bijstand door derden voor de uitvoering van uitvoerende of administratieve verrichtingen*

20. In beginsel moet de gerechtsdeskundige zijn opdracht persoonlijk uitvoeren. Dit betekent evenwel niet dat een gerechtsdeskundige zich voor de verwerking van louter uitvoerende en administratieve verrichtingen mag laten bijstaan door derden, op voorwaarde dat hij noch de leiding noch de opdracht, geheel of gedeeltelijk, aan dez derden delegeert.²⁹

²⁷ P. Taelman en B. Van Baevegheem, “Burgerlijke aspecten van het deskundigenonderzoek” in C. Engels en P. Lecocq (eds.), *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2007*, Brugge, die Keure, 2007, 210.

²⁸ P. Souris, *Manuel d'expertise judiciaire* (hierna verkort geciteerd: *Manuel*), Brussel, Créadif, 2007, 60.

²⁹ Cass. 3 mei 2005, *Pas.* 2005, 982.

C. *De opdracht van de deskundige*

1. De omschrijving van de opdracht van de deskundige

a) *De omschrijving van de opdracht door de rechter*

21. Tijdens de voorbereidende werken van de wet van 30 december 2009 werd terecht benadrukt dat de omschrijving van de opdracht van de gerechtsdeskundige een belangrijk onderdeel van het (bouw)geschil is, waaraan soms belangrijke juridische discussies vooraf gaan.³⁰ De wetgever heeft daarom reeds tijdens de hervorming van het deskundigenonderzoek in 2007 uitdrukkelijk bepaald dat het vonnis waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen, nauwkeurig de opdracht van de deskundige moet omschrijven (art. 972, § 1, eerste lid Ger.W.). Een opdracht waarbij de deskundige wordt gelast “alle vertragingen, gebreken en onvolkomenheden” van bepaalde werken te beschrijven, is onvoldoende nauwkeurig.³¹

22. Bij het bepalen van de opdracht van de gerechtsdeskundige geldt tevens het subsidiariteitsbeginsel. De rechter is dan ook verplicht de opdracht van de gerechtsdeskundige te beperken tot wat volstaat om het geschil op te lossen.³² De opdracht van de gerechtsdeskundige kan ook alleen maar betrekking hebben op de beweerdte gebreken en problemen die worden opgesomd in de gedinginleidende akte of de conclusie waarin de aanstelling van een deskundige wordt gevorderd. De gerechtsdeskundige behoort immers niet de rol van de architect over te nemen en in diens plaats alle mogelijke tekortkomingen op te zoeken.³³ De partij die de aanstelling van een deskundige in bouwzaken vordert, dient dan ook duidelijk te omschrijven welke problemen zich nog voordoen, zodat het deskundigenonderzoek daartoe beperkt kan blijven.³⁴

23. De rechter hoeft zich niet te houden aan de door eisende partij voorgestelde opdracht, maar mag deze opdracht aanpassen in functie van het verweer van de andere partijen.³⁵ De rechter moet zich daarbij wel houden aan de grenzen van het geschil zoals die door de partijen in de gedinginleidende akte en in conclusies werden bepaald. Dit houdt onder meer in dat hij niet mag afwijken van een akkoord van partijen omtrent de opdracht van de deskundige.³⁶ De rechter mag evenmin geschilpunten toevoegen aan de opdracht van de deskundige die door partijen niet werden aangevoerd tenzij deze elementen de openbare orde zouden raken.³⁷

³⁰ Amendement nr. 39 van de heer Terwingen en mevrouw De Schamphelaere, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2161/004, p. 22.

³¹ P. Souris, *Manuel*, 29.

³² D. Scheers en P. Thiriard, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 142.

³³ Rb. Dendermonde 25 februari 1993, *R.W.* 1993-94, 1369.

³⁴ Rb. Antwerpen 22 februari 2006, onuitg., A.R. 05/7110/A.

³⁵ Rb. Luik 22 mei 1997, *JLMB* 1997, 1259.

³⁶ Cass. 1 maart 1999, *Arr. Cass.* 1999, 290.

³⁷ D. Scheers en P. Thiriard, “Repareer de reparatie! De aanpassingen door de wet van 30 december 2009 inzake het deskundi-

- b) Alleen materiële vaststellingen van feitelijke aard en/of een advies van zuiver technische aard

24. De rechter kan de deskundige alleen opdragen om materiële vaststellingen van feitelijke aard te doen en/of een advies van zuiver technische aard te geven (zie art. 962, eerste lid Ger.W.). De aldus door een rechter aan een deskundige gegeven opdracht moet zich noodzakelijkerwijze beperken tot het verzamelen van de nodige feitelijke elementen om de rechter in staat te stellen de bedoelde rechtsregels toe te passen.³⁸ De opdracht mag er evenwel niet in bestaan om een juridisch advies te verstrekken over de gegrondheid van de vordering.³⁹ Het is de rechter immers verboden zijn rechtsmacht over te dragen aan de gerechtsdeskundige (art. 11 Ger.W.). Dit verbod raakt zelfs de openbare orde.⁴⁰

Zo kan aan de gerechtsdeskundige bijvoorbeeld niet worden opgedragen om de eventuele fouten of aansprakelijkheden in hoofde van de onderscheiden bouwpartners te bepalen, aangezien dit noodzakelijkerwijze een juridisch oordeel inhoudt dat behoort tot de rechtsmacht van de rechter ten gronde. De opdracht van de gerechtsdeskundige kan er daarentegen wel in bestaan om advies te verlenen over de technische verantwoordelijkheid van de partijen.⁴¹

2. Aanpassing en uitbreiding van de opdracht

a) *Principe*

25. Behoudens overeenstemming tussen de partijen, geven de deskundigen alleen advies over de in het vonnis bepaalde opdracht (art. 962, derde lid Ger.W.). De partijen kunnen derhalve in onderling overleg de deskundige verzoeken om bijkomende vragen te beantwoorden die niet zijn opgenomen in het vonnis, zonder dat een voorafgaande rechterlijke tussenkomst vereist is.⁴²

Bij gebreke aan dergelijk akkoord moet de gerechtsdeskundige zich evenwel houden aan zijn opdracht zoals die werd omschreven in de beslissing tot aanstelling.⁴³ Tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 30 december 2009 werd door de minister van justitie echter benadrukt dat de deskundige zijn opdracht niet te letterlijk mag opnemen.⁴⁴ De gerechtsdeskundige dient zich dus niet strikt te beperken tot

genonderzoek”, *RW* 2009-10, 1411; P. Taelman en B. Van Baeveghe, *l.c.*, 193.

³⁸ Cass. 3 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, 996.

³⁹ Cass. 12 december 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 537; Cass. 14 september 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1099; Cass. 3 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, 996; Cass. 10 november 2006, *RW* 2007-08, 21, noot L. Briers en P. Vandepitte.

⁴⁰ Cass. 14 september 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1099.

⁴¹ P. Taelman en B. Van Baeveghe, *l.c.*, 191.

⁴² Amendement nr. 16 van mevrouw Van Cauter c.s., *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 2161/004, p. 9-10; Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door Renaat Landuyt, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 2161/006, p. 30.

⁴³ B. Vanlerberghe, *l.c.*, 599.

⁴⁴ Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door Renaat Landuyt, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 2161/006, p. 30.

de punten van zijn opdracht die uitdrukkelijk werden opgenomen in het vonnis tot aanstelling, maar zich ook mag uitspreken over vragen die op bijkomstige of natuurlijke wijze voortvloeien uit de opdracht die door de rechter is bepaald.⁴⁵ Doorgaans wordt in de opdracht van de deskundige ook opgenomen dat de deskundige moet antwoorden op alle nuttige vragen van partijen.

Dit betekent mijns inziens nochtans niet dat de gerechtsdeskundige in het kader van de beantwoording van dergelijke bijkomstige “nuttige vragen” zijn opdracht mag uitbreiden op eenzijdige vraag van één van de partijen. Dit zou immers niet alleen strijdig zijn met artikel 962, derde lid Ger.W., maar ook met artikel 973, § 2, eerste lid Ger.W. dat bepaalt dat elke betwisting aangaande de uitbreiding van de opdracht door de rechter moet worden beslecht.

26. Wanneer de gerechtsdeskundige zijn opdracht te buiten gaat, worden die gedeelten van het deskundig verslag buiten het beraad gehouden.⁴⁶ Niettemin zijn de verrichte onderzoeken, de gedane vaststellingen en het uitgebrachte advies in dat geval vaststaande feiten, waaruit de rechter op grond van een feitelijke beoordeling vermoedens kan afleiden in de zin van artikel 1349 BW.⁴⁷

b) *Aanpassing van de opdracht ten gevolge van de installatievergadering*

27. Tijdens de installatievergadering kan de opdracht van de deskundige worden aangepast door de rechter die de installatievergadering voorziet. Daartoe is sedert de hervorming van 30 december 2009 wel vereist dat partijen het eens zijn over deze aanpassing (art. 972, § 2, zevende lid, 1° Ger.W.). De wetgever achtte het niet opportuun dat een alleenzettelend rechter, als gevolg van de installatievergadering, eigenmachtig wijzigingen kan aanbrengen aan de opdracht die vaak tot stand is gekomen na heel wat juridische discussies en die door een andere rechter of door een college van drie rechters werd bevolen.⁴⁸ Terecht zijn Scheers en Thiriart van oordeel dat hierdoor het nut van de installatievergadering sterk wordt ingeperkt. Zelfs na het horen van partijen en de gerechtsdeskundige het aangewezen voorkomt om de opdracht van de gerechtsdeskundige aan te passen, kan de rechter die de installatievergadering voorziet hiertoe niet overgaan van zodra één partij zich hiertegen verzet.⁴⁹ De partij die belang heeft bij de aanpassing van de opdracht, zal dan ook bij gebrek aan ak-

⁴⁵ D. Scheers en P. Thiriart, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 142.

⁴⁶ Antwerpen 20 oktober 2003 *I.R. D.I.* 2004, 40; Gent 29 april 2004, *De Verz* 2005, 547.

⁴⁷ Cass. 25 april 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 874.

⁴⁸ Amendement nr. 39 van de heer Terwingen en mevrouw De Schampelaere, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 2161/004, p. 22; Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door Renaat Landuyt, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 2161/006, p. 32-33.

⁴⁹ D. Scheers en P. Thiriart, “Repareer de reparatie! De aanpassingen door de wet van 30 december 2009 inzake het deskundigenonderzoek”, *RW* 2009-10, 1417.

koord van alle andere partijen toepassing moeten maken van artikel 973, § 2 Ger.W.

c) *Uitbreiding of aanpassing van de opdracht in de loop van het deskundigenonderzoek*

28. Alle betwistingen die in de loop van het deskundigenonderzoek kunnen ontstaan met betrekking tot de uitbreiding of aanpassing van de opdracht van de gerechtsdeskundige, worden door de rechter beslecht (art. 973, § 2, eerste lid Ger.W.) De uitbreiding van de opdracht kan maar worden toegestaan indien er zich nieuwe feiten voordoen die deze uitbreiding verantwoorden.⁵⁰ De gemeenrechtelijke procedure van artikel 973, § 2 Ger.W. is van toepassing op de verzoeken tot uitbreiding of aanpassing van de opdracht van de gerechtsdeskundige.

D. Procedure

1. De aanstelling van een gerechtsdeskundige in een procedure ten gronde

29. De aanstelling van een gerechtsdeskundige kan vooreerst worden gevorderd in een procedure ten gronde ten einde een technisch advies te bekomen dat dienstig is bij de bewijsvoering van de gegrondheid van een reeds aanhangig gemaakte hoofd- of tegeneis. Elke partij kan derhalve dergelijke onderzoeksmaatregel vragen.

30. De aanstelling van een deskundige kan bij toepassing van artikel 19, tweede lid Ger. W. in elke stand van de rechtspleging worden bevolen in een vonnis alvorens recht te doen.⁵¹ De aanstelling van een deskundige kan bij toepassing van deze wetsbepaling bij begin van het geding worden gevorderd op de inleidende zitting. Behoudens akkoord van partijen zal deze op de inleidende zitting steeds in korte debatten worden behandeld (art. 735, § 2, tweede lid Ger.W.). Het is daarbij niet vereist dat de zaak spoedeisend is.⁵²

Elke partij kan bovendien bij toepassing van artikel 19, tweede lid Ger.W. in elke stand van het geding de zaak voor de rechter brengen om een uitspraak te doen over de aanstelling van een deskundige. Daartoe volstaat een eenvoudig schriftelijk verzoek neergelegd ter griffie of toegezonden aan de griffie per gewone post. De griffier roept de partijen en, in voorkomend geval hun advocaat bij gewone brief op. In geval een partij verstek heeft laten gaan op de inleidingszitting en geen advocaat heeft, gebeurt de oproeping van die partij bij gerechtsbrief.

Een deskundige kan slechts worden aangesteld alvorens recht te doen indien het bestaan van een recht voldoende waarschijnlijk is om het nemen van deze beslissing te verantwoor-

den.⁵³ Om de aanstelling van een deskundige te bekomen bij toepassing van artikel 19, tweede lid Ger.W., dient dan ook een begin van bewijs van fout van de wederpartij te worden voorgelegd en dient er minstens een voldoende ernstige aanwijzing te zijn omtrent de aansprakelijkheid van de wederpartijen.⁵⁴ Het volstaat daarbij niet om louter foto's voor te leggen van de vermeende gebreken.⁵⁵ De vordering tot aanstelling van een gerechtsdeskundige alvorens recht te doen moet ongegrond worden verklaard, wanneer *prima facie* vaststaat dat de vordering ten gronde moet worden afgewezen. Zo werd de vordering van een koper tot aanstelling van een gerechtsdeskundige alvorens recht te doen met betrekking tot gebreken aan het dak van het gekochte gebouw, terecht afgewezen omdat de vordering tot vrijwaring wegens verborgen gebreken op grond van artikel 1648 B.W. niet binnen een korte termijn en dus laattijdig was ingesteld.⁵⁶

31. Een deskundige kan ten slotte ook worden aangesteld in een latere fase bij de behandeling ten gronde voor een pleitkamer en zelf nadat de vordering reeds ontvankelijk en deels gegrond is verklaard, bijvoorbeeld voor de begroting van de aan de schadelijgende partij toekomende schadevergoeding.

32. De mogelijkheid bestaat ook dat de rechter in een procedure ten gronde een deskundigenonderzoek beveelt indien een geschil werkelijk en dadelijk dreigt te ontstaan (art. 962 Ger.W.). In dat geval wordt de aanstelling van een deskundige bij wijze van hoofdeis gevorderd voor de bodemrechter vooraleer er enige andere vordering ten gronde aanhangig is gemaakt.⁵⁷ Deze vordering strekt ertoe het bewijs van bepaalde feiten te leveren met het oog op de oplossing van een toekomstig geschil. Ze is slechts ontvankelijk indien er gevaar bestaat dat bepaalde bewijsmiddelen verloren zouden gaan.

2. De aanstelling van een gerechtsdeskundige in kort geding

33. De aanstelling van een gerechtsdeskundige kan eveneens worden gevorderd in kort geding. Artikel 584, vierde lid, 2° Ger.W. bepaalt immers uitdrukkelijk dat de voorzitter om het even welke vaststellingen of deskundige onderzoeken kan bevelen, zelfs met raming van de schade en opsporing van de oorzaken ervan.

34. Opdat de voorzitter rechtsprekend in kort geding materieel bevoegd zou zijn, moet in elk geval in de gedinginleidende dagvaarding worden vermeld dat de zaak hoogdringend is

⁵⁰ P. SOURIS, *Manuel*, 36.

⁵¹ Zie Cass. 8 december 1971, *Arr.Cass.* 1972, 348; Cass. 13 februari 1978, *Arr. Cass.* 1978, 701.

⁵² D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 5.

⁵³ Rb. Antwerpen 22 februari 2006, onuitg., A.R. 05/7110/A.

⁵⁴ Gent 20 mei 1998, *T.Gez.* 1999-2000, 288; Antwerpen 24 mei 2004, *De Verz.* 2005, 559; Rb. Antwerpen 5 november 2003, onuitg., A.R. 03/5189/A; Rb. Antwerpen 22 februari 2006, onuitg., A.R. 05/7110/A.

⁵⁵ Rb. Antwerpen 5 november 2003, onuitg., A.R. 03/5189/A.

⁵⁶ Bergen 28 maart 1994, *T. Vred.* 1994, 388.

⁵⁷ Rb. Luik 22 mei 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1259.

(art. 9 en 584, eerste en tweede lid Ger.W.).⁵⁸ De rechter van de plaats waar de vaststellingen moeten worden verricht is territoriaal bevoegd, zelfs indien de betrokken rechtbank niet bevoegd is om te oordelen over het geschil ten gronde.

35. De vordering tot aanstelling van een gerechtsdeskundige in kort geding zal slechts gegrond worden verklaard indien de partij die deze aanstelling vordert, aantoot dat deze maatregel hoogdringend is.⁵⁹ Er is sprake van urgentie wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang dan wel ernstige ongemakken te voorkomen.⁶⁰ Het is daarbij geenszins vereist dat de schade actueel en onherstelbaar is.

36. Het bestaan van urgentie werd onder meer aanvaard ingeval van acute en ernstige waterinfiltraties of bij stabiliteitsproblemen.⁶¹ De aanstelling van een gerechtsdeskundige is ook urgent indien er onmiddellijk tot het uitvoeren van herstellingswerken moet worden overgegaan en er nadien geen nuttige vaststellingen meer kunnen worden gedaan.⁶²

Bij de beoordeling van de hoogdringendheid kan ook rekening worden gehouden met de houding van de eisende partij.⁶³ De vordering in kort geding tot aanstelling van een gerechtsdeskundige werd onder meer afgewezen wegens gebrek aan urgentie in een geval waarin de gebreken aan het gebouw die door de deskundige zouden moeten worden onderzocht, reeds meer dan twee jaar aanwezig waren.

37. De eisende partij dient naast het bewijs van de urgentie ook het bewijs te leveren dat de feiten waarvoor een deskundigenonderzoek wordt gevorderd pertinent zijn. Dit wil zeggen dat ze als grondslag moeten kunnen dienen voor een vordering ten gronde.

38. De voorzitter rechtsprekend in kort geding is bij de omschrijving van de opdracht van de gerechtsdeskundige aan geen andere beperkingen onderworpen dan de rechter die uitspraak doet ten gronde.⁶⁴ Hij mag de deskundige dus gelasten om vaststellingen te verrichten en technische adviezen te verstrekken die betrekking hebben op de grond van de zaak.

⁵⁸ Cass. 11 mei 1990, *Pas.* 1990, I, 1045; Cass. 11 mei 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1175.

⁵⁹ Cass. 11 mei 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1175.

⁶⁰ Cass. 21 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1287; Cass. 13 september 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 42; Cass. 9 mei 1994, *Arr.Cass.* 1993-94, 464.

⁶¹ Kort. Ged. Rb. Antwerpen 15 februari 2007, onuitg., A.R.K nr. 07/118/C.

⁶² Antwerpen 2 december 2004, *TBH* 2005, 779.

⁶³ Cass. 17 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 320.

⁶⁴ P. TAELEMAN en B. VAN BAEVEGHEM, l.c., 182.

3. De eenzijdige rechtspleging voor de voorzitter van de rechtbank rechtsprekend in kort geding in geval van volstreekte noodzakelijkheid

39. De vordering tot aanstelling van een gerechtsdeskundige kan in geval van volstreekte noodzakelijkheid worden ingeleid bij eenzijdig verzoekschrift voor de voorzitter van de rechtbank rechtsprekend in kort geding (art. 584, derde lid Ger.W.). De vereiste absolute hoogdringendheid veronderstelt dat elke andere vorm van inleiding van de procedure de rechten van de partij ernstig zouden schaden.⁶⁵ Dit is bijvoorbeeld het geval indien de onmiddellijke instorting van een gebouw dreigt. De absolute noodzaak om van het eenzijdig verzoek gebruik te maken, moet eveneens tot uiting komen in de opdracht van de deskundige.⁶⁶

40. Ook wanneer het deskundigenonderzoek op eenzijdig verzoekschrift bevolen werd, dient het onderzoek zelf op tegenspraak te gebeuren. Alle bepalingen met betrekking tot het deskundigenonderzoek zijn dan ook onverminderd van toepassing.⁶⁷

E. *Het verloop van een gerechtelijk deskundigenonderzoek*

1. De rechterlijke beslissing tot aanstelling van een gerechtsdeskundige

41. De rechterlijke beslissing waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen, bevat minstens (art. 972, § 1, eerste lid Ger.W.):

- de vermelding van de omstandigheden die het deskundigenonderzoek, en de eventuele aanstelling van meerdere deskundigen noodzakelijk maken;
- de vermelding van de identiteit van de aangestelde deskundige of deskundigen;
- een nauwkeurige omschrijving van de opdracht van de deskundige.

42. Indien een installatievergadering wordt gevraagd door alle verschijnende partijen of indien zij door de rechter noodzakelijk wordt geacht, bepaalt de beslissing waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen, de plaats, de dag en het uur van de installatievergadering (art. 972, § 2, eerste en tweede lid Ger.W.).⁶⁸ De rechter bepaalt de praktische kant van de installatievergadering na samenspraak met de deskundige en rekening houdende met het nieuwe tweede lid van artikel 972bis Ger.W.

43. Bij gebreke van een installatievergadering dient het vonnis waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen, sedert de

⁶⁵ Brussel 30 april 1999, *De Verz.* 2000, 98.

⁶⁶ Brussel 30 april 1999, *De Verz.* 2000, 98.

⁶⁷ D. SCHEERS en P. THIAIR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 150.

⁶⁸ Zie *infra*, nrs. XXX-XXX.

inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 bijkomend verplicht ten minste volgende gegevens te vermelden (art. 972, § 2, achtste lid *j*^o art. 972, § 2, zevende lid, 3^o, 4^o, 5^o, 6^o en 8^o Ger.W.):

- de noodzaak voor de deskundige om al dan niet een beroep te doen op technische raadgevers;
- de raming van de algemene kostprijs van het deskundigenonderzoek, of tenminste de manier waarop de kosten en het ereloon van de deskundige en de eventuele technische raadgevers zullen berekend worden;
- in voorkomend geval, het bedrag van het voorschot dat moet worden geconsigneerd, de partij of partijen die daartoe gehouden zijn en de termijn waarbinnen de consignatie dient te gebeuren;
- het redelijk deel van het voorschot dat kan worden vrijgegeven aan de deskundige, de partij of partijen die daartoe gehouden zijn en de termijn waarbinnen de vrijgave van het voorschot dient te gebeuren;
- de termijn voor het neerleggen van het eindverslag.

Vóór de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 was de opname van deze elementen slechts facultatief (art. 972, § 2, derde en vierde lid (oud) Ger.W.). De verplichte vermelding ervan werd door de wetgever van 2009 echter noodzakelijk geacht om de transparantie van het deskundigenonderzoek en de controle van de rechter op het deskundigenonderzoek te waarborgen.⁶⁹

44. De rechter kan daarnaast ook melding maken van de andere elementen die in artikel 972, § 2, zevende lid Ger.W. worden opgesomd (art. 972, § 2, achtste lid Ger.W.). De toepassing van deze regel kan evenwel tot een aantal praktijkproblemen leiden. In de eerste plaats kan de rechter bij toepassing van artikel 972, § 2, achtste lid Ger.W. in de beslissing waarin een deskundigenonderzoek wordt bevolen, de plaats, de dag en het uur van de verdere werkzaamheden vastleggen. Aldus kan de rechter zonder rekening te moeten houden met de partijen, in de beslissing waarin het deskundigenonderzoek wordt bevolen, een volledige kalender opnemen van de expertiseverrichtingen, waaraan de partijen en de deskundige zich in beginsel dienen te houden, hetgeen duidelijk problematisch is.⁷⁰ Bovendien valt niet goed in te zien hoe de rechter bij gebreke van een installatievergadering toepassing kan maken van artikel 972, § 2, zevende lid, 1^o Ger.W. De samenlezing van deze bepaling met artikel 972, achtste lid Ger.W. kan er toch onmogelijk toe leiden dat de rechter de door de eisende partij voorgestelde opdracht uitsluitend zou kunnen wijzigen met akkoord van alle betrokken partijen.

45. De wetgever was van oordeel dat de rechter bepaalde informatie enkel kan vernemen van de aan te duiden gerechtsdeskundige. Het nieuwe artikel 972, § 2, achtste lid Ger.W. bepaalt

⁶⁹ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 51.

⁷⁰ D. SCHEERS en P. THIRIAR, "Repareer de reparatie! De aanpassingen door de wet van 30 december 2009 inzake het deskundigenonderzoek", *RW* 2009-10, 1418.

daarom dat de rechter voor de elementen waartoe hij dit nodig acht, voorafgaand aan zijn beslissing tot aanstelling van de gerechtsdeskundige, contact opneemt met de aan te wijzen deskundige. Nochtans spoort dit niet met het beginsel van de tegensprekelijk karakter van het deskundigenonderzoek.⁷¹

2. Kennisgeving van de beslissing en inwerkingstelling van de gerechtsdeskundige

46. Vóór de wet van 15 mei 2007 diende de meest gerede partij de gerechtsdeskundige in werking te stellen en de griffier te verzoeken om bij gerechtsbrief een eensluidend verklaard afschrift van het vonnis aan de gerechtsdeskundige te zenden (art. 965 (oud) Ger.W.).⁷²

Om het verloop van het deskundigenonderzoek te bespoedigen heeft de wetgever van 2007 geopteerd voor een automatische inwerkingstelling van de gerechtsdeskundige. Daartoe geeft de griffier binnen de vijf dagen bij gewone brief aan partijen en hun raadslieden kennis van de beslissing tot aanstelling van een gerechtsdeskundige en bij gerechtsbrief aan de deskundige en, in voorkomend geval, aan de partijen die verstek hebben laten gaan (art. 972, § 1, tweede lid *j*^o 973, § 2, derde lid Ger.W.).

47. Niettemin kunnen er omstandigheden zijn waarin een automatische inwerkingstelling van de gerechtsdeskundige niet wenselijk is.⁷³ Dit is onder meer het geval indien partijen zich nog in een onderhandelingsfase bevinden of een regeling tussen partijen precies wordt geactiveerd door de loutere vraag tot aanstelling van een gerechtsdeskundige. Daarom kan de kennisgeving van de beslissing thans worden opgeschort indien alle partijen die verschenen zijn, afzonderlijk of gezamenlijk de rechter hierom hebben verzocht vooraleer de beslissing waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen, is geweest (art. 972, § 1, tweede lid Ger.W. zoals gewijzigd door art. 23 van de wet van 30 december 2009).⁷⁴

48. In het geval van een opschorting van de kennisgeving kan elke partij op elk ogenblik om een kennisgeving van de beslissing verzoeken (art. 972, § 1, tweede lid Ger.W. zoals gewijzigd door art. 23 van de wet van 30 december 2009). Dergelijke verzoeken kunnen worden geformuleerd tijdens de debatten, via een brief of in conclusies.⁷⁵

49. Het feit dat verzet of hoger beroep wordt aangetekend tegen de rechterlijke beslissing waarin de deskundige wordt aange-

⁷¹ D. SCHEERS en P. THIRIAR, "Repareer de reparatie! De aanpassingen door de wet van 30 december 2009 inzake het deskundigenonderzoek", *RW* 2009-10, 1418.

⁷² Zie hierover A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek*, nr. 270.

⁷³ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 48.

⁷⁴ D. SCHEERS en P. THIRIAR, "Repareer de reparatie! De aanpassingen door de wet van 30 december 2009 inzake het deskundigenonderzoek", *RW* 2009-10, 1414.

⁷⁵ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 48.

steld, staat in elk geval de inwerkingstelling van de deskundige niet in de weg. De beslissing waarin een onderzoeksmaatregel wordt bevolen, is immers van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad (art. 1496 Ger.W.).

3. De aanvaarding of weigering van de opdracht

50. Na de kennisgeving van de beslissing tot aanstelling beschikt de deskundige over acht dagen om desgewenst de opdracht met behoorlijk omklede redenen te weigeren (art. 972, § 1, derde lid Ger.W.). De wet bepaalde evenwel niet wat er na een weigering van een opdracht diende te gebeuren. Daarom werd het derde lid van artikel 972, § 1 Ger.W. aangepast door de wet van 30 december 2009.

Ingeval de deskundige zijn opdracht weigert, moet hij thans alleen nog aan de partijen die verstek lieten gaan, bij een ter post aangetekend brief hiervan kennis geven. De kennisgeving van de weigering aan de verschenen partijen, hun raadslieden en de rechter mag gebeuren bij gewone brief, per fax of elektronische post. De partijen beschikken alsdan over een termijn van acht dagen om bij gewone brief hun eventuele opmerkingen over te maken. Zo kunnen partijen bijvoorbeeld een andere deskundige voorstellen overeenkomstig het nieuwe artikel 962, tweede lid Ger.W.⁷⁶

Daarna wijst de rechter een nieuwe deskundige aan. Van deze beslissing geeft de griffier binnen de vijf dagen bij gewone brief kennis aan de partijen en de raadslieden en bij gerechtsbrief aan de deskundige die van zijn taak is ontheven en en aan de nieuw aangestelde deskundige, evenals, in voorkomend geval, bij gerechtsbrief aan de partijen die verstek lieten gaan (art. 972, § 1, derde lid j° art. 973, § 2, derde en vijfde lid Ger.W.). Artikel 979 Ger.W. vindt in deze hypothese geen toepassing.⁷⁷ Deze beslissing is dan ook niet vatbaar voor verzet of hoger beroep (art. 963, § 1 Ger.W.).⁷⁸

4. De installatievergadering

51. Onder de gelding van de wet van 15 mei 2007 ging de wet uit van het principe dat er een installatievergadering werd gehouden.⁷⁹ De bedoeling van de wetgever bestond erin om een voorafgaand contact te hebben tussen de rechter, de partijen en de deskundige waarbij een inventaris werd opgesteld van de eventuele problemen in verband met de opdracht van de deskundige, het verdere tijdsverloop van en de omvang van expertiseverrichtingen, en waarbij de kosten van het deskundigenonderzoek worden geraamd en het bedrag van het voorschot en het vrij te geven deel wordt vastgelegd.⁸⁰ Deze

vergadering moest vóór de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 echter plaatsvinden in de raadkamer en ging in beginsel door in afwezigheid van de deskundige. De installatievergadering werd bijgevolg vaak ervaren als nutteloos en als een onnodige belasting van het deskundigenonderzoek die gepaard gaat met tijdsverlies en een verlies aan (personeels)middelen.⁸¹

Niettemin kon de rechter alleen afzien van het houden van de installatievergadering met instemming van de partijen (art. 972, § 1, eerste lid (oud) Ger.W.). In de praktijk vroegen de meeste rechters dan ook bijna systematisch aan de partijen om af te zien van de installatievergadering.⁸²

52. Om die redenen bepaalt het huidige artikel 972, § 2, eerste lid Ger.W. dat een installatievergadering alleen worden gehouden indien de rechter die het deskundigenonderzoek beveelt dit noodzakelijk acht, of indien alle verschijnende partijen het hebben gevraagd. Aldus kan de opportuniteit van een installatievergadering thans worden beoordeeld door de rechter en de partijen.⁸³

53. In tegenstelling tot hetgeen gold vóór de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009, dient de installatievergadering niet langer verplicht te worden gehouden in de raadkamer. Het nieuwe derde lid van artikel 972, § 2 Ger.W. biedt de rechter de mogelijkheid om de installatievergadering te houden in enige andere plaats die hij aanwijst naar gelang de aard van het geschil. Aldus kan de rechter er thans bijvoorbeeld voor opteren om de installatievergadering te organiseren in het schadelijdende pand zodat de deskundige met een betere kennis van zaken zal kunnen antwoorden op de vragen die moeten worden beantwoord in de beslissing die na de installatievergadering wordt gewezen.⁸⁴ Dit kan het nut van een eventuele installatievergadering verhogen.

Ten einde de installatievergadering zo efficiënt mogelijk te kunnen organiseren, moet de rechter voorafgaandelijk aan het wijzen van de beslissing waarin het deskundigenonderzoek wordt bevolen en waarin de plaats, dag en uur ervan worden bepaald, overleg plegen met de deskundige. Dit biedt een grotere garantie dat de deskundige ook aanwezig is op de installatievergadering.⁸⁵

54. Indien een installatievergadering wordt gehouden, moeten partijen sedert de inwerkingtreding van de wet van 30 decem-

⁷⁶ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 49.

⁷⁷ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 48.

⁷⁸ Adv. RvS, Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 98.

⁷⁹ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 144; B. VANLERBERGHE, *l.c.*, 600.

⁸⁰ Toelichting bij het Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek, *Parl.St.* Kamer

2005-06, nr. 2540/001, p. 5, Amendement nr. 13 van de heer Borjonon c.s., *Parl.St.* 2006-07, nr. 2540/004, p. 4.

⁸¹ D. MOUGENOT, *l.c.*, 85-86; D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 144-145; B. VANLERBERGHE, *l.c.*, 600.

⁸² M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 47.

⁸³ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 47.

⁸⁴ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 49-50.

⁸⁵ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 50.

ber 2009 ten minste acht dagen voor de installatievergadering, een geïnventariseerd dossier met alle relevante stukken overhandigen aan de gerechtsdeskundige (art. 972*bis*, tweede lid Ger.W.).⁸⁶ Aldus beschikt de deskundige over stukken vóór de installatievergadering, hetgeen hem eveneens beter in de mogelijkheid moet stellen om de nodige elementen op de installatievergadering te bepalen.⁸⁷ Bij het bepalen van de datum van de installatievergadering moet de rechter uiteraard rekening houden met deze termijn (art. 972, § 2, tweede lid Ger.W.).

55. De aanwezigheid van de gerechtsdeskundige op de installatievergadering, wordt thans ook als beginsel vooropgesteld. De rechter kan evenwel oordelen dat deze aanwezigheid niet nodig is en een telefonisch contact of een contact via enig ander communicatiemiddel volstaat (art. 972, § 2, vierde lid Ger.W.).

In het geval van een niet toegestane afwezigheid van de gerechtsdeskundige, oordeelt de rechter onmiddellijk over de vervanging overeenkomstig artikel 979 Ger.W. (art. 972, § 2, vijfde lid Ger.W.). Zo zal bijvoorbeeld de afwezigheid van de deskundige ingevolge overmacht niet tot zijn vervanging leiden.⁸⁸ Bij een vervanging wordt onmiddellijk een nieuwe deskundige aangesteld en wordt onverwijld een nieuwe installatievergadering georganiseerd (art. 972, § 2, vijfde lid en 979, § 1, vierde lid Ger.W.). Van de beslissing van de rechter omtrent de al dan niet vervanging van de deskundige geeft de griffier binnen de vijf dagen bij gewone brief kennis aan de partijen en de raadslieden en bij gerechtsbrief, naargelang het geval van de deskundige wiens taak is bevestigd, of aan de deskundige die van zijn taak is ontheven en aan de nieuw aangestelde deskundige, evenals, in voorkomend geval, bij gerechtsbrief aan de partijen die verstek lieten gaan (art. 972, § 2, vijfde lid *j*^o art. 973, § 2 derde en vijfde lid Ger.W.). Deze beslissing is vatbaar voor verzet of hoger beroep (art. 963, § 1 Ger.W.).⁸⁹

56. De rechter die het deskundigenonderzoek heeft bevolen of met de controle ervan is belast, zit de installatievergadering voor (art. 972, § 2, zesde lid Ger.W.).

57. De na afloop van de installatievergadering genomen rechterlijke beslissing vermeldt (art. 972, § 2, zevende lid Ger.W.):

- de eventuele aanpassing van de opdracht, ingeval partijen het daarover eens zijn;
- de plaats, de dag, en het uur van de verdere werkzaamheden van de deskundige;
- de noodzaak voor de deskundige om al dan niet een beroep te doen op technische raadgevers;

⁸⁶ Voorheen moest het geïnventariseerd dossier met alle relevante stukken worden overhandigd *ten laatste* op de installatievergadering.

⁸⁷ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 51.

⁸⁸ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 50.

⁸⁹ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 49.

- de raming van de algemene kostprijs van het deskundigenonderzoek, of tenminste de manier waarop de kosten en het ereloon van de deskundige en de eventuele technische raadgevers zullen berekend worden;
- in voorkomend geval, het bedrag van het voorschot dat moet worden geconsigneerd, de partij of de partijen die daartoe gehouden zijn en de termijn waarbinnen de consignatie dient te gebeuren;
- het redelijk deel van het voorschot dat kan worden vrijgegeven aan de deskundige, de partij of partijen die daartoe gehouden zijn en de termijn waarbinnen de vrijgave van het voorschot dient te gebeuren;
- de termijn waarbinnen de partijen hun opmerkingen kunnen laten gelden aangaande het voorlopig advies van de deskundige⁹⁰;
- de termijn voor het neerleggen van het eindverslag.

Binnen de vijf dagen geeft de griffie bij gewone brief kennis van deze beslissing aan partijen en hun raadslieden, en bij gerechtsbrief aan de deskundige en, in voorkomend geval, aan de partijen die verstek hebben laten gaan (art. 972, § 2, achtste lid *j*^o 973, § 2, derde lid Ger.W.).

5. De eigenlijke expertiseverrichtingen

a) De aanvang van de werkzaamheden

58. Indien er geen installatievergadering werd bepaald, beschikt de deskundige die de opdracht aanvaardt, over een termijn van vijftien dagen om de plaats, de dag en het uur van de aanvang van zijn werkzaamheden mee te delen. De deskundige geeft hiervan kennis bij een ter post aangetekende brief aan de partijen en bij gewone brief aan de rechter en de raadslieden. (art. 972, § 1, vierde lid Ger.W.). Artikel 972, § 1, vierde lid Ger.W. bepaalt uitdrukkelijk dat de termijn van vijftien dagen ingaat na de kennisgeving van de beslissing waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen overeenkomstig artikel 972, § 1 tweede lid Ger.W. of, in voorkomend geval, na kennisgeving van de consignatie van het voorschot overeenkomstig artikel 987 Ger.W. Aldus sluit deze bepaling aan bij het nieuwe derde lid van artikel 898 Ger.W. dat de deskundigen toelaat de vervulling van hun opdracht te schorsen of uit te stellen totdat zij op de hoogte zijn gebracht van de consignatie van het voorschot bij toepassing van artikel 987 Ger.W. Het is evenwel een termijn van orde zodat er geen sanctie staat op de niet-naleving ervan.⁹¹

In de voorbereidende werkzaamheden werd terecht benadrukt dat de gerechtsdeskundige de datum van de aanvang van de werkzaamheden bij voorkeur bepaalt in overleg met de

⁹⁰ Onder de term opmerkingen kunnen zowel de oorspronkelijke opmerkingen als de replieken hierop worden verstaan. De beslissing kan dus meteen een termijn voor replieken opleggen. Verslag namens de commissie voor de justitie door de heer Renaat Landuyt, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2161/006, p. 33.

⁹¹ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 49.

partijen en niet eenzijdig.⁹² Vanzelfsprekend is dit geen algemene regel en zal deskundige in sommige gevallen noodgedwongen de datum van aanvang van werkzaamheden eenzijdig moeten bepalen, bijvoorbeeld omwille van het grote aantal partijen dat betrokken is in het deskundigenonderzoek.

59. De kennisgeving aan partijen moet gebeuren op het adres dat voorkomt in het vonnis. Wanneer het adres van een partij verandert, behoort zij het nieuwe adres onverwijld mee te delen aan de gerechtsdeskundige. Indien de gerechtsdeskundige geen kennis heeft van het nieuwe adres, wordt de betrokken partij rechtsgeldig opgeroepen op het oude adres.

60. Indien er geen installatievergadering werd gehouden, moeten partijen bij de aanvang van de werkzaamheden, hun geïnventariseerd dossier met alle relevante stukken overmaken aan de gerechtsdeskundige (art. 972bis, § 1, tweede lid Ger.W.).

Het volstaat dus niet dat partijen een onvolledig of ongeordend stukkenbundel overmaken, of niet ter zake dienende stukken meedelen aan de gerechtsdeskundige.⁹³ De wet voorziet evenwel niet in een specifieke sanctie in geval deze verplichting niet wordt nageleefd. De rechter kan wel uit het niet of niet volledig meedelen van een geïnventariseerd stukkenbundel afleiden dat de betrokken partij tekort komt aan haar medewerkingsverplichting en hieruit bij toepassing van artikel 972bis, § 1, eerste lid Ger.W. de conclusies trekken die hij geraden acht.⁹⁴

Zoals evenwel terecht werd geargumenteed tijdens de parlementaire bespreking, is het dossier met overtuigingsstukken vaak zeer lijk.⁹⁵ Dit is zeker het geval in bouwzaken. Terecht heeft de wetgever daarom geopteerd voor een soepele manier van werken waarbij het mogelijk blijft dat de deskundige op de vergadering van opening van werkzaamheden of nadien nog bijkomende stukken kan opvragen of eventueel ook het overleggen van het geïnventariseerd dossier vraagt binnen een redelijke termijn.⁹⁶

61. Bij de aanvang van zijn werkzaamheden leest de gerechtsdeskundige doorgaans zijn opdracht voor aan partijen en vraagt hij aan partijen of er een reden van wraking is. Vervolgens hoort de deskundige de partijen en hun raadslieden en acteert hij hun eerste verklaringen. De partijen kunnen hun verklaringen ook opnemen in een geschreven nota en deze nota aan de gerechtsdeskundige overhandigen (zie art. 978,

§ 1, eerste lid Ger.W.). Doorgaans wordt ook een rondgang gehouden op de bouwplaats of in het gebouw dat gebreken vertoont, waarbij in aanwezigheid van partijen en hun raadslieden de eerste materiële vaststellingen worden verricht.

62. De deskundige stelt een verslag op van de aanvangsvergadering en stuurt een afschrift hiervan bij gewone brief aan de rechter, de partijen en hun raadslieden, en, in voorkomend geval, bij een ter post aangetekende brief aan de partijen die verstek hebben laten gaan (art. 972bis, § 2, derde lid Ger.W.).

b) *De verdere werkzaamheden van de gerechtsdeskundige*

63. In bouwzaken volgen er na de aanvangsvergadering doorgaans nog één of meer technische vergaderingen waarop de gerechtsdeskundige bijkomende vaststellingen doet of waarop een destructief onderzoek of andere proeven worden uitgevoerd. Voor elke verdere werkzaamheid moet de gerechtsdeskundige voorafgaandelijk een oproeping versturen bij een per post aangetekende brief aan de partijen en bij gewone brief aan de rechter en de raadslieden (art. 972bis, § 2, eerste lid j° 972, § 1, vierde lid Ger.W.).

Partijen en hun raadslieden kunnen aan de deskundige toestemming geven om gebruik te maken van een andere oproepingswijze (art. 972bis, § 2, eerste lid Ger.W.). Elke denkbare oproepingswijze is toegestaan.⁹⁷ Doorgaans komen partijen overeen dat het volstaat dat alleen de raadslieden van partijen per fax of per gewone post worden opgeroepen. De raadslieden verwittigen dan de cliënt en de eventuele technische raadsman. Het is aangewezen om de toestemming van partijen en de precieze oproepingswijze schriftelijk vast te leggen.⁹⁸ Partijen kunnen de deskundige evenwel niet ontslaan van de verplichting tot oproeping zelf.⁹⁹

De deskundige kan suggereren om het aantal aanwezigen bij een expertisevergadering te beperken. Het kan bijvoorbeeld nuttig om louter technische vaststellingen in een bouwzaak met een groot aantal partijen alleen te laten bijwonen door de partijen en hun eventuele technische raadgevers, doch zonder advocaten. Dergelijke beperking is evenwel nergens door de wet voorgeschreven, noch afdwingbaar.¹⁰⁰

64. De gerechtsdeskundige is daarentegen niet gehouden om de partijen op te roepen om aanwezig te zijn bij de verrichtingen van een gespecialiseerde derde door wie hij zich laat voorlichten.¹⁰¹ De deskundige moet de partijen wel een verslag

⁹² M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 49.

⁹³ D. MOUGENOT, *l.c.*, 79; D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 149; B. VANLERBERGHE, *l.c.*, 600.

⁹⁴ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 149.

⁹⁵ Verslag namens de commissie voor de justitie door de heer Renaat Landuyt, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2161/006, p. 33.

⁹⁶ D. SCHEERS en P. THIRIAR, "Repareer de reparatie! De aanpassingen door de wet van 30 december 2009 inzake het deskundigenonderzoek", *RW* 2009-10, 1418.

⁹⁷ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 149.

⁹⁸ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 149.

⁹⁹ Toelichting bij amendement nr. 15 van de heer Borginon bij het Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2540/004, 7.

¹⁰⁰ Gent 23 januari 2009, *TBO* 2010, 70.

¹⁰¹ Cass. 9 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 158.

overmaken waarin de vragen die aan de sapiteur werden gesteld en de gegeven antwoorden worden weergegeven.¹⁰²

65. Indien alle partijen of hun raadslieden om uitstel van een vergadering verzoeken, moet de deskundige dit toestaan. In alle andere gevallen kan hij het uitstel weigeren of toestaan en geeft hij de rechter bij gewone brief kennis van zijn beslissing (art. 972bis, § 2, tweede lid Ger.W.).

66. De deskundige stelt een verslag op van alle vergaderingen die hij organiseert. Hij stuurt bij gewone brief een afschrift ervan aan de rechter, de partijen en de raadslieden, en in voorkomend geval, bij een ter post aangetekende brief aan de partijen die verstek hebben laten gaan (art. 972bis, § 2, derde lid Ger.W.). Deze formaliteit is evenmin voorgeschreven op straffe van nietigheid. In geval van miskenning ervan moet de rechter nagaan of de rechten van verdediging van partijen geschonden zijn en op welke wijze er moet aan worden tegemoet gekomen.¹⁰³

c) *De vrijgave van de werf of het gebouw*

67. De schadelijgende partij mag in beginsel geen herstellingen uitvoeren alvorens de gerechtsdeskundige op tegensprekelijke wijze alle vaststellingen heeft verricht die met het oog op het vervullen van zijn opdracht noodzakelijk zijn. De deskundige kan evenwel in de loop van het deskundig onderzoek – eventueel op verzoek van de schadelijgende partij – verklaren dat alle noodzakelijke technische vaststellingen werden verricht en de werf of het gebouw vrijgeven.

6. De deelname van versteklatende partijen aan de het deskundigenonderzoek

68. Wanneer het deskundigenonderzoek is bevolen bij verstek ten aanzien van een of meer partijen, kunnen deze zonder verdere formaliteiten deel hebben aan elke stand van het deskundigenonderzoek, hetzij door er bij aanwezig te zijn of zich te laten vertegenwoordigen, hetzij door schriftelijke opmerkingen te laten kennen (art. 980, eerste lid Ger.W.). In dat geval verlopen ten aanzien van die partijen het onderzoek en de verdere rechtspleging op tegenspraak en kunnen die partijen tegen de voorgaande beslissingen en handelingen geen verzet aantekenen (art. 980, tweede lid Ger.W.).

7. Verzoeningspoging

69. De deskundige poogt de partijen te verzoenen (art. 977, § 1, eerste lid Ger.W.). Sedert de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 moet de overeenkomst van partijen schriftelijk worden vastgelegd (art. 977, § 1, tweede lid Ger.W.).¹⁰⁴ De

partijen kunnen overeenkomstig artikel 1043 Ger.W. aan de rechter verzoeken om akte te nemen van de overeenkomst die zij gesloten (art. 977, § 1, tweede lid Ger.W.).

70. In geval van verzoening worden de volgende stukken neergelegd ter griffie (art. 977, § 2, eerste lid Ger.W.):

- de vaststelling van de verzoening;
- een gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon van de deskundige.

De wet preciseert niet wat de vaststelling van de verzoening precies moet inhouden. Onder de gelding van de wet van 15 mei 2009 werd aangenomen wordt dat de deskundige zich in beginsel mag beperken tot het vaststellen van het bestaan van een verzoening en aldus niet gehouden is om de inhoud van het akkoord van partijen weer te geven.¹⁰⁵ Op grond van artikel 977, § 1, tweede lid Ger.W. moet thans evenwel de overeenkomst van partijen schriftelijk worden vastgelegd, waarbij in de voorbereidende werkzaamheden uitdrukkelijk werd gesteld dat dit aansluit bij de neerlegging van de vaststelling van de verzoening ter griffie. Hieruit kan mijns inziens worden afgeleid dat de deskundige na de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 wel de inhoud van de overeenkomst tussen partijen moet akteren.

Op de dag van de neerlegging van de vaststelling van verzoening zendt de deskundige bij een ter post aangetekende brief een afschrift van de vaststelling tot verzoening en een gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon aan de partijen, en bij gewone brief aan hun raadslieden (art. 977, § 2, tweede lid Ger.W.).

De originele stukken die partijen aan de gerechtsdeskundige bezorgden, moeten niet meer ter griffie worden neergelegd, maar aan partijen worden terugbezorgd (art. 977, § 2, derde lid Ger.W.). De wijze waarop dient te gebeuren, wordt aan de partijen en de deskundige overgelaten.¹⁰⁶

8. Tussentijds verslag

71. Indien de termijn voor het indienen van het eindverslag op meer dan zes maanden is bepaald, bezorgt de deskundige om de zes maanden een tussentijds verslag over de stand van zaken aan de rechter, de partijen en de raadslieden (art. 974, § 1 Ger.W.). Deze stand van zaken vermeldt:

- de reeds uitgevoerde werkzaamheden;
- de werkzaamheden die uitgevoerd zijn sinds het laatste tussentijdse verslag;
- de nog uit te voeren werkzaamheden.

¹⁰² Antwerpen 27 mei 2002, *Limb.Rechtsl.* 2002, 303, noot R. BROEKMANS.

¹⁰³ Bergen 18 januari 1999, *JT* 1999, 371.

¹⁰⁴ De deskundige moet evenwel niet langer vaststellen dat zijn onderzoek doelloos is geworden. Deze vaststelling heeft volgens de

wetgever van 2009 immers geen meerwaarde: M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl. St. Kamer* 2008-09, nr. 2161/001, p. 53.

¹⁰⁵ D. MOUGENOT, *l.c.*, 91.

¹⁰⁶ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl. St. Kamer* 2008-09, nr. 2161/001, p. 53.

9. Het voorverslag

72. Na afloop van zijn werkzaamheden stuurt de deskundige aan de rechter, de partijen en hun raadslieden zijn voorverslag toe waarin hij zijn bevindingen opneemt evenals een voorlopig advies (art. 976, eerste lid Ger.W.). Een amendement op het wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie II dat strekte ertoe voor meer rechterzekerheid te zorgen door de deskundige te verplichten het voorlopig advies bij aangetekende brief aan partijen toe te zenden¹⁰⁷, werd niet weerhouden. Er werd terecht geargumenteed dat het verzenden en afhalen van aangetekende brieven veel tijd en geld kost.¹⁰⁸

73. De mededeling van het voorlopig advies waarin de deskundige zijn mening te kennen geeft over het antwoord dat hij binnen het kader van zijn opdracht moet geven, heeft tot doel de partijen de gelegenheid te geven hun opmerkingen te laten gelden zodat de deskundige deze opmerkingen kan beantwoorden.¹⁰⁹ Aldus kunnen de partijen de deskundige attent maken op de gebeurlijke vergissingen die hij zou hebben begaan, evenals protesteren tegen bijvoorbeeld het aanwenden van bepaalde methodes of werkwijzen, of tegen het feit dat de deskundige met bepaalde argumenten van partijen geen rekening heeft gehouden.¹¹⁰ In het voorverslag kan de gerechtsdeskundige reeds een schifting maken aangaande de aangevoerde gebreken en discussiepunten. Het kan immers geenszins van een gerechtsdeskundige worden verwacht dat hij alle mogelijke en onmogelijke zaken zou onderzoeken omdat deze aldus door een partij worden aangevoerd.¹¹¹

74. De mededeling van het voorverslag is evenwel niet voorgeschreven op straffe van nietigheid.¹¹² De miskennis ervan kan wel worden aanzien als een schending van het recht van verdediging van partijen. In voorkomend geval kan onder meer een bijkomend onderzoek worden bevolen.¹¹³

75. In tegenstelling tot hetgeen gold vóór de wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het gerechtelijk wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509^{quater} van het Strafwetboek kunnen de partijen de deskundige thans niet meer vrijstellen van deze formaliteit.

10. Opmerkingen op het voorverslag

76. De partijen kunnen opmerkingen formuleren op het voorverslag van de gerechtsdeskundige. Deze opmerkingen moeten *ad rem*, precies en gemotiveerd zijn.¹¹⁴

77. Indien de rechter nog geen termijn voor het formuleren van opmerkingen heeft bepaald in de beslissing waarin het deskundigenonderzoek werd bevolen, of in de beslissing na de installatievergadering, bepaalt de deskundige, rekening houdende met de aard van het geschil, een redelijke termijn waarbinnen partijen hun opmerkingen moeten maken op het voorlopig advies van de deskundige.(art. 976, eerste lid Ger.W.).

Sedert de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 moet die termijn ten minste vijftien dagen bedragen, behoudens andersluidende beslissing van de rechter of door de deskundige in zijn voorlopig advies bedoelde bijzondere omstandigheden (art. 976, eerste lid *in fine* Ger.W.). Deze minimumtermijn moet partijen de gelegenheid bieden om hun technische raadgever of hun advocaat te ontmoeten en op het voorlopig advies te antwoorden.¹¹⁵

78. De gerechtsdeskundige ontvangt de opmerkingen van de partijen en van hun technische raadgevers voor het verstrijken van de termijn die door de rechter of door de deskundige werd bepaald. De deskundige houdt geen rekening met de opmerkingen die hij laattijdig ontvangt (art. 976, tweede lid Ger.W.). Dit moet vermijden dat na het definitief verslag nog ellenlange discussies kunnen ontstaan over de geldigheid van het verslag.¹¹⁶ Mijns inziens doet het nieuwe artikel 976 Ger.W. evenwel geen afbreuk aan de voorheen algemeen aanvaarde mogelijkheid dat de deskundige op vraag van één of meer partijen de termijn voor het maken van opmerkingen verlengt.

79. Vóór de wet van 15 mei 2007 werd aanvaard dat de omstandigheid dat een partij geen opmerkingen had gemaakt aan de deskundige, haar niet het recht ontnam om haar grieven in verband met het deskundigenonderzoek nog aan de beoordeling van de rechter te onderwerpen.¹¹⁷ Krachtens artikel 976, tweede lid *in fine* Ger.W. kan de rechter thans ambtshalve laattijdige opmerkingen uit de debatten weren. Hij is daartoe evenwel niet verplicht. Het is derhalve toch mogelijk dat de rechter nog rekening houdt met opmerkingen die niet of niet tijdig voor de deskundige werden geformuleerd.¹¹⁸

¹⁰⁷ Amendement nr. 25 van mevrouw Déom c.s., *Parl.St. Kamer* 2009-10, nr. 2161/004, p. 14.

¹⁰⁸ Verslag namens de commissie voor de justitie door de heer Renaat Landuyt, *Parl.St. Kamer* 2009-10, nr. 2161/006, p. 36.

¹⁰⁹ Cass. 30 november 2007, *Pas.* 2007, I, 2161.

¹¹⁰ Antwerpen 21 september 2004, *NjW* 2004, 1167, noot EB.

¹¹¹ Gent 23 januari 2009, *TBO* 2010, 70.

¹¹² Cass. 23 februari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 287.

¹¹³ Brussel 22 mei 2000, *AJT* 2001-02, 130, noot G.L. BALLON; Kh. Gent 20 december 1991, *TGR* 1992, 110.

¹¹⁴ P. Taelman en B. Van Baeveghem, *l.c.*, 202; cf. B. Van Lerberghe, *l.c.*, 603.

¹¹⁵ Amendement nr. 25 mevrouw Déom c.s., *Parl.St. Kamer* 2009-10, nr. 2161/004, p. 15.

¹¹⁶ Toelichting bij het Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek, *Parl.St. Kamer* 2005-06, nr. 2540/001, p. 5.

¹¹⁷ Cass. 17 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 767; Cass. 16 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 183; Cass. 5 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1514; Cass. 10 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1253.

¹¹⁸ B. Van Lerberghe, *l.c.*, 602; cf. D. Mougnot, *l.c.*, 94.

80. De wet voorziet thans ook uitdrukkelijk in de mogelijkheid dat de na de indiening van de opmerkingen tot nieuwe expertiseverrichtingen wordt overgegaan (art. 976, derde lid zoals ingevoegd door art. 27 van de wet 30 december 2009). Wanneer de deskundige na ontvangst van de opmerkingen nieuwe verrichtingen onontbeerlijk acht, verzoekt hij de rechter daarvoor om toestemming overeenkomstig artikel 973, § 2 Ger.W. De deskundige heeft thans dus steeds de voorafgaande goedkeuring van de rechter nodig en kan niet meer autonoom beslissen over bijkomende expertiseverrichtingen. De uiteindelijke eindbeslissing over het uitvoeren van nieuwe expertiseverrichtingen na de ontvangst van de opmerkingen berust thans aldus bij de rechter.¹¹⁹

11. Het eindverslag

a) *De inhoud*

81. Het eindverslag moet verplicht volgende vermeldingen bevatten: de datum, de tegenwoordigheid van de partijen bij de verrichtingen, hun mondelinge verklaringen en hun vorderingen en een opgave van de stukken en nota's die de partijen aan de deskundige hebben overhandigd (art. 978, § 1, eerste lid Ger.W.). De tekst van de stukken en nota's mag slechts worden overgenomen in zoverre dat nodig is voor de bespreking.

Indien er meer dan één deskundige is aangesteld, wordt slechts één enkel verslag opgemaakt (art. 982, tweede lid Ger.W.). De gerechtsdeskundigen geven in dit verslag één enkel advies bij (gewone) meerderheid van stemmen. Bij verschil van mening vermelden zij de onderscheiden meningen met de gronden ervan.

b) *Het beantwoorden van de opmerkingen van de partijen*

82. De deskundige moet de opmerkingen op het voorverslag die tijdig door partijen en technische raadslieden werden overgemaakt, opnemen en beantwoorden in zijn eindverslag.¹²⁰ Het beantwoorden van de opmerkingen is evenwel niet voorgeschreven op straffe van nietigheid. Een eindverslag dat onvoldoende gemotiveerd is of dat de opmerkingen van partijen niet of onvoldoende beantwoordt, kan bijgevolg niet nietig worden verklaard. Wel kan de rechter bij toepassing van artikel 984, eerste lid Ger. W. een aanvullend onderzoek door dezelfde deskundige bevelen of een nieuw onderzoek door een andere deskundige.

¹¹⁹ D. SCHEERS en P. THIRIAR, "Repareer de reparatie! De aanpassingen door de wet van 30 december 2009 inzake het deskundigenonderzoek", *RW* 2009-10, 1420.

¹²⁰ Toelichting bij het Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2540/001, p. 5; cf. art. 976, tweede lid Ger.W.; zie ook Cass. 30 november 2007, *Pas.* 2007, 2161.

c) *Ondertekening en eed*

83. Het eindverslag moet op straffe van nietigheid door de deskundige worden ondertekend (art. 978, § 1, tweede lid Ger.W.). Indien er meer dan één deskundige werd aangesteld, wordt het verslag door alle deskundigen ondertekend (art. 982, tweede lid Ger.W.). De handtekening van de deskundige(n) onder het definitief verslag moet op straffe van nietigheid worden voorafgegaan door de wettelijk opgelegde eedformule die luidt als volgt: "ik zweer dat ik mijn opdracht in eer en geweten, nauwgezet en eerlijk vervuld heb" (art. 978, § 1, derde lid Ger.W.).

d) *De neerlegging van het eindverslag*

I. ALGEMEEN

84. De minuut van het verslag en een gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon van de deskundige, worden ter griffie neergelegd (art. 978, § 2, eerste lid Ger.W.). Voor verscheidene deskundigen in een zelfde zaak wordt een gedetailleerde gezamenlijke staat van de kosten en het ereloon opgemaakt, met een duidelijke opgave van ieders aandeel (art. 982, derde lid Ger.W.). Op de dag van de neerlegging van het verslag zendt de gerechtsdeskundige tevens bij een ter post aangetekende brief aan de partijen en bij gewone brief aan hun raadslieden, een afschrift van het verslag en een gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon (art. 978, § 2, tweede lid Ger.W.). De originele stukken die de partijen aan de deskundige bezorgden, worden hen terugbezorgd (art. 978, § 2, derde lid Ger.W. zoals ingevoegd door art. 29 van de wet van 30 december 2009).

85. Door de neerlegging van het eindverslag neemt de opdracht van de deskundige een einde.¹²¹

II. TERMIJN

86. De termijn voor het neerleggen van het eindverslag wordt bepaald in de na afloop van installatievergadering genomen beslissing of bij gebreke daarvan in de beslissing waarbij het deskundigenonderzoek werd bevolen (art. 972, § 2, zevende en achtste lid Ger.W.).

87. De termijn voor het indienen van het eindverslag mag alleen door de rechter en alleen op vraag van de deskundige worden verlengd. De deskundige kan zich daartoe tot de rechter wenden met opgave van de reden waarom de termijn zou moeten worden verlengd (art. 974, § 2, eerste lid Ger.W.). Sedert de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 bepaalt de wet uitdrukkelijk dat het verzoek tot verlenging van de termijn voor neerlegging van het eindverslag moet worden ingediend vóór het verstrijken van die termijn.

De griffier geeft van het verzoek tot verlenging binnen vijf dagen bij gewone brief kennis aan de partijen en raadslieden in voorkomend geval, bij gerechtsbrief aan de partijen die verstek

¹²¹ Luik 1 april 2004, *Rev. Rég. Dr.* 2004, 376; Rb. Antwerpen 9 november 2009, onuitg. AR 08/4083/A.

hebben laten gaan (art. 974, § 2, eerste lid Ger.W. zoals vervangen door art. 26 van de wet van 30 december 2009, j° art. 973, § 2, derde lid Ger.W.). De partijen kunnen binnen de acht dagen hun eventuele opmerkingen bezorgen. De rechter kan overeenkomstig artikel 973, § 2 Ger.W. ook de verschijning van de partijen en deskundige gelasten (art. 974, § 2, eerste lid *in fine* Ger.W. zoals vervangen door art. 26 van de wet van 30 december 2009). De rechter weigert de verlenging wanneer hij van oordeel is dat die niet redelijk verantwoord is. Hij motiveert deze beslissing (art. 974, § 2, tweede lid Ger.W.).

88. Bij overschrijding van de vooropgestelde termijn en bij gebreke van een tijdig ontvangen verzoek tot verlenging gelast de rechter ambtshalve de oproeping van partijen, hun raadslieden en de deskundige (art. 974, § 3 Ger.W.). De wet legt evenwel geen specifieke sanctie op in geval van overschrijding van de termijn.¹²² In voorkomend geval kan wel worden overgegaan tot vervanging van de deskundige of tot het nemen van sancties tegen de onwillige procespartij die oorzaak is van de overschrijding van de termijn.¹²³

12. Eindvonnis

89. De griffier stuurt bij gewone brief een afschrift van het eindvonnis naar de deskundige (art. 983 Ger.W.).

F. Incidenten tijdens het verloop van het deskundigenonderzoek

1. De actieve betrokkenheid van de rechter

90. Door de rol van de rechter te versterken, beoogde de wet van 15 mei 2007 de partijen en de deskundigen te beschermen.¹²⁴ Door aan de rechter een actievere rol toe te bedelen, beoogde de wetgever vooral de timing en de kosten van het deskundigenonderzoek beter kunnen beheersen.

De actievere rol van de rechter blijkt uit de toegenomen betrokkenheid van de rechter in de diverse fases van het deskundigenonderzoek en met name onder meer uit:

- de toegenomen betrokkenheid bij de aanstelling van de gerechtsdeskundige en het houden van de installatievergadering (art. 972 Ger.W.);
- de bevoegdheden ten aanzien van onwillige procespartijen (art. 972bis, § 1 en 989 Ger.W.);
- de mogelijkheid om in geval van hoogdringendheid de termijnen inzake het verloop van het deskundigenonderzoek in te korten of de deskundigen te ontslaan van bepaalde oproepingswijzen (art. 973, § 1, tweede lid Ger.W.);

- de mogelijkheid voor de rechter om laattijdige opmerkingen ambtshalve uit de debatten te weren (art. 976, tweede lid Ger.W.);
- de mogelijke tussenkomst van de rechter bij een eventuele verzoening van partijen (art. 977, § 1, tweede lid Ger.W.);
- de mogelijkheid tot ambtshalve vervanging van de gerechtsdeskundige (art. 979, § 1 Ger.W.);
- de tussenkomst bij het consignatie en de vrijgave van het voorschot op de erelonen van de deskundige (art. 987 en 988 Ger.W.) evenals bij de eindstaat van kosten en erelonen (art. 990 en 991 Ger.W.);
- de bevoegdheden van de rechter inzake de termijn voor het neerleggen van het eindverslag (art. 972 en 974 Ger.W.).

Artikel 973, § 1, eerste lid Ger.W. bepaalt verder dat de rechter die het deskundigenonderzoek heeft bevolen of de daartoe aangewezen rechter, het verloop van het onderzoek volgt en er met name op toeziet dat de termijnen worden nageleefd en dat de tegenspraak in acht wordt genomen. Deze wetsbepaling verwoordt het algemene principe van de actieve rechter die toezicht houdt en kan ingrijpen. De deskundigen vervullen hun opdracht dan ook onder toezicht van de rechter (art. 973, § 1, derde lid Ger.W.).

2. De procedure tot regeling van incidenten tijdens het verloop van het deskundigenonderzoek

91. Artikel 973, § 2 Ger.W. regelt de gemeenrechtelijke procedure om incidenten te beslechten die zich inde loop van het deskundigenonderzoek kunnen voordoen.¹²⁵ Krachtens deze bepaling kunnen alle betwistingen die in de loop van het deskundigenonderzoek met betrekking tot dit onderzoek kunnen ontstaan tussen de partijen of tussen de partijen en de deskundigen, door de rechter worden beslecht (art. 973, § 2, eerste lid Ger.W.). Aangezien de opdracht van de gerechtsdeskundige wordt beëindigd door het neerleggen van het deskundig verslag, kan de rechtbank alsdan niet meer worden gevat op grond van artikel 973, § 2, eerste lid Ger.W.¹²⁶

92. De partijen en de deskundigen kunnen zich daartoe bij een gewone, met redenen omklede brief tot de rechter wenden (art. 973, § 2, tweede lid Ger.W.). De rechter gelast onmiddellijk de oproeping van partijen en deskundige (art. 973, § 2, tweede lid Ger.W.).

De griffier geeft hiervan binnen de vijf dagen bij gewone brief kennis aan de partijen en de raadslieden en bij gerechtsbrief aan de deskundige en, in voorkomend geval aan de partijen die verstek hebben laten gaan (art. 973, § 2, derde lid Ger.W.). Binnen een maand na de oproeping vindt de verschijning in raadkamer plaats. De rechter doet binnen de acht dagen uitspraak bij met redenen omklede beslissing (art. 973, § 2, vierde lid Ger.W.). Van deze beslissing wordt binnen de vijf dagen bij gewone brief kennis gegeven aan de partijen en de

¹²² B. VANLERBERGHE, *l.c.*, 601.

¹²³ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 157.

¹²⁴ Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door mevrouw Valérie Déom, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2540/007, p. 5.

¹²⁵ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 46-47.

¹²⁶ Rb. Antwerpen 9 november 2009, onuitsg. AR 08/4083/A.

raadslieden en bij gerechtsbrief aan de deskundige en, in voorkomend geval aan de partijen die verstek hebben laten gaan (art. 973, § 2, derde en vijfde lid Ger.W.). Tegen deze beslissing staat sedert de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 geen gewoon rechtsmiddel meer open (art. 963, § 1 Ger.W.).

In het kader van de geschillenbeslechting kan aan de rechter bijvoorbeeld de laattijdige vraag van een betrokken partij worden voorgelegd om een reeds ver gevorderd deskundigenonderzoek op te schorten teneinde die partij toe te laten alsnog een niet-betrokken partij bij de expertiseverrichtingen te betrekken. De rechterlijke controle is evenwel niet onbegrensd. Artikel 973, § 2, eerste lid Ger. W. laat de rechter bijvoorbeeld niet toe om zich in te laten met de technische aspecten van de expertise vooraleer het deskundigenonderzoek werd beëindigd.

3. Rechtsmiddelen tegen de beslissingen die het verloop van het deskundigenonderzoek regelen

93. Artikel 21 van de wet van 30 december 2009 heeft artikel 963 Ger.W. opnieuw ingevoerd. Het doel van het nieuwe artikel 963 Ger.W. bestaat er onder meer in om een einde te maken aan de bestaande onduidelijkheid tegen welke beslissingen inzake het deskundigenonderzoek er rechtsmiddelen kunnen aangewend worden en om het verloop van het deskundigenonderzoek te optimaliseren.¹²⁷ Ten einde het deskundigenonderzoek vlot te laten verlopen, wordt thans als algemene regel gesteld dat de beslissingen die het verloop van de procedure van het deskundigenonderzoek regelen, niet vatbaar zijn voor verzet of hoger beroep (art. 963, § 1 Ger.W.).

94. Alleen tegen de beslissingen genomen bij toepassing van de artikelen 971 (waking van de deskundige), 979 (vervanging van de deskundige), 987, eerste lid (voorschot op de kosten en erelonen van de deskundige) en 991 (eindstaat kosten en erelonen van de deskundige) kan verzet of hoger beroep worden aangetekend (art. 963, § 1 Ger.W.). Deze beslissingen zijn echter wel van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad niettegenstaande verzet of hoger beroep (art. 963, § 2 Ger.W.).

In dezelfde filosofie van een optimalisering van het deskundigenonderzoek heeft de wetgever voor voormelde beslissingen voorzien in een uitzondering op de devolutieve werking van het hoger beroep.¹²⁸ In afwijking van artikel 1068, eerste lid Ger.W. maakt het hoger beroep tegen deze beslissingen de andere aspecten van het geschil zelf dan ook niet aanhangig bij de rechter in hoger beroep (art. 963, § 2 *in fine* Ger.W.).

4. Waking van deskundigen

a) Redenen van waking

95. De wetten van 15 mei 2007 en 30 december 2009 hebben geen enkele wijziging aangebracht aan de gronden tot waking. Zoals voorheen kan een gerechtsdeskundige nog steeds worden gewraakt om dezelfde redenen als een rechter (art. 966 Ger.W.). Deze redenen van waking zijn op limitatieve wijze opgesomd in de artikelen 828 en 829 Ger.W. en dienen dan ook strikt te worden toegepast.¹²⁹

b) Weigering van de opdracht door de deskundige omwille van een reden van waking

96. De gerechtsdeskundige die weet heeft dat er enige redenen van waking tegen hem bestaat, moet dit onverwijld meedelen aan de partijen. Indien partijen hem geen vrijstelling verlenen, mag hij in die zaak niet als deskundige optreden (art. 967 Ger.W.). De meest gerede partij zal alsdan de rechter moeten vatten bij toepassing van artikel 973, § 2 Ger.W. en bij gewone brief de rechter moeten verzoeken een andere deskundige aan te stellen. De artikelen 970 en 971 Ger.W. betreffen immers uitsluitend de waking van de deskundige door een procespartij en bevatten dan ook geen specifieke procedureregels om de gerechtsdeskundige te vervangen ingeval hij krachtens artikel 967 Ger.W. zelf zijn opdracht moet weigeren omwille van een reden van waking.

c) Waking door partijen

97. De waking van de deskundige kan ook door een van de partijen worden gevorderd. De mogelijkheid tot waking wordt evenwel aan een aantal procedurele beperkingen onderworpen.

Artikel 968 Ger.W. bepaalt dat de deskundige die door de partijen zelf werd gekozen, alleen kan worden gewraakt om redenen die ontstaan of bekend geworden zijn sedert zijn aanwijzing. Deze bepaling was zinledig geworden na de inwerkingtreding van de wet van 15 mei 2007 en de opheffing van artikel 964 (oud) Ger.W.¹³⁰ Zij kan thans opnieuw toepassing vinden indien de rechter de keuze van partijen bekrachtigt overeenkomstig het nieuw ingevoegde tweede lid van artikel 962 Ger.W. Bovendien mag na de installatievergadering, of bij gebreke daarvan, na aanvang van de werkzaamheden van de deskundige, door een procespartij geen waking meer worden voorgedragen, tenzij deze partij eerst nadien kennis heeft gekregen van de wrakingsgronden (art. 969 Ger.W.¹³¹). De waking moet tenslotte worden gevraagd bij verzoekschrift dat moet worden ingediend binnen de acht dagen nadat de partij kennis heeft gekregen van de redenen van de waking (art. 970,

¹²⁷ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 46; Verslag namens de commissie voor de justitie door de heer Renaat Landuyt, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2161/006, p. 27.

¹²⁸ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 46.

¹²⁹ Cass. 9 januari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 24.

¹³⁰ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 134; B. VANLERBERGHE, *l.c.*, 598.

¹³¹ Ingevoegd door art. 7 van wet van 15 mei 2007.

tweede lid Ger.W.). Deze termijn is evenwel niet voorgeschreven op straffe van verval.¹³²

98. De regeling van de procedure tot wraking van de deskundige door een van de procespartijen regelen, is licht gewijzigd door artikel 22 van de wet van 30 december 2009.

Meer bepaald werd het oorspronkelijke vierde lid van artikel 971 Ger.W. dat bepaalde dat het vonnis inzake wraking uitvoerbaar is niettegenstaande voorziening, opgeheven door artikel 22, 1° van de wet van 30 december 2009. Deze schrapping is een gevolg van het nieuwe artikel 963, § 2 Ger.W.¹³³

Daarnaast werd de tekst van het laatste lid van artikel 971 Ger.W. aangepast door artikel 22, 2° van de wet van 30 december 2009. De huidige tekst verduidelijkt dat zowel in het geval waarin de wraking wordt toegestaan (art. 971, tweede lid Ger.W.) als in het geval waarin de wraking wordt verworpen, maar de partij die de wraking heeft voorgedragen veroordeeld wordt tot een schadevergoeding aan de deskundige (art. 971, derde lid Ger.W.), de rechter ambtshalve een nieuwe deskundige aanstelt, tenzij de partijen op het ogenblik van het vonnis overeengekomen over de keuze van een deskundige. Tevens werd ingevolge een amendement van de heer Terwingen en mevrouw De Schamphelaere aan het laatste lid van artikel 971 Ger.W. een zin toegevoegd die de rechter toelaat af te wijken van de keuze van partijen bij een met redenen omklede beslissing.¹³⁴ Aldus sluit de tekst aan bij het nieuwe artikel 962, tweede lid Ger.W.

99. Tegen de beslissingen die een wraking toestaan, dan wel verwerpen kan verzet of hoger beroep worden aangetekend (art. 963, § 1 Ger.W.). Deze beslissingen zijn echter wel van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad niettegenstaande verzet of hoger beroep (art. 963, § 2 Ger.W.). Het hoger beroep tegen deze beslissingen maakt de andere aspecten van het geschil zelf niet aanhangig bij de rechter in hoger beroep (art. 963, § 2 *in fine* Ger.W.).

5. Vervanging van deskundigen

a) Verzoek tot vervanging door één partij

100. Indien een partij hierom verzoekt, kan de rechter de deskundige die zijn opdracht niet naar behoren vervult, vervangen (art. 979, § 1, eerste lid Ger.W.). Hij is hiertoe evenwel niet verplicht. De rechter oordeelt op soevereine wijze of de ingeroepen reden volstaat om tot vervanging van de deskundige over te gaan. De wet bevat immers geen opsomming van gronden tot vervanging.¹³⁵

De gerechtsdeskundige kan bijgevolg onder meer worden vervangen in geval van ziekte en overlijden, technische onbekwaamheid, nalatigheid of in gebreke blijven van de deskundi-

ge.¹³⁶ De deskundige kan ook worden vervangen ingeval van overschrijding van de termijn voor het neerleggen van het eindverslag.¹³⁷ Artikel 979 Ger.W. mag daarentegen niet worden aangegrepen om een gerechtsdeskundige tegen wie een vordering tot wraking werd verworpen, of voor wie geen grond tot wraking bestaat, alsnog, bij ontstentenis van eensgezindheid tussen partijen, tegen zijn wil van zijn opdracht te ontlasten.¹³⁸

101. Op het eenzijdige verzoek tot vervanging zijn de gemeenschappelijke procedureregels van artikel 973, § 2 Ger.W. van toepassing. Het verzoek tot vervanging van de gerechtsdeskundige moet worden gericht aan de rechter die de deskundige heeft aangesteld. Dit betekent onder meer dat in geval van hoger beroep tegen de beslissing waarin de deskundige werd aangesteld, de eerste rechter bevoegd is om de vervanging van de deskundige te bevelen.¹³⁹ De beslissing tot al dan niet vervanging van de gerechtsdeskundige is vatbaar voor verzet en hoger beroep (art. 963, § 1 Ger.W.).

b) Gezamenlijk verzoek tot vervanging

102. Indien de partijen gezamenlijk en gemotiveerd om de vervanging verzoeken, moet de rechter de deskundige vervangen zelfs indien de gerechtsdeskundige zijn opdracht volledig naar behoren vervult (art. 979, § 1, tweede lid Ger.W.). Nieuw sedert de wet van 30 december 2009 is het gegeven dat partijen hun verzoek moeten motiveren. De *ratio legis* van de motiveringsplicht bestaat erin dat de rechter met de motieven van partijen rekening te houden bij de aanduiding van de nieuwe deskundige.

103. Ingeval van gezamenlijk verzoek is de gemeenschappelijke procedure van artikel 973, § 2 Ger.W. niet langer van toepassing. Artikel 979, § 1, tweede lid Ger.W. voorziet thans immers in een specifieke eenvoudige procedure, waarbij partijen bij gewone brief hun verzoek richten aan de rechter en deze laatste over hun verzoek uitspraak doet binnen de acht dagen zonder oproeping of verschijning van partijen. Net zoals bij de oorspronkelijke aanwijzing van de gerechtsdeskundige, kan de rechter de deskundige aanwijzen waarover partijen het eens zijn. Hij kan enkel van deze keuze afwijken op een met redenen omklede wijze.

Van de beslissing van de rechter tot vervanging van de deskundige geeft de griffier binnen de vijf dagen bij gewone brief kennis aan de partijen en de raadslieden en bij gerechtsbrief, aan de deskundige die van zijn taak is ontheven en en aan de nieuw aangestelde deskundige, evenals, in voorkomend geval, bij gerechtsbrief aan de partijen die verstek lieten gaan (art. 972, § 2, vijfde lid *j*° art. 973, § 2, derde en vijfde lid Ger.W.).

¹³² Cass. 17 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, 713.

¹³³ Zie hierover *supra*, nr. XXX.

¹³⁴ Amendement nr. 37 van de heer Terwingen en mevrouw De Schamphelaere, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2161/004, p. 21.

¹³⁵ P. SOURIS, *Manuel*, 113.

¹³⁶ Brussel 14 oktober 1998, *P. & B.* 1999, 117.

¹³⁷ D. MOUGENOT, *l.c.*, 100; P. SOURIS, *Manuel*, 113.

¹³⁸ Brussel 14 oktober 1998, *P. & B.* 1999, 117.

¹³⁹ Brussel 16 september 1999, *P. & B.* 2000, 249; Luik 27 september 2002, *J.T.* 2002, 766.

Theoretisch is deze beslissing vatbaar voor verzet of hoger beroep (art. 963, § 1 Ger.W.). Dit zal evenwel alleen het geval zijn als de rechter in strijd met artikel 979, § 1, tweede lid Ger.W.) het gezamenlijk verzoek tot vervanging niet zou inwilligen.

c) *Ambtshalve vervanging*

104. De rechter kan ook ambtshalve de door artikel 973, § 2 Ger.W. voorziene procedure opstarten die kan leiden tot vervanging van de gerechtsdeskundige (art. 979, § 2, derde lid Ger.W.).

d) *Gevolgen van de vervanging*

105. Ingeval van vervanging van gerechtsdeskundige is de vervanging deskundige gehouden om binnen vijftien dagen na de kennisgeving van de beslissing tot vervanging de stukken en de nota's van partijen evenals een gedetailleerde staat van kosten en erelonen neer te leggen ter griffie (art. 979, § 2, eerste lid Ger.W.). Op de dag van de neerlegging dient de deskundige bij een ter post aangetekende brief een afschrift van de gedetailleerde staat van de kosten en het erelonen toe te zenden en bij gewone brief aan hun raadslieden (art. 979, § 2, tweede lid Ger.W.).

2. *Het bijwonen van de expertiseverrichtingen*

106. De rechter kan te allen tijde, ambtshalve of op verzoek van partijen of de deskundige, de verrichtingen van de deskundige bijwonen (art. 973, § 1, derde lid Ger.W.). De griffier verwittigt hiervan bij gewone brief de deskundige, de partijen en hun raadslieden en in voorkomend geval bij gerechtsbrief de partijen die verstek hebben laten gaan (art. 973, § 1, derde lid Ger.W.).

3. *De sanctionering van onwillige procespartijen*

107. De rechter kan bij toepassing van artikel 972*bis*, § 1 Ger.W. een sanctie opleggen aan een partij die weigert mee te werken aan het deskundigenonderzoek. De rechter mag uit deze weigering de conclusies trekken die hij geraden acht. De rechter beschikt dan ook een ruime beoordelingsvrijheid om te bepalen welke sanctie er wordt gekoppeld aan de niet-medewerking.¹⁴⁰ Wanneer een partij zonder rechtmatige reden weigert mee te werken aan een deskundigenonderzoek kan de rechter daaruit onder meer een feitelijk vermoeden afleiden tegen die partij.¹⁴¹

108. Mijns inziens laat artikel 972*bis*, § 1 Ger.W. ook toe dat de rechter een dwangsom legt aan een partij die het verloop van

een expertise boycot bijvoorbeeld omdat zij de deskundige de toegang tot een bepaalde plaats weigert of omdat zij weigert bepaalde inlichtingen of stukken te verstrekken.¹⁴² Wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich houdt dat het bewijs levert van een ter zake dienend feit, bieden de artikelen 877 e.v. Ger.W. de rechtbank bovendien de mogelijkheid om te bevelen dat het stuk of een eensluidend verklaard afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd.

109. De rechter kan ook beslissen dat er op basis van de stukken zal worden geoordeeld (art. 875 Ger.W.). Indien de eisende partij niet meewerkt aan een deskundigenonderzoek, bijvoorbeeld door niet te antwoorden op de vragen van de gerechtsdeskundige of door geheel inactief te blijven, kan hij oordelen dat de eisende partij geen bewijs levert van hetgeen zij vordert en aldus de vordering van de eisende partij afwijzen.¹⁴³

4. *Het horen van de deskundige en van de technische raadslieden*

110. De rechter kan de gerechtsdeskundige ter zitting horen (art. 985, eerste lid Ger.W.). De deskundige, de partijen en hun raadslieden worden ter zitting opgeroepen overeenkomstig artikel 973, § 2, derde lid Ger.W.

111. Zoals onder de gelding van de wet van 15 mei 2007 mag de deskundige zich bij het verhoor van stukken bedienen (art. 985, tweede lid Ger.W.). Nieuw sedert de wet van 30 december 2009 is dat deze stukken door de deskundige uiterlijk na het verhoor ter griffie worden neergelegd met een mogelijkheid tot inzage van de ter griffie neergelegde stukken door partijen en hun raadslieden. Met deze maatregel wenste de wetgever de tegenspraak te optimaliseren.¹⁴⁴ Indien de deskundige dit nuttig acht, kan hij de partijen of hun raadslieden voor het verhoor een kopie van de stukken bezorgen of ze ter griffie neerleggen.

112. Alvorens te worden gehoord, legt de deskundige de volgende eed af: "Ik zweer dat ik in eer en geweten, nauwgezet en eerlijk verslag zal doen" (art. 985, derde lid Ger.W.). De verklaringen van de deskundige worden vermeld in een proces-verbaal dat wordt ondertekend door de rechter, de griffier en de deskundige, na lezing en eventuele opmerkingen (art. 985, vierde lid Ger.W.). Het ereloon en de kosten van de deskundige in verband met zijn verhoor worden door de rechter onmiddellijk begroot onderaan op de minuut van het proces-verbaal met bevel tot tenuitvoerlegging ten laste van de partij of partijen die hij aanwijst en in de verhouding die hij bepaalt. Deze

¹⁴⁰ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 148; B. VANLERBERGHE, *l.c.*, 596.

¹⁴¹ Cass. M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 17 december 1998, *Arr. Cass.* 1998, 1141.

¹⁴² D. MOUGENOT, *l.c.*, 78-79; zie ook onder het oude recht Beslagr. Brussel 18 januari 2000, *AJT* 1999-2000, 654, noot X.

¹⁴³ Luik 15 februari 1999, *JT* 1999, 370; Rb. Brussel 14 augustus 2003, *RGAR* 2004, nr. 13.930, noot I.P.

¹⁴⁴ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 54.

bedragen worden in de eindbeslissing als gerechtskosten groot (art. 985, vijfde lid Ger.W.).

113. Op verzoek van de partijen kan de rechter tevens hun technische raadsgevers horen (art. 985, zesde lid Ger.W.). Het horen van de technische raadslieden van partijen is bijzonder nuttig wanneer de bevindingen van de technische raadslieden sterk afwijken van die van de gerechtsdeskundige. Sedert de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 kan de rechter ook de technische raadsgevers van de deskundige horen.

De wet voorziet thans ook uitdrukkelijk in de mogelijkheid dat de technische raadsgevers zich eveneens bedienen van stukken. Zoals de gerechtsdeskundige die gehoord wordt, dienen de technisch raadsgevers eveneens hun stukken uiterlijk na het verhoor ter griffie neer te leggen met een mogelijkheid tot inzage van de ter griffie neergelegde stukken door partijen en hun raadslieden. Zij kunnen tevens de partijen of hun raadslieden voor het verhoor een kopie van de stukken bezorgen of ze ter griffie neerleggen indien zij dit nuttig achten.

G. De medewerkingsplicht van partijen

114. Partijen zijn verplicht mee te werken aan het deskundigenonderzoek. Bij gebreke daarvan kan de rechter daaruit de conclusies trekken die hij geraden acht (art. 972bis, § 1, eerste lid Ger.W.). Een onwillige procespartij kan aldus door de rechter worden gesanctioneerd.

115. De medewerkingsverplichting van de partijen wordt onder meer geconcretiseerd in de verplichting om ten minste acht dagen voor de installatievergadering, of bij gebreke daarvan, bij de aanvang van de werkzaamheden, een geïnventariseerd dossier met relevante stukken over te maken aan de gerechtsdeskundige (art. 972bis, § 1, tweede lid Ger.W.). Een andere exponenten van de medewerkingsplicht zijn de verplichting om de eventuele opmerkingen op het voorverslag binnen de daartoe voorziene termijn te formuleren (art. 976, tweede lid Ger.W.) en de verplichting om tijdig te consignereren (art. 989 Ger.W.). Naast deze uitdrukkelijke voorschriften worden partijen ook geacht tijdig te reageren op de vragen of verzoeningsvoorstellen van de deskundige en meer in het algemeen telkens wanneer om hun standpunt wordt verzocht.¹⁴⁵

H. De bewijswaarde van het regelmatig deskundig verslag

1. Authentieke bewijswaarde van bepaalde persoonlijke vaststellingen van de gerechtsdeskundige

116. De in een eindverslag opgenomen vaststellingen die door de gerechtsdeskundige persoonlijk zijn gedaan, hebben dezelfde bewijswaarde als authentieke vermeldingen in een authentieke akte, indien het gaat om materiële en precieze feiten die gezinszins vermengd zijn met de beoordeling ervan door de

deskundige.¹⁴⁶ Als authentieke vermeldingen kunnen aldus worden beschouwd de datum waarop het verslag is opgesteld, de vaststelling dat de partijen werden uitgenodigd, de vaststelling dat partijen aanwezig waren, het feit dat de partijen een bepaalde verklaring hebben afgelegd. Deze authentieke vaststellingen kunnen enkel weerlegd worden door middel van een procedure tot betichting van valsheid (art. 895 e.v. Ger.W.).

2. Het deskundig verslag bindt voor het overige de rechter niet

117. De rechter is voor het overige niet verplicht het advies van de gerechtsdeskundige te volgen, indien het strijdig is met zijn overtuiging (art. 962, derde lid Ger.W.). De feitenrechter beoordeelt met andere woorden op soevereine wijze de bewijswaarde van het deskundig verslag, dat slechts geldt als advies.¹⁴⁷

118. Indien de rechter in het verslag niet voldoende opheldering vindt, kan hij een aanvullend onderzoek door dezelfde gerechtsdeskundige ofwel een nieuw onderzoek door een andere gerechtsdeskundige bevelen (art. 984, eerste lid Ger.W.). De nieuwe gerechtsdeskundige mag aan de vroeger benoemde deskundige de inlichtingen vragen die hij dienstig acht (art. 984, tweede lid Ger.W.). De opportuniteit van dergelijke bijkomende onderzoeken wordt op onaantastbare wijze door de feitenrechter beoordeeld.¹⁴⁸ Zo werd de aanstelling van een nieuwe deskundige ter beoordeling van problemen aan een epoxyvloer niet meer raadzaam geacht in een geval waarin deze vloer reeds meer dan zes jaar voordien gelegd was en in gebruik genomen.¹⁴⁹ De aanstelling van een nieuwe deskundige voor de vaststelling van dezelfde feiten kan evenmin worden aanvaard, tenzij de rechter vaststelt dat deze feiten onvoldoende door de deskundige werden onderzocht of er wordt aangetoond dat er gewijzigde omstandigheden zijn.¹⁵⁰

3. Tegenwerpbaarheid van het deskundigenverslag

a) Algemeen

1. PARTIJ IN HET GEDING

119. Een deskundigenverslag kan in de regel niet worden tegengeworpen aan een derde die niet als partij betrokken was bij het deskundigenonderzoek.¹⁵¹ Deze regel vloeit uit het recht van verdediging van deze derde.

120. Het feit dat een verslag niet kan worden tegengeworpen aan iemand die geen partij was bij het deskundigenonderzoek,

¹⁴⁶ *Contra* B. VANLERBERGHE, *l.c.*, 606.

¹⁴⁷ Cass. 5 april 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 931; Cass. 7 mei 2009, *Res Jur. Imm.* 2009, 139.

¹⁴⁸ Cass. 12 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 693; Cass. 20 december 2007, *Pas.* 2007, I, 2428.

¹⁴⁹ Antwerpen 21 juni 2004, *P. & B.* 2004, 101.

¹⁵⁰ Antwerpen 8 maart 2010, onuitg. AR 2009/AR/544.

¹⁵¹ Cass. 22 december 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 473.

¹⁴⁵ D. MOUGENOT, *l.c.*, 79.

houdt in dat de speciale rechtsgevolgen, verbonden aan een deskundigenverslag als bewijsmiddel, niet gelden ten aanzien van die derde. Dit verhindert evenwel dat het onderzoek als dusdanig, de gedane vaststellingen en het uitgebrachte advies vaststaande feiten, waarin de rechter vermoedens kan vinden in de zin van artikel 1349 BW.¹⁵²

121. Het is evenwel steeds mogelijk om door middel van een vordering in gedwongen tussenkomst een derde te betrekken in de procedure. Een derde kan ook vrijwillig tussenkomen in de procedure. Tenslotte kan de derde ook vrijwillig tussenkomen in de expertise.

II. HET VEREISTE VAN DE TEGENSpraak

122. Het recht van verdediging houdt echter niet alleen in dat men (tijdig) partij was in het geding waarin de expertise werd bevolen (of minstens dat men vrijwillig is tussengekomen in de expertiseverrichtingen), maar ook dat de expertiseverrichtingen zelf ten aanzien van deze partij tegensprekelijk zijn verlopen. De tegenspraak is immers een essentieel beginsel dat het gerechtelijk deskundigenonderzoek beheerst (zie ook art. 973, § 1, eerste lid Ger.W.).

b) *De tegenwerpbaarheid van het deskundigenverslag ten aanzien van een partij die gedwongen tussenkomt*

123. In elke stand van het geding kunnen partijen in gedwongen tussenkomst worden gedagvaard. Op grond van artikel 981, eerste lid Ger.W. is het deskundigenonderzoek niet tegenwerpbaar aan de partij die gedwongen tussenkomt nadat de deskundige zijn voorlopig advies heeft verstuurd, tenzij de partij in gedwongen tussenkomst afziet van het middel van de niet-tegenwerpbaarheid. De gedwongen tussenkomende partij kan wel eisen dat de reeds gedane werkzaamheden in haar bijzijn worden overgedaan indien zij aantoonbaar belang bij te hebben (art. 981, tweede lid Ger.W.).

124. De vraag rijst evenwel of een deskundigenonderzoek automatisch tegenwerpbaar is wanneer de gedwongen tussenkomst gebeurt vóór de verzending van het voorlopig advies. Mijns inziens kan dit niet *a contrario* worden afgeleid uit de wettekst van artikel 981, eerste lid Ger.W.¹⁵³ Zelfs indien het voorverslag nog niet werd verzonden, kunnen in bepaalde omstandigheden de rechten van verdediging geschonden zijn, bijvoorbeeld indien de gerechtsdeskundige zich reeds een duidelijke mening heeft gevormd over de technische verantwoordelijkheid van de in tussenkomst gedaagde partij. In dat geval kan de rechter de vordering tot gedwongen tussenkomst

onontvankelijk verklaren.¹⁵⁴ Artikel 812, eerste lid Ger.W. dat bepaalt dat tussenkomst kan geschieden voor alle gerechten zonder dat echter reeds bevolen onderzoeksverrichtingen afbreuk mogen doen aan de rechten van de verdediging, werd immers niet gewijzigd door de wet van 15 mei 2007.

c) *De tegenwerpbaarheid van het deskundigenverslag ten aanzien van een partij die vrijwillig tussenkomt in de procedure*

125. Een partij die vrijwillig tussenkomt in de procedure nadat een deskundigenonderzoek werd bevolen, kan in principe niet terugkomen op het reeds bevolen en uitgevoerde deskundigenonderzoek.¹⁵⁵ De vrijwillig tussenkomende partij kan op grond van artikel 981, tweede lid Ger.W. wel eisen dat de reeds gedane werkzaamheden in haar bijzijn worden herdaan indien zij aantoonbaar belang bij te hebben.¹⁵⁶

d) *De tegenwerpbaarheid van het deskundigenverslag ten aanzien van een partij die vrijwillig tussenkomt in het deskundigenonderzoek*

126. Door vrijwillig deel te nemen aan de expertiseverrichtingen wordt een derde nog geen procespartij. Wanneer een derde evenwel vrijwillig als partij deelneemt aan de werkzaamheden van deskundige, is het deskundigenonderzoek hem tegenwerpbaar indien hij nadien vrijwillig of gedwongen in de procedure tussenkomt.¹⁵⁷ Een derde die enkel op een expertisevergadering aanwezig is om op vraag van de deskundige vrijwillig uitleg te komen verschaffen, komt daardoor echter nog niet vrijwillig tussen in het deskundigenonderzoek.¹⁵⁸ Het deskundigenverslag is aan deze derde dan ook niet tegenwerpbaar, in het bijzonder wanneer deze derde geen kopie heeft ontvangen van het voorverslag en aldus geen opmerkingen heeft kunnen maken.

127. Het feit dat een derde (bijvoorbeeld de architect) als technisch raadsman van een andere partij (bijvoorbeeld de bouwheer) aanwezig was bij de materiële vaststellingen van de deskundige volstaat evenwel opdat de objectieve weergave van deze vaststellingen hem kunnen worden tegengeworpen. De beoordeling van deze vaststellingen door de deskundige zijn daarentegen niet tegenwerpbaar aan de technisch raadsman die geen partij was in het expertise, wanneer de betrokkene in de loop van het deskundigenonderzoek geen eigen standpunt

¹⁵² Cass. 25 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 874.

¹⁵³ D. MOUGENOT, *l.c.*, 105; B. VANLERBERGHE, *l.c.*, 605; *contra* D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 178; zie ook anders Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door mevrouw Valérie Déom, *Parl.St.* 2006-07, nr. 2540/007, p. 18.

¹⁵⁴ In die zin: Rb. Antwerpen 25 februari 2010, onuitg. AR 08/6149/A.

¹⁵⁵ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 177.

¹⁵⁶ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 177; P. SOURIS, *Manuel*, 122.

¹⁵⁷ Gent 17 mei 1985, *T.Aann.* 1987, 192; Antwerpen 5 oktober 1998, *P. & B.* 1999, 238; Kh. Gent 20 december 1991, *TGR* 1992, 110.

¹⁵⁸ Gent 12 maart 2001, *AJT* 2000-01, 66.

als partij heeft kunnen innemen en hij hieromtrent niet als partij werd gehoord.¹⁵⁹

128. Het is derhalve van belang dat de deskundige acteert in welke hoedanigheid een derde deelneemt aan de expertiseverrichtingen.¹⁶⁰

III. De kosten van het deskundigenonderzoek

A. De kosten van het tegensprekelijk gerechtelijk deskundigenonderzoek

1. Het voorschot

a) Consignatie van het voorschot

129. De rechter kan het voorschot bepalen dat elke partij moet consigneren ter griffie of bij de kredietinstelling die de partijen gezamenlijk hebben gekozen, evenals de termijn waarbinnen zij aan deze verplichting moeten voldoen (art. 987, eerste lid Ger.W.). De consignatie ter griffie van een voorschot heeft tot doel de onafhankelijkheid van de deskundige ten aanzien van de partijen te verzekeren, de deskundige te vrijwaren tegen de insolventie van de partij die de honoraria en de kosten van het deskundigenonderzoek verschuldigd zal zijn en de deskundige ertoe aan te zetten zijn opdracht met bekwame spoed te vervullen.¹⁶¹

De rechter is evenwel niet verplicht om de consignatie van een voorschot op te leggen.¹⁶² Dit is bijvoorbeeld mogelijk deskundigenonderzoeken waarvan de kostprijs, de moeilijkheid en de duurtijd slechts minimaal zouden zijn.¹⁶³ Alsdan moet de deskundige evenwel wachten tot het einde van het deskundigenonderzoek alvorens hij enige vergoeding mag ontvangen.¹⁶⁴ In bouwzaken wordt in de praktijk bijna steeds een consignatie opgelegd.

130. De rechter beslist in beginsel vrij welke partij tot consignatie van het voorschot moet overgaan. Hij kan deze verplichting opleggen aan één of meer partijen.¹⁶⁵ De rechter houdt daarbij rekening met alle feitelijke elementen van de zaak.¹⁶⁶ Hij kan de verplichting tot consignatie evenwel niet opleggen aan de partij die overeenkomstig artikel 1017, tweede lid of krachtens een overeenkomst tussen partijen zoals bepaald in artikel 1017, eerste lid Ger.W. niet in de kosten kan worden verwezen (art. 987, eerste lid Ger.W. zoals gewijzigd door

art. 33 van de wet van 30 december 2009).¹⁶⁷ In de praktijk zal de verplichting tot consignatie doorgaans – zoals onder de gelding van het oude recht – worden opgelegd aan de “meest gerede partij”, dit is de partij die het er meeste belang bij heeft dat een deskundige wordt aangesteld en dat de expertiseverrichtingen worden uitgevoerd.¹⁶⁸ Dit is evenwel niet noodzakelijk de partij die het deskundigenonderzoek heeft gevorderd.¹⁶⁹

De beslissing inzake consignatie is vatbaar voor verzet en hoger beroep (art. 963, § 1 Ger.W.)

131. Van zodra het voorschot in consignatie werd gegeven, brengt de door de rechter tot betalen aangewezen partij de deskundige hiervan op de hoogte. Het is dus niet langer de griffie of de kredietinstelling die de deskundige op de hoogte moet brengen van de consignatie. De betalende partij bezorgt de deskundige tevens een bewijs van betaling (art. 987, vierde lid Ger.W.). Aldus is het voor de deskundige duidelijk wie betaalt, hoeveel er betaald werd en aan wie hij zijn ereloonstaat dient te richten.¹⁷⁰

132. Ingeval de aangestelde partij niet tot uitvoering overgaat, kan de rechter daaruit de conclusies trekken die hij geraden acht (art. 989, tweede lid Ger.W.). De wetgever van 2009 achtte het echter aangewezen om net als in het verleden een consignatie opnieuw afdwingbaar te maken. Sedert de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 bevat de wet daarom een aantal bijkomende remedies die de afdwingbaarheid moeten versterken.

Indien een partij niet binnen een termijn consigneert, kan de rechter thans op verzoek van de meest gerede partij een bevel tot tenuitvoerlegging geven ten belope van het bedrag dat hij vaststelt (art. 989, eerste lid Ger.W.). Ingeval de aangestelde partij niet tot uitvoering overgaat, kan de meest gerede partij de deskundige daarvan ook op de hoogte brengen (art. 987, vijfde lid Ger.W.). Sedert de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 bepaalt artikel 989, derde lid Ger.W. uitdrukkelijk dat de deskundigen desgevallend de vervulling van hun opdracht kunnen schorsen of uitstellen totdat zij op de hoogte zijn gebracht van de consignatie overeenkomstig arti-

¹⁵⁹ Brussel 28 april 1998, *A.J.T.* 1998-99, 529; Rb. Nijvel 27 april 1993, *T.Vred.* 1994, 388.

¹⁶⁰ P. Taelman en B. Van Baeveghem, *l.c.*, 207.

¹⁶¹ GwH 24 februari 2009, *TBO* 2009, 17.

¹⁶² M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 51 en 56.

¹⁶³ GwH 24 februari 2009, *TBO* 2009, 17.

¹⁶⁴ D. Scheers en P. Thiriari, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 193.

¹⁶⁵ B. Vanlerberghe, *l.c.*, 607.

¹⁶⁶ P. Souris, *Manuel*, 141.

¹⁶⁷ Overeenkomstig art. 1017, tweede lid Ger.W. wordt de overheid of de instelling die belast is met inning van de sociale zekerheidsbijdragen, de sociale uitkeringen, evenals met de controle op en de toepassing van de ter zake geldende regelgeving, steeds in de kosten verwezen ter zake van vorderingen ingesteld door of tegen de sociaal verzekerden persoonlijk, behalve wanneer het geding tergend en roekeloos is ingesteld. Deze beperking van de beoordelingsvrijheid van de rechter vindt dus geen toepassing in bouwzaken. Zie over art. 987, eerste lid Ger.W. D. Scheers en P. Thiriari, “Repareer de reparatie! De aanpassingen door de wet van 30 december 2009 inzake het deskundigenonderzoek”, *RW* 2009-10, 1423-1424.

¹⁶⁸ D. Scheers en P. Thiriari, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 193-195.

¹⁶⁹ P. Taelman en B. Van Baeveghem, *l.c.*, 218.

¹⁷⁰ Amendement nr. 29 van mevrouw Van Cauter *c.s.*, *Parl.St.* Kamer, 2009-10, nr. 2161/004, p. 17.

kel 987, vierde lid Ger.W.¹⁷¹ Door het gebruik van de termen “schorsen of uitstellen” wordt niet alleen de situatie bedoeld waarin de expertisewerkzaamheden nog geen aanvang hebben genomen, maar ook het geval waarin de gerechtsdeskundige een reeds opgestart deskundigenonderzoek schorst tot op het ogenblik van consignatie van een bijkomend voorschot. De meest gereede partij kan ook zelf het voorschot in consignatie geven (art. 987, tweede lid Ger.W.). De betalende partij bezorgt de deskundige een bewijs van betaling (art. 987, vierde lid Ger.W.).

133. Indien de deskundige meent dat het voorschot niet volstaat, kan hij de rechter om de consignatie van een bijkomend voorschot verzoeken (art. 988, eerste lid Ger.W.). De rechter weigert de bijkomende consignatie van het voorschot wanneer hij van oordeel is dat die niet redelijk verantwoord is. Deze beslissing wordt met redenen omkleed (art. 988, derde lid Ger.W.).

134. De wet voorziet tenslotte in de mogelijkheid dat de Koning bij een in Ministerraad overlegd besluit de nadere regels van de consignatie bepaalt (art. 987, eerste lid Ger.W.).

b) *Vrijgave van het voorschot*

135. De rechter kan het redelijk deel van het voorschot bepalen dat wordt vrijgegeven teneinde de kosten van de deskundige te dekken (art. 987, derde lid Ger.W.). De deskundige die btw-plichtig is, moet dit sedert de inwerkingtreding van de wet van 30 december 2009 aan de rechter melden. De rechter bepaalt dan uitdrukkelijk of het vrijgegeven bedrag al dan niet moet vermeerderd worden met de btw.

136. In voorkomend geval stort de griffie of de kredietinstelling het vrijgeven deel door naar de deskundige (art. 987, zesde lid Ger.W.).

137. Indien de deskundige meent dat het vrijgegeven deel van het voorschot niet volstaat, kan hij de rechter om de verdere vrijgave verzoeken (art. 988, eerste lid Ger.W.). Dit verzoek kan aan de rechter worden gericht bij een gewone brief die de redenen opgeeft waarom een verdere vrijgave noodzakelijk is.¹⁷² Verdere vrijgave is ook mogelijk om een redelijk deel van het ereloon voor de reeds uitgevoerde werkzaamheden te dekken (art. 988, tweede lid Ger.W.). De rechter weigert de verdere vrijgave van het voorschot wanneer hij van oordeel is dat die niet redelijk verantwoord is. Deze beslissing wordt met redenen omkleed (art. 988, derde lid Ger.W.).

¹⁷¹ Onder de gelding van de wet van 15 mei 2007 werd reeds aangenomen dat de deskundige over deze mogelijkheid beschikte. D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 193; B. VANLERBERGHE, *l.c.*, 607.

¹⁷² D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 196.

138. De deskundige die, wetende dat een rechtstreekse betaling niet toegelaten, deze toch aanvaardt van een partij in het geding, wordt gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met een geldboete van 200 euro tot 1.500 euro of met een van deze straffen alleen (art. 509^{quater} Sw.). De afwijking van de wettelijke regeling wordt met andere woorden strafrechtelijk gesanctioneerd. Artikel 509^{quater} Sw vult aldus ook artikel 987 Ger.W. aan. De strafbepaling strekt er immers de werkzaamheid van het systeem van consignatie te verzekeren.

Een beroep tot nietigverklaring tegen deze beide wetsbepalingen werd afgewezen door het Grondwettelijk Hof.¹⁷³ Het Hof was met name van oordeel dat het feit dat het advies van de deskundige in sommige omstandigheden een beslissende rol kan spelen voor de oplossing van een geschil, redelijkerwijze kan verantwoorden dat de wetgever ten aanzien van de gerechtsdeskundigen specifieke regels inzake betaling invoert doe tot doel hebben de noodzakelijke onpartijdigheid te waarborgen. Het specifieke karakter van de functie van gerechtsdeskundige kan aldus verantwoorden dat voor hun opdracht bijzondere regels gelden, die niet van toepassing zijn op andere beroepen zoals advocaten, gerechtsdeurwaarders, voorlopige bewindvoerders, curatoren of commissarissen inzake opschorting.

2. De staat van kosten en ereloon

139. De gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon van het deskundigenonderzoek vermeldt afzonderlijk (art. 990, eerste lid Ger.W.):

- het uurloon;
- de verplaatsingskosten;
- de verblijfkosten;
- de algemene kosten;
- de bedragen die aan derden zijn betaald;
- de verrekening van vrijgegeven bedragen.

140. Voor verscheidene deskundigen in een zelfde zaak wordt een gedetailleerde gezamenlijke staat van de kosten en het ereloon opgemaakt, met een duidelijke opgave van ieders aandeel (art. 982, derde lid Ger.W.).

141. Indien de deskundige nalaat zijn staat van kosten en erelonen in te dienen, kunnen de partijen de rechter verzoeken deze te begroten (art. 990, tweede lid Ger.W.).

3. Geschillen in verband met het ereloon en de kosten

142. Onder de gelding van de wet van 15 mei 2007 dienden partijen binnen de vijftien dagen na de neerlegging ter griffie van de gedetailleerde staat, schriftelijk aan de rechter mee te delen of zij het eens zijn met het bedrag van het ereloon en de kosten die door de deskundigen werd aangerekend (art. 991, § 1 (oud) Ger.W.). Indien de instemming niet binnen deze termijn werd betuigd, volgde de taxatieprocedure van artikel 991,

¹⁷³ GWH 24 februari 2009, *TBO* 2009, 17.

§ 2 (oud) Ger.W. In de praktijk vergaten partijen regelmatig hun goedkeuring te geven, wat ertoe leidde dat de taxatieprocedure regelmatig diende te worden opgestart.

Om dit te vermijden wordt in het huidige artikel 991, § 1 Ger.W. uitgegaan van het omgekeerde principe.¹⁷⁴ Indien de partijen thans niet binnen de dertig dagen na de neerlegging ter griffie van de gedetailleerde staat hebben meegedeeld dat zij het bedrag van het ereloon en de kosten die door de deskundige worden aangerekend, betwisten, geldt hun stilzwijgen als een aanvaarding. Bij gebreke van betwisting wordt het bedrag van de door de deskundige aangerekende erelonen en kosten begroot onderaan op de minuut van de staat en wordt daarvan een bevel tot tenuitvoerlegging gegeven overeenkomstig het akkoord dat de partijen gesloten hebben, of tegen de partij of partijen, zoals bepaald voor de consignatie van het voorschot.

143. Indien één of meer partijen binnen de termijn van dertig dagen niet akkoord gaan met de staat van kosten en erelonen en hun standpunt met redenen omkleeden, gelast de rechter, overeenkomstig artikel 973, § 2 Ger.W., de oproeping van de partijen teneinde het bedrag van de kosten en het ereloon te begroten (art. 991, § 2, eerste lid Ger.W., zoals gewijzigd door art. 36 van de wet van 30 december 2009). De rechtsdag wordt dus automatisch bepaald en niet langer op verzoek van de partijen of de deskundigen zoals onder de gelding van de wet van 15 mei 2007.¹⁷⁵

144. De rechter stelt het bedrag vast van de kosten en het ereloon onverminderd eventuele schadevergoeding en interesten (art. 991, § 2, tweede lid Ger.W.). Onder de gelding van de wet van 15 mei 2007 bepaalde het derde lid van artikel 991, § 2 Ger.W. Uitsluitend dat de rechter bij de begroting van het ereloon en de kosten van de deskundige “hoofdzakelijk” rekening diende te houden met de zorgvuldigheid waarmee het werk werd uitgevoerd, de nakoming van de vooropgestelde termijnen en de kwaliteit van het geleverde werk (art. 991, § 2, derde lid Ger.W.). Toen reeds werd aangenomen dat de rechter ook rekening kon houden met de hoedanigheid van de deskundigen, de moeilijkheid en de duur van de expertiseverrichtingen en de waarde van het geschil zoals dit vóór de inwerkingtreding van de wet van 15 mei 2007 was bepaald in artikel 982 (oud) Ger.W.¹⁷⁶ De wet van 30 december 2009 heeft daarom het derde lid aangevuld zodat deze criteria thans ook uitdrukkelijk zijn opgenomen in de wettekst, weliswaar slechts als subsidiaire criteria..

Het feit dat een gerechtsdeskundige in zijn eindverslag slechts tot een beperkte schadebegroting komt in verhouding tot de expertisekost, is op zich evenwel geen reden om te oordelen dat de deskundige te veel uren in rekening heeft ge-

bracht.¹⁷⁷ De rechter zal ook de andere criteria in overweging moeten nemen. Nutteloze prestaties van de deskundige worden niet vergoed.¹⁷⁸

145. De rechter verklaart het vonnis uitvoerbaar tegen de partij of partijen zoals bepaald voor de consignatie van het voorschot (art. 991, § 2, vierde lid Ger.W.). Tegen dit vonnis staat verzet en hoger beroep open (art. 963, § 1 Ger.W.).

146. De bedragen van de kosten en erelonen worden in de eindbeslissing als gerechtskosten begroot (art. 991, § 3 Ger.W.).

4. Vrijgave van het saldo van het voorschot

147. Het eerste lid van artikel 991*bis* Ger.W. werd door de wet van 30 december 2009 aangepast aan de gangbare praktijk dat kredietinstellingen bij wie een bedrag is geconsigneerd pas tot uit- of terugbetaling kunnen overgaan nadat zij kennis hebben van de begroting.¹⁷⁹ Aldus nemen deskundigen volgens de huidige wettekst na de definitieve begroting van de staat van de kosten en het ereloon het voorschot op ten belope van de hun verschuldigde som, in voorkomend geval na voorlegging van de begroting aan de kredietinstelling. Het eventuele saldo wordt door de griffier ambtshalve of door de kredietinstelling na voorlegging van de begroting aan de partijen terugbetaald in verhouding tot de bedragen die zij in consignatie moesten geven en die zij ook werkelijk hebben geconsigneerd (art. 991*bis*, eerste lid Ger.W.).

148. Pas nadat hun staat van kosten en ereloon definitief begroot is en voor zover het geconsigneerde voorschot ontoereikend is, mogen de deskundigen een rechtstreekse betaling in ontvangst nemen (art. 991*bis*, tweede lid Ger.W.).

5. Verjaring van de vordering van de deskundige

149. De vordering van deskundigen tot betaling van kosten en erelonen verjaart na verloop van vijf jaar (art. 2276*ter*, § 2 B.W.).

B. De kosten van de eenzijdige minnelijke expertise

1. Bedrag van het ereloon

150. In bouwzaken doen partijen vaak een beroep op eenzijdig aangestelde experts, bijvoorbeeld om een eenzijdig verslag op te stellen dat wordt aangewend om de aanstelling van een gerechtsdeskundige te bekomen, of nog om als technisch raadsman op te treden in de loop van de expertise verrichten. Aangezien dergelijke eenzijdige expertise haar grondslag vindt in een overeenkomst van aanneming van diensten, moeten bij de

¹⁷⁴ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 56-57.

¹⁷⁵ Amendement nr. 31 van mevrouw Déom c.s., *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2161/004, p. 18.

¹⁷⁶ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, 201.

¹⁷⁷ Rb. Antwerpen 21 december 2009, *TBO* 2010, 82.

¹⁷⁸ Gent 24 februari 1995, *P. & B.* 1997, 52.

¹⁷⁹ M.v.T., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II), *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2161/001, p. 57.

bepaling van het bedrag van het ereloon van de eenzijdig aangestelde deskundige uitsluitend de contractuele afspraken tussen de partijen bij die overeenkomst in aanmerking worden genomen.

2. Betaling van het ereloon door de opdrachtgever en terugvorderbaarheid

151. Het ereloon en de kosten van de eenzijdig aangestelde deskundige moeten worden betaald door de partij die hem heeft aangesteld. Deze bedragen maken geen deel uit van de gerechtskosten die door de rechtbank krachtens artikel 1017 Ger.W. ten laste kunnen worden gelegd van de in het ongelijk gestelde partij.

152. In een arrest van het Hof van Cassatie van 2 september 2004 was het Hof evenwel van oordeel dat het ereloon en de kosten van een eenzijdige deskundige die zijn betaald door de benadeelde van een contractuele fout deel kunnen uitmaken van de schade die moet worden vergoed door de contractpartij die is tekort gekomen aan haar contractuele verplichtingen. Daartoe is vereist dat deze erelonen en kosten een noodzakelijk gevolg zijn van de contractuele tekortkoming.¹⁸⁰ Dit is bijvoorbeeld het geval indien de bouwheer tijdens de uitvoering van een tegensprekelijke gerechtsexpertise beroep heeft gedaan op een technisch raadsman wiens opmerkingen ertoe hebben geleid dat de gerechtsdeskundige gemakkelijker de oorzaken van de schade en de herstelwijze ervan heeft kunnen bepalen.

153. Ook in gevallen van buitencontractuele aansprakelijkheid kan de vergoedingsplicht die krachtens artikel 1382 B.W. rust op degene door wiens schuld aan een ander schade wordt veroorzaakt, zich uitstrekken tot de kosten die de benadeelde partij diende te besteden met het oog op de vaststelling van het bestaan en omvang van de schade.¹⁸¹ Tot deze kosten behoren ook het ereloon en de kosten van een eenzijdig aangestelde expert.¹⁸²

154. Het feit dat de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat het bedrag van de kosten en erelonen van advocaten dat kan worden teruggevorderd ten laste van de in het ongelijk gestelde partij beperkt tot de door de Koning vastgestelde forfaitaire bedragen van de rechtsplegingsvergoeding, terwijl de bedragen die de in het gelijk gestelde partij betaalt aan kosten en ereloon van haar technische raadgevers, integraal kunnen worden teruggevorderd in zoverre zij deel uitmaken van de schade die door de dader van een contractuele of buitencontractuele fout moet worden vergoed, maakt geen schending uit van het de artikelen 10, 11 en

13 Gw., al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 6, 13 en 14 EVRM en artikel 1 van het Aanvullend Protocol bij het EVRM.

155. In een arrest van 18 december 2008 was het Grondwettelijk hof met name van oordeel dat de deskundigen en technisch raadgevers die een procespartij adviseren, zich in het licht van de bestreden wetgeving, in een situatie bevinden die wezenlijk verschilt van die van de advocaten die de partijen bijstaan en in rechte vertegenwoordigen.¹⁸³ Terwijl het optreden van een advocaat vrijwel altijd is vereist in het kader van een gerechtelijke procedure, wordt immers minder frequent een beroep gedaan op een technisch raadgever. Evenzo treedt de advocaat doorgaans op gedurende de hele procedure, waardoor tussen hem en zijn cliënt een bijzondere verhouding ontstaat, terwijl het optreden van de technisch raadgever doorgaans zeer gericht is, wanneer hij advies moet uitbrengen over een welbepaald aspect van het geschil. Aangezien de keuze van de wetgever om de aangelegenheid te regelen door de vaststelling van forfaitaire bedragen die ten laste kunnen worden gelegd van de in het ongelijk gestelde partij, redelijk is verantwoord, rechtvaardigen de verschillen die bestaan tussen de advocaten en de technisch raadgevers ten aanzien van hun plaats in het proces en de aard van hun optreden, dat de wetgever de specifieke regeling die hij heeft aangenomen voor de verhaalbaarheid van de kosten en erelonen van advocaten niet heeft uitgebreid tot alle andere raadgevers die eventueel in een gerechtelijke procedure kunnen optreden.

156. In het oorspronkelijke ontwerp van de wet van 15 mei 2007 werd in het voorgestelde artikel 985, vierde lid Ger.W. bepaald dat iedere partij de kosten diende te dragen van haar technische raadgevers.¹⁸⁴ In een amendement nr. 24 werd bovendien voorgesteld om in deze wetsbepaling ook uitdrukkelijk op te nemen dat de kosten van de technische raadgevers in de eindbeslissing konden worden begroot als gerechtskosten om conflicten met de rechtspraak van het Hof van Cassatie te vermijden.¹⁸⁵ Uiteindelijk werd amendement 24 ingetrokken zodat het principe van de verhaalbaarheid van de kosten van technische bijstand in de vorm van gerechtskosten niet werd ingeschreven in de wet.¹⁸⁶ Anderzijds werd ook de bepaling dat iedere partij de kosten dient te dragen van haar technische raadgevers geschrapt.¹⁸⁷

¹⁸³ GwH 18 december 2008, *RW* 2008-09, 1217.

¹⁸⁴ Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2540/001, 35.

¹⁸⁵ Toelichting bij amendement nr. 24 van de heer Borginon bij het Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2540/005, 7-8.

¹⁸⁶ Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door mevrouw Valérie Déom, *Parl.St.* 2006-07, nr. 2540/007, p. 20.

¹⁸⁷ Amendement nr. 33 van mevrouw Déom, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2540/006, p. 2; Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door mevrouw Valérie Déom, *Parl.St.* 2006-07, nr. 2540/007, p. 20.

¹⁸⁰ Cass. 2 september 2004, *TBBR* 2004, 461.

¹⁸¹ Cass. 28 februari 2002, *RGAR* 2003, nr. 13754, noot F. GLANS-DORFF en *De Verz.* 2002, 701, noot P. GRAULUS.

¹⁸² Zie ook in onteigeningszaken: Cass. 5 mei 2006, *NjW* 2007, 412, noot W. RASSCHAERT.

Contractuele aansprakelijkheid in het bouwrecht

Rechtspraakoverzicht 1999-2009

Benoît Kohl
Advocaat Stibbe, Docent Universiteit Luik

Maarten Hoebeeck
Advocaat Stibbe

Inleiding

Dit artikel poogt een overzicht te geven van enkele aandachtspunten en toonaangevende rechterlijke uitspraken met betrekking tot de contractuele aansprakelijkheid in het bouwrecht van de laatste tien jaar (het gaat om vonnissen en arresten gepubliceerd tussen 1999 en 2009). Daarbij ligt de nadruk voornamelijk op de feiten en op de toegepaste rechtsregels. Telkens worden eerst de onderliggende regels gesitueerd, waarna die worden geïllustreerd met voorbeelden uit de rechtspraak. Het overzicht beperkt zich bijna uitsluitend tot de rechtspraak, met, waar nuttig, verwijzingen naar de toepasselijke regelgeving. De rechtsleer komt slechts beperkt aan bod en dan vooral met het oog op verduidelijking van bepaalde opmerkelijke beslissingen.¹

Het rechtspraakoverzicht is verder opgedeeld in zes hoofdstukken die respectievelijk de aansprakelijkheid van de aannemer, de aansprakelijkheid van de architect, de aansprakelijkheid van de onderaannemer, de aansprakelijkheid van de leverancier, de overgang van accessoria en de mogelijke remedies behandelen.

Gelet op de ons opgelegde beperkingen met betrekking tot deze studie, beoogt dit artikel geenszins een limitatief overzicht te geven van alle rechtspraak inzake het bouwrecht in de onderzochte periode.

I. Aansprakelijkheid van de aannemer

A. Verplichtingen van de aannemer

1. Regels van de kunst

De aannemer is er niet alleen toe gehouden het hem toevertrouwde werk uit te voeren volgens de plannen, het lastenboek en eventueel de vooraf overeengekomen kostenraming maar dient ook te allen tijde rekening te houden met de regels van de kunst.²

Zo bevestigde het Hof van Cassatie in zijn arrest van 2 februari 2006³ dat de regels van de kunst inherent deel uitmaken van elke aannemingsovereenkomst, of dat nu contractueel is bedongen of niet. Het Hof baseerde zich daarvoor op artikel 1135 van het Burgerlijk Wetboek dat stelt dat overeenkomsten niet alleen verbinden tot hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend. Een aannemer die onder de arm werd genomen om een verwarmingsinstallatie te plaatsen op een houten vloer, had dan ook, hoewel dit in de overeenkomst met de opdrachtgever niet expliciet was voorzien, een brandvrije sokkel moeten monteren of minstens de opdrachtgever moeten wijzen op de risico's van het rechtstreeks plaatsen van een der-

¹ Voor een recent algemeen overzicht van het contractuele aansprakelijkheidsrecht in het bouwrecht, zie o.a. S. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENPOEL en K. WILLEMS, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, 1411; A. DELVAUX, B. DE COCQUEAU, F. POTTIER en R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, Waterloo, Kluwer, 2009.

² Zie o.a. P.A. FORIERS, « Les obligations de l'entrepreneur : les sanctions de l'inexécution » in M. VANWIJCK-ALEXANDRE (ed.), *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, CUP, n° 63, Brussel, Larcier, 2003, 17; M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX en F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise - Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Brussel, Larcier, 2001, 81-89; T. STAROSSELETS, « Le contrat d'entreprise immobilière », in *Guide juridique de l'entreprise*, t. III., 2e éd., Brussel, Kluwer, 2004, liv. 35.1, 29-31; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk. Het gemeenschappelijk dienstencontract in Recht en Onderneming*, Brugge, die Keure, 2003, 695-721.

³ Cass. 2 februari 2006, *Pas.* 2006, afl. 2, 265, *RW* 2008-09, 926.

gelijke verwarmingsketel op een houten vloer. *In casu* behoorde het immers tot de regels van de kunst om een brandvrije sokkel te monteren tussen een verwarmingsinstallatie en een houten vloer. Als professionele vakman had de aannemer daarvan op de hoogte moeten zijn. Het Hof van Cassatie concludeerde dan ook dat de aannemer die zich niet houdt aan de regels van de kunst een contractuele wanprestatie begaat ten aanzien van zijn opdrachtgever, ongeacht het feit dat het uitvoeren van de opdracht volgens de regels van de kunst niet uitdrukkelijk in de overeenkomst was bedongen.

Om te beoordelen of een werk al dan niet volgens de regels van de kunst is uitgevoerd, kan de rechter terugvallen op de technische normen die op dat werk van toepassing zijn. Daarbij spelen de normen, uitgewerkt door het Bureau voor Normalisatie dat werd opgericht krachtens de wet van 3 april 2003 betreffende de normalisatie⁴, een belangrijke rol, aangezien deze normen volgens artikel 3 van die wet “*de regels van goed vakmanschap weergeven die, op het ogenblik dat ze werden aangenomen, gelden voor een bepaald product, een bepaald procédé of een bepaalde dienst*”. Deze normen vormen dus als het ware de technische fiche van een bepaalde product of een bepaalde dienst. Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met eventuele ontwikkelingen van bestaande Europese en internationale normen en regelgeving.

Het niet respecteren van deze normen die immers de regels van goed vakmanschap weergeven, vormt een schending van de regels van de kunst en maakt bijgevolg een fout uit in hoofde van de professionele aannemer, zelfs indien in de aannemingsovereenkomst niet de minste verwijzing naar deze normen was opgenomen. Daarentegen impliceert het feit dat de bestaande technische normen wel werden gerespecteerd niet automatisch dat de aannemer geen fout heeft begaan bij de uitvoering van de werken. De technische normen bevatten immers slechts de minimumvereisten met betrekking tot een bepaald product of een bepaald procédé, zodat het respect voor deze normen niet uitsluit dat de rechter toch een fout weerhoudt in hoofde van de aannemer.⁵

2. Informatieplicht

a) *Informatieplicht van de aannemer ten aanzien van de bouwheer en de architect*

Afgezien van de materiële en intellectuele prestaties die de kerntaak vormen van de contractuele verplichtingen van de aannemer, zag de aannemer zich, in zijn hoedanigheid van specialist ter zake, mettertijd meer en meer belast met een heuse informatie- en adviesverplichting ten aanzien van de bouwheer. Aan de basis van die informatieplicht lag de regel

van artikel 1134 B.W., die stelt dat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebracht.

Op grond van die informatieplicht, zoals nader uitgewerkt in de rechtspraak en rechtsleer, is de aannemer ertoe gehouden de bouwheer in te lichten over de mogelijke gevolgen en moeilijkheden van de voorgenomen werken en over zijn raming van het budget dat nodig zal zijn voor de uitvoering ervan. De aannemer is bovendien verplicht om de bouwheer te informeren en te raadplegen over de verschillende uitvoeringsmogelijkheden die hem ter beschikking staan en om hem te betrekken in zijn beslissing over de aan te wenden methodes. Kortom, de aannemer is er te allen tijde toe gehouden de opdrachtgever in te lichten omtrent de draagwijdte en de inhoud van zijn diensten. Bij het uitoefenen van zijn informatieplicht, moet de aannemer bovendien rekening houden met de expertise (of het gebrek daaraan) van de bouwheer: de informatieplicht die rust op de aannemer is heel wat zwaarder indien zijn opdrachtgever een absolute leek is met betrekking tot de gevraagde prestaties.⁶

Zo stelde het hof van beroep van Luik een dakdekker aansprakelijk wegens een tekortkoming aan zijn informatieverplichting, omdat hij een dichtingswerk had uitgevoerd zonder de bouwheer er attent op te maken dat de specifieke toestand van het dak in kwestie een bijkomende behandeling vereiste.⁷ Ook de aannemer die zijn opdrachtgever er niet op wijst dat een bepaalde verwarmingsinstallatie te groot is voor de bestaande situatie, schiet, volgens het Brusselse hof van beroep, tekort bij de uitvoering van zijn informatieplicht jegens de bouwheer.⁸

In zijn vonnis van 4 februari 1998⁹ verduidelijkte de Rechtbank van Koophandel van Hasselt deze informatieverplichting: de rechtbank stelde immers dat de bijzondere bekwaamheid van de schuldeiser van de informatieverplichting in aanmerking kan worden genomen ter verzwarende van de van hem geëiste verplichting zich op de hoogte te stellen. Wat aldus een verborgen gebrek uitmaakt voor een particulier, is het niet noodzakelijk voor een vakman. Teneinde de bijzondere bekwaamheid van de schuldeiser van de informatieverplichting te beoordelen, moet volgens de rechtbank rekening worden gehouden met zijn beroep, indien het een vakman betreft, of met zijn eventuele bijzondere kennis. Wanneer de voor de schuldeiser belangrijke informatie een gespecialiseerd karakter vertoont en de schuldenaar er kennis van heeft, heeft de schuldeiser, tenzij hij een vakman is, dan ook niet de verplichting zich op de hoogte te stellen nopens die gespecialiseerde informatie. De rechtbank ging echter nog een stapje verder en stelde dat de informatieverplichting van de schuldenaar vermindert, indien de schuldeiser van de informatie wordt bijgestaan door een raadsman of een specialist ter zake, aangezien de beslissing van de schuldeiser dan bij voorrang wordt bepaald door het

⁴ Wet van 3 april 2003 betreffende de normalisatie, *B.S.* 27 mei 2003.

⁵ K. UYTTERHOEVEN, “De toepassing van technische normen in de bouwsector en de aansprakelijkheid van de ontwerper”, *TBO* 2008, 207. Zie ook R. SIMAR, « Les normes techniques et la responsabilité », *T.Aann.* 2007, 7.

⁶ Zie hieromtrent o.a. M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX en F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Brussel Larcier, 2001, 89-119.

⁷ Luik 5 december 1997, *T.Aann.* 1999, 61, noot C. COLLON.

⁸ Brussel 25 maart 1999, *T.Aann.* 1999, 261.

⁹ Kh. Hasselt 4 februari 1998, *RW* 1999-2000, 823.

advies van zijn raadgever. De aannemer die de bouwheer er niet van had verwittigd dat de halvering van het vermogen van een verwarmingsinstallatie ertoe zou leiden dat de oorspronkelijk vooropgestelde temperatuur niet zou worden gehaald, kwam volgens de rechtbank dan ook niet tekort aan zijn informatieverplichting, aangezien de bouwheer *in casu* werd bijgestaan door een architect, die dat als professioneel wel had moeten weten en aan de bouwheer had moeten melden.

De informatieplicht van de aannemer speelt niet enkel in de verhouding tot de bouwheer, maar is ook aan de orde in de relatie met de architect. De aannemer en de architect zijn er immers toe gehouden elkaars werkzaamheden te controleren en elkaar te wijzen op eventuele fouten en tekortkomingen die bij de uitvoering van de werken aan het licht komen. Het arrest van 3 juni 2002 van het hof van beroep te Bergen vormt daarvoor een mooi voorbeeld.¹⁰ In deze zaak benadrukten de rechters dat de aannemer meer is dan louter de uitvoerder van de plannen van de architect en dat hij zich daar bijgevolg niet toe mag beperken. De algemene aannemer die een gebrek in het ontwerp van de architect ontdekt of dit had moeten ontdekken, aangezien het gebrek tot de bevoegdheden en de kennis van elk ander normaal algemeen aannemer behoorde, is er op grond van het principe van de wederzijdse controle van elkaars fouten, dan ook toe gehouden dit gebrek te melden aan de architect en aan de bouwheer. De aannemer die dit niet meldt begaat een contractuele wanprestatie. Dit was wel degelijk het geval in onderhavige zaak. De woning was opgericht op een 'terreplein' en zonder kruipkelder, wat riskant was op een ondergrond die bestaat uit kleiaarde (nu dergelijk ondergrond weinig poreus is en dus weinig water doorlaat). Het Hof stelde vast dat de kleistructuur van de ondergrond op het eerste zicht kon worden vastgesteld zonder dat hiertoe een bijzonder bodemonderzoek diende te worden uitgeweerd. Om die redenen oordeelde het Hof dat de aannemer aansprakelijk was voor het niet melden van deze ontwerpfout, nu de vaststellingen ervan en de wetenschap dat klei waterdragend is er dus voor stijgende vochtproblemen kunnen zorgen binnen de competenties van een normaal en zorgvuldig aannemer valt.

Diezelfde redenering werd aangehouden door de vrede-rechter van Doornik in zijn vonnis van 17 oktober 2000.¹¹ Een aannemer, die bij de uitvoering van riolerings- en afvoerwerken op een ontwerpfout van de architect stuitte en de architect daarvan niet op de hoogte bracht, werd door de rechter dan ook aansprakelijk geacht wegens een tekortkoming aan zijn informatie- en adviesverplichting. Het feit dat de aannemer gespecialiseerd was in de uitvoering van sanitaire werken, speelde daarbij een versterkende rol.

In een arrest van het hof van beroep te Luik van recentere datum, werd de wederzijdse controleplicht van de aannemer en de architect nogmaals bevestigd.¹² In deze zaak schakelde de opdrachtgever een architect en een aannemer in om de ernstige vochtproblemen in zijn woning, ingevolge de onderliggende bronnen, op te lossen. Bij het uitwerken van een oplos-

sing beging de architect echter een ontwerpfout waarvoor hij door het Hof aansprakelijk werd geacht. De rechters waren echter van oordeel dat ook de aannemer in de fout was gegaan, door zich te beperken tot het uitvoeren van de oplossing van de architect, waarvan hij als vakman en op grond van zijn ervaring had moeten weten dat die niet volstond. Aangezien de aannemer bijgevolg niet had gehandeld als een zorgvuldig vakman door de architect niet op zijn fout te wijzen, werd ook hij mede aansprakelijk geacht. Het hof van beroep veroordeelde de architect en de aannemer dan ook *in solidum* (respectievelijk voor twee derden en voor één derde) voor de ingevolge hun fout ontstane schade.

b) *Plicht van de aannemer om de nodige informatie in te winnen*

Naast zijn verplichting om de bouwheer en de architect te informeren over de draagwijdte van zijn diensten, is de aannemer er ook toe gehouden zelf de nodige informatie in te winnen en daarnaar te handelen. Zo is de aannemer verplicht om, voorafgaand aan de uitvoering van zijn opdracht, zich te verzekeren van de uitvoerbaarheid van de voorgenomen werken en moet hij controleren of de werken, voorafgaand aan en noodzakelijk voor zijn tussenkomst, naar behoren zijn uitgevoerd. De aannemer moet nagaan of de bestaande omstandigheden toestaan dat het werk correct wordt uitgevoerd. Bovendien is de aannemer er toe gehouden de overeenstemming te controleren van het werk dat hij voorstelt met het gebruik dat de bouwheer er, eenmaal het werk beëindigd is, van zal maken.

In zijn arrest van 11 januari 2000 stelde het Hof van Beroep van Luik een tuinaannemer aansprakelijk wegens een tekortkoming aan zijn verplichting om hem, voorafgaandelijk aan de uitvoering van de werken, naar behoren te informeren over de bestaande toestand en de uitvoerbaarheid van de werken.¹³ De rechters stelden dat de aannemer die bepaalde bouwwerken rondom een oude hoeve aanvat, waarbij hij enkel beschikt over een studie van de ondergrond van een technicus die geen gediplomeerd architect is en die bijgevolg ook niet dezelfde kwaliteitswaarborgen kan bieden als een architect, niet onwetend kon zijn over het feit dat hij onvoldoende informatie bezat over de juiste toestand van de ondergrond. Door zeer zware machines in te zetten op de ondergrond, zonder een architect te raadplegen over de juiste toestand van de ondergrond, beging hij volgens de rechters dan ook een contractuele wanprestatie, aangezien hij, als specialist ter zake, wist of had moeten weten dat de tussenkomst van een architect noodzakelijk was om enige schade aan de omliggende woningen te vermijden.

Ook de aannemer die nalaat te controleren of de weersomstandigheden de correcte uitvoering van de werken niet onmogelijk maken en de bouwheer daar niet voor waarschuwt, komt tekort aan zijn verplichting om informatie in te winnen en de bouwheer te informeren.¹⁴

¹⁰ Bergen 3 juni 2002, *RGAR* 2003, 13765.

¹¹ Vred. Doornik 17 oktober 2000, *JLMB* 2001, 233.

¹² Luik 11 januari 2007, *JLMB* 2008, 1108.

¹³ Luik 11 januari 2000, *RGAR* 2001, nr. 13397, *JT* 2000, 684, *Res Jur. Imm.* 2002, 134.

¹⁴ Antwerpen 2 april 2001, *T.Aann.* 2002, 229.

Uit het arrest van 5 juni 2003 van het hof van beroep van Gent¹⁵ blijkt dat een aannemer bij de uitvoering van de werken niet zomaar genoeg mag nemen met de verklaring van de bouwheer in de overeenkomst, maar op grond van zijn zorgvuldigheidsplicht ook zelf onderzoek moet uitvoeren. De feiten van de zaak waren als volgt: een aannemer werd belast met het uitgraven van de pijlers van een brug ter hoogte van een verkeerswisselaar op de kruising van de A17 en de A19. Aangezien dergelijke werken niet tot de normale activiteiten van de aannemer behoorden, deed hij daarvoor beroep op een onderaannemer die gespecialiseerd was in de uitvoering van grondwerken. In de overeenkomst tussen hen beiden was bedongen dat de hoofdaannemer de liggingplannen van eventuele ondergrondse kabels moest opvragen en de aanwezigheid van dergelijke kabels moest nagaan. Hoewel de hoofdaannemer hem die plannen nog niet had bezorgd vatte de onderaannemer toch al de werken aan en bracht daarbij schade aan aan twee ondergrondse kabels. De onderaannemer betwistte zijn verantwoordelijkheid voor de aldus ontstane schade op basis van zijn overeenkomst met de hoofdaannemer door te beweren dat deze laatste er contractueel toe gehouden was hem te waarschuwen over de ligging van de kabels. Het Hof hield er echter een andere mening op na: als aannemer van grondwerken diende de onderaannemer te weten dat hij de graafwerken niet mocht aanvatten zonder in het bezit te zijn van de liggingplannen en zonder de aanwezigheid van ondergrondse kabels ter plaatse te hebben nagegaan, zeker aangezien de werken moesten worden uitgevoerd langs een autostrade, waar de mogelijke aanwezigheid van ondergrondse kabels volgens de rechters voor de hand ligt. Dat de hoofdaannemer op grond van de overeenkomst ten aanzien van de onderaannemer gehouden was de plannen op te vragen, deed volgens de rechters geen afbreuk aan de fout van de onderaannemer. De rechters besloten dan ook dat de schade aan de kabels in gelijke mate te wijten was aan beide aannemers.¹⁶

c) *Aansprakelijkheid van de aannemer voor een ongeschikte beslissing van de bouwheer of bouwpromotor*

In het geval dat de bouwheer, ondanks de waarschuwingen van de aannemer, kiest voor een ongepaste oplossing of een ongeschikte methode, dient de aannemer, om te vermijden dat zijn aansprakelijkheid in het gedrang komt, zijn verdere medewerking bij de uitvoering van de werken te ontzeggen of, in-

dien hij de werken toch nog uitvoert, minstens het nodige voorbehoud te maken. De aannemer zal immers slechts kunnen ontsnappen aan zijn aansprakelijkheid voor de eventuele gebreken die voortvloeien uit de ongeschikte keuze van de bouwheer, indien hij de bouwheer naar behoren geïnformeerd heeft over de gevolgen van zijn keuze en indien de mogelijke gebreken niet van die aard zijn dat ze de stevigheid en de stabiliteit van het gebouw aantasten (de artt. 1792 en 2270 B.W. aangaande de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer en architect raken immers de openbare orde, zie *infra*).

Het Hof van Beroep van Brussel bevestigde deze stelling en stelt dat een loodgieter zich niet kan verschuilen achter de instructies van de bouwpromotor en de inhoud van het lastenboek, die duidelijk in strijd waren met de regels van de kunst, om aan zijn aansprakelijkheid voor de gebreken in de uitvoering van de werken te ontkomen, aangezien hij daaromtrent geen opmerkingen had gemaakt en geen enkel voorbehoud had geformuleerd bij het lastenboek en de instructies van de bouwpromotor, wanneer die zich aandienen.¹⁷

3. Uitvoeringstermijn

De aannemer is ertoe gehouden de werken uit te voeren binnen de daarvoor overeengekomen termijn, of bij gebrek daaraan, binnen een redelijke termijn, rekening houdend met de omstandigheden en de aard van de werkzaamheden.¹⁸ Deze verplichting vormt een resultaatsverbintenis in hoofde van de aannemer. Het feit dat de vooropgestelde uitvoeringstermijn niet werd nageleefd, volstaat dan ook opdat de aannemer aansprakelijk zou zijn, geen bijkomende fout moet worden aangetoond. De aannemer kan enkel ontsnappen aan zijn aansprakelijkheid voor de laattijdige uitvoering, door overmacht of een vreemde oorzaak te bewijzen.

Op grond van deze regels, stelde het hof van beroep van Brussel¹⁹ terecht dat een aannemer niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de vertraging in de uitvoering van de werken, die het gevolg is van bijkomende werken die door de bouwheer en de architect aan de aannemer worden opgelegd, indien de aannemer de bouwheer en de architect correct en tijdig verwittigt dat die bijkomende werken enige vertraging zullen opleveren. Het feit dat noch de bouwheer noch de architect die verwittiging beantwoordt, doet daaraan geen afbreuk en mag worden beschouwd als een stilzwijgende aanvaarding van hunnentwege.

In zijn arrest van 29 oktober 2002 bevestigde het Antwerpse hof van beroep nogmaals dat, indien geen uitvoeringstermijn werd bepaald, het werk enkel binnen een redelijke termijn diende te worden uitgevoerd. Bij het beoordelen van die redelijke termijn, dient volgens de rechters rekening te worden gehouden met de nalatigheid van de gerechtsexpert om de

¹⁵ Gent 5 juni 2003, *De Verz.* 2004, 94, noot P. FONTAINE; *TGR-TWVR* 2004, 206.

¹⁶ Omtrent de aansprakelijkheid van de aannemer i.v.m. schade aan kabels en leidingen is zoveel rechtspraak bekend dat het het voorwerp kan uitmaken van een volledige rechtspraakronde. Voor een recent overzicht, zie o.a.: W. ABBELOOS, "Werken in de omgeving van kabels en leidingen", *T. Aann.* 2007, 33; L. VAN DORPE, "De wettelijke grondslag van aansprakelijkheid inzake schade aan nutsleidingen", *TGR* 2008, 327; K. UYTTERHOEVEN, "Ondergrondse constructies in het Belgische aansprakelijkheidsrecht" in *Ondergrondse constructies in het Belgische en Nederlandse recht in Ius Commune Europaeum*, nr. 67, Antwerpen, Intersentia, 2007, 51.

¹⁷ Brussel, 16 november 2001, *Res. Jur. Imm.* 2002, 68.

¹⁸ Zie o.a. L. SIMONT, J. DE GAVRE en P.A. FORIERS, « Examens de jurisprudence (1988-1991). Les contrats spéciaux », *RCJB* 1999, 813-814, n° 188.

¹⁹ Brussel 28 juni 2001, *Res. Jur. Imm.* 2001, 79.

door de aannemer gevraagde inlichtingen tijdig over te maken.²⁰

Tot slot kan er nog aan worden herinnerd dat het gebruikelijk is om in aannemingsovereenkomsten een schadebeding op te nemen dat voorziet in een schadevergoeding voor het geval dat de aannemer, door zijn fout, vertraging veroorzaakt bij de uitvoering van de werken.

4. Risico-overdracht

Zolang de bouwwerken niet zijn opgeleverd, ligt het risico voor het geheel of gedeeltelijk tenietgaan van de zaak bij de aannemer. Dit algemeen aanvaarde principe wordt mooi geïllustreerd door het arrest van 19 maart 2004 van het hof van beroep te Gent.²¹ In deze zaak was het daktimmerwerk waarvoor de bouwheer een beroep had gedaan op een aannemer, nog niet helemaal afgewerkt en nog niet opgeleverd, toen het door een hevige windstoot met een snelheid van 104 km/u werd opgetild en bij het neerkomen aanzienlijke schade berokkende. De aannemer probeerde zijn aansprakelijkheid voor de aldus ontstane schade nog af te wentelen door zich te beroepen op overmacht, maar dat argument werd door het Hof niet aanvaard. De rechters waren immers van oordeel dat de ter zake optredende windsnelheden van 104 km/u – zelfs al was het 140 km/u geweest – lang niet uitzonderlijk zijn voor België op het einde van de maand mei – wanneer het incident zich voordeed – en bijgevolg geen overmacht kunnen uitmaken.

B. Voorwaarden van de aansprakelijkheid van de aannemer

1. Inspannings- of resultaatsverbintenis

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie kan een aannemer overeenkomstig het gemeen recht alleen dan contractueel aansprakelijk worden gesteld als hij tekort komt aan één van de verbintenissen uit de overeenkomst. De feitenrechter dient daarbij telkens na te gaan of de verbintenis waarvan de aannemer wanuitvoering wordt verweten een resultaats- dan wel een inspanningsverbintenis is.²²

De kwalificatie van een verbintenis als inspannings- of als resultaatsverbintenis is van determinerend belang voor de toepassing van het foutcriterium en aansluitend daarbij, voor de bewijslast in hoofde van de bouwheer. Indien een bepaalde

verbintenis wordt gekwalificeerd als een resultaatsverbintenis, volstaat het voor de bouwheer immers om aan te tonen dat het vooropgestelde resultaat niet werd behaald, opdat de aannemer aansprakelijk zou zijn. De aannemer kan dan enkel ontkomen aan zijn aansprakelijkheid als hij kan bewijzen dat het niet behalen van het vooropgestelde resultaat te wijten is aan overmacht of aan een vreemde oorzaak.²³ Bij een inspanningsverbintenis daarentegen, is de bewijslast die op de bouwheer rust heel wat zwaarder: in dat geval volstaat het niet om aan te tonen dat het vereiste resultaat niet werd gehaald, maar moet de bouwheer aantonen dat de aannemer niet alle nodige en nuttige inspanningen heeft geleverd om dat resultaat te bereiken. Hij moet dan bewijzen dat de aannemer zich niet gedragen heeft als een normale, zorgvuldige aannemer in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan.²⁴

Verbintenissen worden ingedeeld in resultaats- en inspanningsverbintenissen naar gelang hun intensiteit. Ter herinnering, een verbintenis wordt beschouwd als een resultaatsverbintenis indien uit de overeenkomst blijkt dat de schuldenaar zich ertoe verbindt een bepaald resultaat te zullen behalen en als een inspanningsverbintenis indien hij enkel belooft alle mogelijke inspanningen te zullen doen om een welbepaald resultaat te bekomen.

Om de aard (resultaats- of inspanningsverbintenis) van een bepaalde verbintenis te bepalen, moet bijgevolg in de eerste plaats worden nagegaan of de wetgever de intensiteit van de verbintenissen die op de partijen rusten, niet uitdrukkelijk heeft bepaald. Indien de toepasselijke wetgeving echter geen dwingende regels voorschrijft, is het van belang om de overeenkomst zelf er op na te lezen. In vele overeenkomsten drukken de partijen immers expliciet of impliciet hun bedoeling uit om een bepaalde verbintenis te beschouwen als een resultaats-, dan wel als een inspanningsverbintenis. Indien ook uit de overeenkomst niets kan worden afgeleid, moet de rechter terugvallen op het criteria van het toeval, dat door de rechtspraak veelvuldig wordt toegepast: indien de goede uitvoering van een verbintenis voornamelijk afhangt van de schuldenaar van die verbintenis gaat het om een resultaatsverbintenis, indien de uitvoering van die verbintenis echter ook afhangt van allerhande toevalligheden waarop de schuldenaar geen invloed heeft, moet die verbintenis worden beschouwd als een inspanningsverbintenis.

Zo werd bijvoorbeeld de verbintenis van een aannemer om dakbedekkingswerken uit te voeren, speciaal aangepast aan een woongebouw, zonder daarbij schade door insijpeling te veroorzaken, door de rechtspraak reeds herhaaldelijk beschouwd als een resultaatsverbintenis.²⁵

²⁰ Antwerpen 29 oktober 2002, *NjW* 2003, 964, noot W. GOOSSENS. Dit arrest betreft ook de invloed van niet-gevraagde werken op de aannemingsprijs. Zoals W. GOOSSENS opmerkt in zijn commentaar, sluit het Hof van beroep in dit arrest aan bij de restrictieve interpretatie van de toepassingsvoorwaarden van art. 1793 B.W. en acht dit wetsartikel (dat een voorafgaande schriftelijke toestemming van de eigenaar voor de meerwerken en de prijs ervan eist) niet van toepassing is op overeenkomsten voor de verbouwing van een goed.

²¹ Gent 19 maart 2004, *De Verz.* 2005, 159.

²² Zie bijvoorbeeld Cass. 5 december 2002, *JT* 2003, 228, *Arr.Cass.* 2002, 2662, *JLMB* 2003, 628, *Pas.* 2002, 2339, *RGAR* 2004, 13938, *RW* 2005-06, 420, noot A. VAN OEVELEN, *TBBR* 2004, 203, noot W. GOOSSENS, *Verkeersrecht* 2003, 102.

²³ In die zin: Brussel 28 juni 2001, *Res. Jur. Imm.* 2001, 79.

²⁴ Voor een recente bespreking van het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenis i.v.m. de aannemingsovereenkomst, zie o.a. J. DEWEZ, « Responsabilité de l'entrepreneur: de l'obligation de résultat à l'obligation de moyens », *TBBR* 2009, 106-108. Zie ook S. DE COSTER, "De aansprakelijkheid na oplevering voor (lichte) verborgen gebreken. Grondslag en toepassingsvoorwaarden", *T.Aann.* 1989, 365.

²⁵ Luik 5 december 1997, *T.Aann.* 1999, 61; Antwerpen 20 oktober 1999, *T.Aann.* 2000, 319.

In zijn arrest van 19 maart 2002²⁶ benadrukte het Antwerpse hof van beroep dat de vraag of de verbintenis van een aannemer een inspannings- of een resultaatsverbintenis is, moet worden beantwoord in het licht van de wil van de partijen, rekening houdende met de risico's die eigen zijn aan het nagestreefde doel, de mate waarin de aannemer gespecialiseerd is, de rol die heeft gespeeld bij de conceptie van het werk, de verduidelijking van de verplichtingen die hij op zich moest nemen en de mate waarin het verwachte resultaat kon worden bereikt. *In casu* werd een aannemer belast met de aanleg van een oprit aan de woning van de bouwheer. Het contract tussen hen beiden bestond enkel uit de door de bouwheer “voor akkoord” ondertekende offerte van de aannemer, zonder enige toevoeging van legplannen en uitvoeringsdetails door de bouwheer. Het Hof oordeelde dan ook dat, wanneer de bouwheer vooraf geen gedetailleerde plannen meedeelt, de aannemer daarmee geen rekening kan houden bij het opstellen van zijn offerte of bij de latere uitvoering van het werk. Bij gebrek aan nadere uitvoeringsplannen moest volgens de rechters van het hof van beroep derhalve worden aangenomen dat de aannemer zich ertoe verbonden had het werk uit te voeren volgens de regels van het vak en met de passende voorzichtigheid, zonder evenwel het behalen van een bepaald resultaat op zich te hebben genomen. De verplichting van de aannemer om de oprit te plaatsen werd bijgevolg gekwalificeerd als een inspanningsverbintenis.

2. Aansprakelijkheid van de aannemer voor gebrekkige uitvoering door de onderaannemer

De hoofdaannemer die, voor de uitvoering van de werken waartoe hij contractueel is gehouden, beroep doet op een onderaannemer, kan niet ontsnappen aan zijn aansprakelijkheid ten aanzien van de bouwheer voor een contractuele wanprestatie door aan te tonen dat de wanprestatie voortvloeit uit een fout van zijn onderaannemer. Ten aanzien van de bouwheer moet de fout van de onderaannemer immers worden beschouwd als een contractuele wanprestatie van de hoofdaannemer zelf.

Dit principe werd in de besproken periode uitdrukkelijk bevestigd door het hof van beroep te Luik in zijn arrest van 11 januari 2000²⁷ en nogmaals door het Hof van Cassatie in een arrest van 27 februari 2003²⁸; ten aanzien van de bouwheer blijft de hoofdaannemer aansprakelijk voor de goede uitvoering van de opdracht, zelfs al deed hij daarvoor een beroep op een onderaannemer.²⁹ In zijn arrest van 30 mei 2008 trad het

hof van beroep te Gent die stelling bij en stelde dat de hoofdaannemer door de opdrachtgever aansprakelijk kan worden gesteld voor de gebrekkige uitvoering van de werken door zijn onderaannemer.³⁰ De hoofdaannemer werd in deze zaak jegens de bouwheer dan ook aansprakelijk geacht voor een door zijn onderaannemer gebrekkig geplaatste werkvloer, die niet kon worden gebruikt voor de bestemming waartoe hij was bedoeld. In een gelijkaardige zaak, waarin de goede uitvoering van de werken werd verhinderd door fouten van de onderaannemers van de hoofdaannemer, besliste het Brusselse hof van beroep in dezelfde zin³¹: de bouwheer moet niet zelf instaan voor moeilijkheden met de onderaannemers van zijn medecontractant, het is juist de aansprakelijkheid van die medecontractant die ten aanzien van de bouwheer in het gedrang komt omwille van de vertraging en gebreken veroorzaakt door zijn onderaannemers.

Uit al deze beslissingen blijkt duidelijk dat een aannemer niet kan ontsnappen aan zijn contractuele aansprakelijkheid jegens de bouwheer door een beroep te doen op een onderaannemer. Indien en voor zover de aannemer moet opdraaien voor de contractuele wanprestatie van zijn onderaannemer, kan hij daarvoor vanzelfsprekend wel vrijwaring vorderen van die onderaannemer.³²

3. Professionele aannemer: Vermoeden van kennis van het gebrek?

In zijn arrest van 5 december 2002 weigerde het Hof van Cassatie het vermoeden van kennis van een gebrek in hoofde van de gespecialiseerde verkoper, uit te breiden naar de gespecialiseerde aannemer, aangezien uit geen enkele wetsbepaling blijkt dat een gespecialiseerd aannemer wordt vermoed op de hoogte te zijn van een verborgen gebrek van de zaak die hem voor onderhoud is toevertrouwd en dat ook na de uitvoering van werk is blijven bestaan. Het Hof benadrukt dat een aannemer, overeenkomstig het gemeen recht, alleen contractueel aansprakelijk is als hij tekort komt aan één van de verbintenissen uit de overeenkomst; ook in het kader van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken dient men een fout in hoofde van de aannemer te bewijzen (onder voorbehoud van de kwalificatie van de betreffende verbintenis als een resultaatverbintenis – zie *supra*).³³ *In casu* was de aansprakelijkheid van een garagehouder aan de orde, het ging dus niet om een bouwzaak als dusdanig. Aangezien dit arrest echter ook in bouwzaken zijn weerslag kan hebben, achtten wij het toch nuttig om het hier op te nemen.

²⁶ Antwerpen 19 maart 2002, *RW* 2005-2006, nr. 14, 548.

²⁷ Luik 11 januari 2000, *RGAR* 2001, nr. 13397; *Res Jur. Imm.* 2002, 134.

²⁸ Cass. 27 februari 2003, *RGDC* 2004, 410.

²⁹ Art. 1797 B.W. bepaalt dat de aannemer aansprakelijk is voor de daad van de personen die hij bezigt. De rechtsleer is niet unaniem in haar interpretatie van art. 1797 B.W. Sommigen zijn dan van mening dat art. 1797 B.W. ook van toepassing is voor de niet foutieve daden van de personen die de aannemer bezigt (over die controverse, zie o.a. V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, “Art. 1797 B.W.” in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, t. I., Mechelen, Kluwer, 2007, p. III. 3. 1-3).

³⁰ Gent 30 mei 2008, *NjW* 2009, afl. 203, 458, noot M. DAMBRE.

³¹ Brussel 13 januari 2006, *Res. Jur. Imm.* 2007, 153.

³² Zie bijvoorbeeld: Gent 5 juni 2003, *De Verz.* 2004, 94.

³³ Cass. 5 december 2002, *JT* 2003, 228, *Arr. Cass.* 2002, 2662, *JLMB* 2003, 628, *Pas.* 2002, 2339, *RGAR* 2004, 13938, *RW* 2005-06, 420, noot A. VAN OEVELEN, *TBBR* 2004, 203, noot W. GOOSSENS, *Verkeersrecht* 2003, 102.

4. Aanprakelijkheid na de oplevering

a) *Aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken*

In veel gevallen wordt de aannemer nog aangesproken voor vermeende gebreken ná de oplevering van de werken. Aangezien eventuele zichtbare (lichte) gebreken worden gedekt door de voorlopige oplevering, wat wil zeggen dat de aannemer voor die gebreken niet meer aansprakelijk kan worden gesteld door de bouwheer, kan de opdrachtgever de aannemer, onverminderd de regeling van de tienjarige aansprakelijkheid, na de voorlopige oplevering enkel nog aansprakelijk stellen voor de zogenaamde verborgen gebreken. Het gaat om die gebreken die op het ogenblik van de oplevering onzichtbaar waren en die door de bouwheer, op dat ogenblik, niet konden worden ontdekt. Ter beoordeling daarvan wordt rekening gehouden met de deskundigheid en de mogelijkheden van de bouwheer en met de aard van de uitgevoerde werken.³⁴

Hieromtrent zijn ons geen vernieuwende uitspraken bekend uit de onderzochte periode. Eerder echter werden uitstekende stalen profielen door de rechtspraak al beschouwd als een zichtbaar gebrek, terwijl scheuren in beton die zich pas voordeden na de oplevering van de werken en vochtindringing wegens een gebrekkige dakbedekking, die zich pas na verloop van een zekere tijd openbaarde, werden gekwalificeerd als verborgen gebreken.³⁵

b) *Waarborgtermijn voor lichte verborgen gebreken*

De waarborgtermijn voor lichte verborgen gebreken is de periode waarbinnen de aannemer aansprakelijk is voor verborgen gebreken. Waar hierover nog enigszins discussie bestond toen de gemeenrechtelijke verjaringstermijn voor persoonlijke rechtsvorderingen nog dertig jaar bedroeg, is er, sinds de invoering van artikel 2262bis in het Burgerlijk Wetboek, eensgezindheid in de rechtsleer: voor verborgen gebreken die opduiken na de oplevering van de werken, geldt de gemeenrechtelijke verjaringstermijn voor contractuele vorderingen uit artikel 2262bis B.W., namelijk tien jaar (behoudens andersluidende clausule houdende een beperking van de aansprakelijkheid van de aannemer voor de lichte verborgen gebreken).

³⁴ In een arrest van 13 oktober 2008 herhaalde het hof van beroep van Gent dat de ingebruikneming of de inbezitneming van de leveringen en werken (*in casu* een volledige badkamerinrichting) gedurende een zekere tijd, zonder voorbehoud, als goedkeuring wordt beschouwd en de bouwheer verplicht om de prijs te betalen. In deze zaak was de eerste reactie van de bouwheer slechts vijf jaar na de inbezitneming en één jaar na ontvangst van de eindfactuur, wat manifest laattijdig was (Gent 13 oktober 2008, *NjW* 2009, 508, noot M. DAMBRE).

³⁵ Zie onder meer Brussel 15 februari 1996, *JLMB* 1996, 1482; Cass. 22 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1324; Antwerpen 23 september 1997, *RW* 1998-99, 299, zoals aangehaald in S. STIJNS en B. TILLEMANS, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENPOEL en K. WILLEMS, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, 1411, bijz. 1707.

c) *Proceduretermijn voor lichte verborgen gebreken*

Met de proceduretermijn wordt de termijn bedoeld waarbinnen de bouwheer, na de ontdekking van het verborgen gebrek, een vordering tegen de aannemer moet instellen op grond van dat verborgen gebrek. Met betrekking tot de proceduretermijn, benadrukte het Hof van Cassatie in zijn arrest van 15 september 1994³⁶ dat de geldende regeling van verborgen gebreken bij een koopovereenkomst uit artikel 1648 B.W., niet mag worden doorgetrokken naar aannemingsovereenkomsten. Het argument dat de vordering voor verborgen gebreken door de bouwheer moet worden ingesteld binnen een korte termijn nadat het gebrek werd ontdekt, werd door het Hof dan ook verworpen. Dit betekent echter niet dat de bouwheer die een verborgen gebrek aan het gebouw ontdekt, zomaar mag blijven stilzitten. Het is immers algemeen aanvaard dat de bouwheer die een verborgen gebrek ontdekt dat niet van die aard is dat het onder het toepassingsgebied van de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer valt, zijn aansprakelijkheidsvordering voor dat gebrek tegen de aannemer moet instellen binnen een "nuttige" of "redelijke" termijn. De beoordeling van het "nuttig" of "redelijke" karakter van die termijn komt enkel toe aan de rechter ten gronde, die daarbij rekening moet houden met de specifieke omstandigheden van het geval. De rechter dient daarbij in het bijzonder na te gaan of het laten voorbijgaan van een bepaalde tijd na de ontdekking van het gebrek alvorens een vordering in te stellen, niet moet worden beschouwd als een aanvaarding van het gebrek door de bouwheer.

In zijn arrest van 30 september 1998³⁷ moest het Hof van Beroep van Antwerpen zich uitspreken over de vraag of een termijn van zes jaar na de ontdekking van een gebrek nog wel een redelijke termijn is om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de aannemer. *In casu* had de opdrachtgever, gedurende die zes jaar, getracht de problemen minnelijk op te lossen met zijn aannemer, een gespecialiseerd schildersbedrijf. Het schildersbedrijf had zich, voorafgaand aan de uitvoering van de schilderwerken, onvoldoende vergewist van de basisstructuur van het gebouw waarop geschilderd moest worden en had bijgevolg een onjuist verfprocedé gebruikt. De door de schilder aangebrachte verf begon dan ook als snel af te bladderen. Om een gerechtelijke procedure te vermijden, had de opdrachtgever de schilder allerlei retouches en herstellingswerken laten uitvoeren, welke achteraf nutteloos bleken te zijn. De opdrachtgever besloot dan toch een gerechtelijke procedure te starten. Gelet op de pogingen van de opdrachtgever om de problemen minnelijk en te goeder trouw op te lossen, mocht de relatief lange termijn die verliep tussen de ontdekking van het gebrek en de dagvaarding, volgens het Hof toch worden beschouwd als een redelijke termijn. De opdrachtgever werd bijgevolg niet geacht de gebreken te hebben aanvaard.

In tegenstelling tot het Antwerpse hof van beroep, hield het hof van beroep van Luik in zijn arrest van 22 oktober

³⁶ Cass., 15 september 1994, *JT* 1995, 68, *RGAR* 1995, 12.471, *JLMB* 1995, 1068, noot B. LOUVEAUX, *RW* 1995-96, 454, *Arr.Cass.* 1994, 748, *Bull.* 1994, 730, *Pas.* 1994, I, 730.

³⁷ Antwerpen 30 september 1998, *TBBR* 2000, 58.

2001³⁸ bij de beoordeling van het redelijk karakter van de termijn waarbinnen een aansprakelijkheidsvordering werd ingesteld, geen rekening met de onderhandelingen tussen de partijen. Het Hof stelde immers dat de rechtsvordering ingesteld door de bouwheer tegen zijn architect en zijn aannemer omwille van een licht verborgen gebrek, meer dan vijf jaar nadat het gebrek voor het eerst aan het licht kwam en meer dan negen maanden nadat de bouwheer de aannemer en de architect daarvoor voor het laatst in gebreke had gesteld, niettegenstaande het feit dat de partijen daarover ondertussen onderhandelden, onontvankelijk moest worden verklaard wegens te laat ingesteld.

C. Tienjarige aansprakelijkheid

De artikelen 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek hebben de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer en de architect in het leven geroepen. Artikel 1792 B.W. bepaalt dat, indien een gebouw dat tegen vaste prijs is opgericht, geheel of gedeeltelijk teniet gaat door een gebrek in de bouw, zelfs door de ongeschiktheid van de grond, de architect en de aannemer daarvoor aansprakelijk zijn gedurende tien jaren. Artikel 2270 B.W. stelt dat na verloop van tien jaren de architecten en aannemers ontslagen zijn van hun aansprakelijkheid met betrekking tot de grote werken die zij hebben uitgevoerd of geleid. Deze bepalingen werden in de loop van de jaren verder ingevuld en afgebakend door de rechtspraak en rechtsleer.³⁹ Ook in de onderzochte periode werden hieromtrent een aantal vermeldenswaardige uitspraken gedaan, voornamelijk in verband met de juiste berekening van de tienjarige aansprakelijkheidstermijn.

Zo verduidelijkte het Hof van Cassatie in zijn arresten van 4 april 2003⁴⁰ en 2 februari 2006⁴¹ dat de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer en de architect onverminderd geldt bij verborgen gebreken die het geheel of gedeeltelijk teniet gaan van een gebouw veroorzaken. Het argument dat de vordering wegens dergelijke verborgen gebreken, net zoals de vordering wegens lichte verborgen gebreken die buiten het toepassingsgebied van de tienjarige aansprakelijkheid vallen, zou moeten worden ingesteld binnen een redelijke termijn nadat het gebrek wordt ontdekt, werd door het Hof, op grond van het openbare orde karakter van de tienjarige aansprakelijkheid, verworpen.

Op 27 oktober⁴² en 22 december 2006⁴³ bevestigde het Hof van Cassatie dat door een vordering op grond van de tienjarige aansprakelijkheid die tijdig wordt ingesteld, ook de vordering die wordt ingesteld ter vergoeding van nieuwe schade die zich

voordoet als gevolg van hetzelfde gebrek of dezelfde contractuele tekortkoming in de conceptie of de uitvoering, aan de verjaring wordt onttrokken. Een dergelijke nieuwe vordering kan bijgevolg nog worden ingesteld nadat de tienjarige aansprakelijkheidstermijn is verstreken, op voorwaarde dat de oorspronkelijke vordering tijdig werd ingesteld.⁴⁴ De omstandigheid dat de nieuwe schade zich voordoet op een andere plaats of dat de bouwheer in zijn oorspronkelijke vordering geen voorbehoud maakte voor eventuele latere schade die zich zou voordoen, doet daaraan geen afbreuk. Bovendien benadrukten de rechters in deze arresten dat de tienjarige aansprakelijkheidstermijn een absolute vervaltermijn is, die niet kan worden geschorst noch gestuit. In het arrest van 27 oktober 2006 besloot het Hof dan ook dat de bouwheer die een vordering wil instellen tegen de aannemer en tegen de architect op grond van hun tienjarige aansprakelijkheid, ertoe gehouden is zowel tegen de aannemer als tegen de architect zijn vordering in te stellen vóór het verstrijken van de tienjarige periode. Het feit dat de bouwheer een vordering instelt tegen de aannemer binnen de tienjarige termijn en dat de aannemer op zijn beurt, binnen de termijn, een vrijwaringsvordering instelt tegen de architect, verhindert niet dat de bouwheer ook zelf binnen de tienjarige termijn een vordering moet instellen tegen de architect, indien hij hem veroordeeld wil zien voor de schade. Met andere woorden, de vordering ingesteld tegen de aannemer op grond van zijn tienjarige aansprakelijkheid schorst noch stuit de termijn om een gelijkaardige vordering in te stellen tegen de architect.

Het verschil tussen de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer en zijn gewone contractuele aansprakelijkheid moet te allen tijde duidelijk worden onderscheiden, zo bleek uit het arrest van het hof van beroep van Brussel van 3 januari 2008.⁴⁵ De tienjarige aansprakelijkheidstermijn van de aannemer en de architect begint maar te lopen vanaf de definitieve, of indien dat zo is bedongen, vanaf de voorlopige, oplevering van de werken.⁴⁶ Zolang de werken niet zijn opgeleverd, spelen de gewone contractuele aansprakelijkheidsregels en moet de bouwheer die zijn schade vergoed wil zien een contractuele wanprestatie in hoofde van de aannemer en/of de architect aantonen. De tienjarige verjaringstermijn ten aanzien van de aannemer en de architect vangt pas aan van op het ogenblik van de definitieve oplevering. Het feit dat er reeds meer dan tien jaar is verstreken tussen het ogenblik waarop de aannemer de voorlopige oplevering vroeg, wat hem werd geweigerd, en

³⁸ Luik 22 oktober 2001, *JLMB* 2002, 725.

³⁹ Zie hiervoor onder meer V. VAN HOUTTE, "Art. 1792 B.W." in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., titel VIII, Hoofdstuk III, Afd. 3, 1-32.

⁴⁰ Cass. 4 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 882, *Pas.* 2003, 736, *RGAR*, 2004, 13826, *TBO* 2004, 43, noot W. GOOSSENS.

⁴¹ Cass. 2 februari 2006, *NjW* 2006, 218, *Pas.* 2006, 270, *RW* 2005-06, 1590, noot S. MOSSELMANS.

⁴² Cass. 27 oktober 2006, *Pas.* 2006, 2185, *RW* 2009-10, 320.

⁴³ Cass. 22 december 2006, *Pas.* 2006, 2855, *RW* 2006-07, 1439, noot A. VAN OEVELEN, *TBO* 2007, 40.

⁴⁴ Zie al in deze zin: Cass. 29 maart 1984, *Pas.* 1984, I, 908, *RGEN* 1988, 382. Die oplossing werd echter betwist door een deel van de rechtsleer (zie op dat punt G. BAERT, "Toekomstige schade in bouwzaken en de tienjarige garantie" in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 485, bijz. 490).

⁴⁵ Brussel 3 januari 2008, *T.App.* 2008, afl. 2, 41.

⁴⁶ Zie Cass. 24 februari 1983, *JT* 1983, 575, *Pas.* 1983, I, 716, *RCJB* 1985, 400, noot J. HERBOTS, *RW* 1983-84, 164, *Res Jur. Imm.* 1984, 105, *Rev.Not.b.* 1983, 315, *T.Aann.* 1983, 221. In dit arrest stelt het Hof vast dat de tienjarige verjaringstermijn, die geldt voor de aansprakelijkheid van de architect en van de aannemer, in de regel ingaat vanaf de definitieve aanvaarding en niet vanaf de voorlopige oplevering aan. Echter vangt de termijn aan bij de voorlopige oplevering wanneer de partijen overeengekomen zijn dat die handeling gepaard gaat met aanvaarding van het werk.

de einduitspraak van de rechter over diens contractuele wanprestatie, doet daaraan geen afbreuk.

Volgens de rechters van het hof van beroep te Antwerpen⁴⁷ is de tienjarige aansprakelijkheidstermijn, zoals nog gesteld door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 27 oktober 2006, niet enkel een vervaltermijn, een fatale termijn die niet geschorst noch gestuit kan worden, maar raakt de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer en de architect ook de openbare orde. Dit impliceert dat in verband met deze termijn geen overeenkomsten kunnen worden gesloten en dat er geen afstand van kan worden gedaan. Daaruit volgt volgens de rechters van het Hof dat de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer en de architect niet alleen niet conventioneel kan worden ingekort maar bovendien, dat die termijn ook niet contractueel kan worden verlengd. *In casu* verstreek de tienjarige aansprakelijkheidstermijn op 11 augustus 2004. Daaraan voorafgaand had de opdrachtgever de aannemer en de architect echter verzocht hun tienjarige aansprakelijkheid met één jaar te verlengen. De architect ging daar niet op in, de aannemer stemde wel toe, meer bepaald op 6 juli 2004 en dus voor het einde van de oorspronkelijke aansprakelijkheidstermijn. Volgens het hof van beroep deed dit echter niet ter zake: gelet op het openbare orde karakter van de tienjarige aansprakelijkheid, werd de overeengekomen verlening zonder meer nietig verklaard. Met die beslissing brak het Hof met de heersende rechtsleer, waarin wordt gesteld dat het altijd toegelaten is om een wettelijke vastgelegde aansprakelijkheidstermijn contractueel te verlengen (hoe weinig waarschijnlijk dit in de meeste gevallen ook is).⁴⁸

Daarnaast verduidelijkten de rechters in datzelfde arrest ook de rechtspraak van het Hof van Cassatie omtrent herstellingen in het kader van de tienjarige aansprakelijkheid: het is vaste cassatierechtspraak dat de aansprakelijkheidstermijn van tien jaar ook loopt ten aanzien van herstellingen die als grote werken dienen te worden aanzien en mitsdien als een nieuwe aanneming moeten worden aangemerkt. Dat betekent volgens het Antwerpse hof van beroep echter niet dat herstellingswerken aan een bouwwerk de vervaltermijn van de tienjarige aansprakelijkheid met betrekking tot dat hele gebouw heropenen. Integendeel, de nieuwe tienjarige termijn geldt niet ten aanzien van gebreken die door de herstellingen niet werden geraakt, maar enkel ten aanzien van de grote herstellingen zelf. Vermeldenswaardig bij dit arrest is tenslotte dat het hof van beroep enerzijds uitdrukkelijk stelt dat geen overeenkomsten kunnen worden gesloten in verband met de tienjarige aansprakelijkheid maar anderzijds verklaart dat het de partij-

en vrij staat overeen te komen dat de termijn een aanvang neemt vanaf de voorlopige, in plaats van vanaf de definitieve, oplevering.

Artikel 1648 van het Burgerlijk Wetboek voorziet dat de koper van een goed de vordering tot vrijwaring voor verborgen gebreken tegen de verkoper moet instellen binnen een korte tijd nadat hij het gebrek ontdekt. In het arrest van 10 oktober 2003⁴⁹ werd het Hof van Cassatie geconfronteerd met de vraag of de koper de vordering voor verborgen gebreken nog tegen de verkoper kan instellen nadat de tienjarige aansprakelijkheidstermijn uit de artikelen 1792 en 2270 B.W. is verstreken. Het Hof van Cassatie zag daar geen graten in, beide aansprakelijkheidsregimes staan volgens het Hof immers volledig los van elkaar. Artikel 1648 B.W. sluit als zodanig niet uit dat de koper, na het verstrijken van de tienjarige aansprakelijkheidstermijn, nog op een verborgen gebrek zou stuiten dat reeds aanwezig was op het ogenblik van de verkoop en daarvoor een vordering zou instellen tegen de verkoper. In het feit dat de verkoper op dat ogenblik geen vrijwaring meer kan vorderen van zijn aannemer of architect, zag het Hof van Cassatie bovendien geen ongelijkheid die moest worden aangekaart bij het Arbitragehof.

II. Aansprakelijkheid van de architect

A. Controle- en informatieplicht

Artikel 4 van de wet van 20 februari 1939 tot bescherming van de titel en van het beroep van architect⁵⁰ voerde de controleplicht van de architect in. Noch in die wet zelf, noch in de voorbereidende werken werd echter nader gespecificeerd wat daar juist onder moest worden verstaan. Ook in de rechtsleer bestond daarover niet altijd eensgezindheid.

Het arrest van 14 oktober 2003 van het hof van beroep te Antwerpen⁵¹, waarin de geldende principes inzake de controleplicht van de architect mooi worden samengevat, vormt hieromtrent dan ook een handige leidraad. In dit arrest bevestigden de rechters enerzijds dat “controle” geen bestendig toezicht of permanentie op de werf inhoudt en dat een architect, die niet de uitdrukkelijke opdracht heeft gekregen tot bestendig toezicht, ten opzichte van de opdrachtgever niet borg staat voor de goede uitvoering van de aannemingsovereenkomst. Het louter bestaan van gebreken in de uitvoering door de aannemer, bewijst dan ook niet dat de periodiciteit van de werf bezoeken van de architect onvoldoende was en dat hij een fout in de controle zou hebben begaan. De controleplicht van de architect is onbetwistbaar een middelenverbintenis en geen resultaatsverbintenis. De volledige bewijslast van de fout of nala-

⁴⁷ Antwerpen 4 november 2008, *NjW* 2008, 930, noot S. MAES.

⁴⁸ Zie o.a. A. DELVAUX, « Le régime de la responsabilité décennale », *Act.dr.* 1992, 321, bijz. 323; M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX en F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000)*, Reeks Les dossiers du J.T., nr. 29, Brussel, Larcier, 2001, 344-345, en verwijzingen. Zie echter *contra* K. UYTTERHOEVEN, “Hoe fataal is de tienjarige aansprakelijkheidstermijn?”, noot onder Antwerpen, 4 november 2008, *TBO* 2009, 34, bijz. 35; G. BAERT, “De vordering op grond van de tienjarige aansprakelijkheid en het kort geding”, noot onder Cass. 17 februari 1989, *RW* 1988-89, 1268-1269.

⁴⁹ Cass. 10 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1839, *Pas.* 2003, 1569, *RW* 2006-07, 1216.

⁵⁰ Wet van 20 februari 1939 op de bescherming van den titel en van het beroep van architect, *B.S.* 25 maart 1939.

⁵¹ Antwerpen 14 oktober 2003, *NjW* 2003, 1266, noot W. GOOSSENS, *RW* 2005-06, 863, *TBO* 2005, 110, noot M. DEBAENE en A. VAN GRUNDERBEEK.

tigheid in de controle op de werken én van het causaal verband tussen die fout en de schade, ligt dan ook bij de bouwheer. De controleplicht van de architect vereist anderzijds wel dat nazicht wordt gedaan telkens het nodig is, met name wanneer een decisieve stap wordt gezet in het bouwproces, of op aanduiding of vraag van de aannemer, derwijze dat de nieuwe stap mag gezet worden zonder dat er gevaar bestaat voor niet omkeerbare beschadiging.

Het hof van beroep te Bergen sprak zich in 2002 al in dezelfde zin uit.⁵² In het arrest van 3 juni 2002 bevestigden de rechters immers dat de controleplicht van de architect niet impliceert dat de architect voortdurend op de werf aanwezig moet zijn, maar wel vereist dat hij aanwezig is bij die uitvoeringsfasen van de werken die later niet meer kunnen worden hersteld. Volgens de rechters was dit het geval bij het plaatsen van een film voor het waarborgen van de waterdichtheid van een gebouw, aangezien dit geen dermate courante techniek is dat de architect van oordeel mocht zijn dat hij vrijgesteld was van enige controle bij de uitvoering daarvan.

Ook in het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Antwerpen van 3 juni 2004⁵³ kwam de controleplicht van de architect aan bod. In deze zaak benadrukte de rechtbank dat de bouwheer die zich beroept op een toezichtfout van de architect, naast die fout ook het causaal verband tussen de toezichtfout en de ingevolge die fout ontstane schade, moet bewijzen. Te dien einde moet hij kunnen aantonen dat de schade zich niet zou hebben voorgedaan indien behoorlijke controle was uitgeoefend. Bovendien bevestigde de rechtbank dat de controleplicht van de architect geen bestendig toezicht of zijn permanente aanwezigheid op de werf vereiste, maar enkel inhoudt dat nazicht wordt gedaan telkens als het nodig is en wanneer dit contractueel is bedongen. Deze controleplicht dient ook voorafgaandelijk aan de voorlopige oplevering te worden uitgeoefend en is een inspanningsverbintenis in hoofde van de architect. In deze zaak voorzag de architectuurovereenkomst uitdrukkelijk dat de architect ten minste eenmaal per week werftoezicht moest uitoefenen en daarover telkens een werkverslag moest opstellen. Het feit dat duidelijk zichtbare materiaalgebreken door de architect niet werden vastgesteld, mede gelet op het feit dat de architect minstens één maal per week de werf moest controleren, werd dan ook beschouwd als een toezichtfout van de architect.

Meer recent werden de geldende principes inzake de controleplicht van de architect nogmaals bevestigd door het Brussels hof van beroep.⁵⁴ In deze zaak stelde de architect op de tweede werfvergadering vast dat de aannemer de bouwplannen niet opvolgde en dat bovendien de algemene veiligheid op de werf sterk te wensen overliet. De architect besloot dan ook de werf voorlopig stil te leggen, waardoor de uitvoering van de werken aanzienlijk vertraagde. Toch had de architect volgens het hof van beroep geen fout begaan bij de vervulling van zijn controleplicht. De architect kan immers niet aansprakelijk worden gesteld voor het feit dat de bouwheer manifest gecon-

tracteerd heeft met een aannemer die de bouwplannen niet opvolgt en constructies opricht die niet beantwoorden aan de regels van de kunst. Dergelijke tekortkomingen brengen de aansprakelijkheid van de aannemer in het gedrang en niet die van de architect, benadrukte het hof van beroep. Het loutere bestaan van aan de aannemer toerekenbare gebreken in de uitvoering van het werk bewijst dan ook niet dat de architect een fout in de controle van dat werk heeft begaan. Integendeel, door de werf stil te leggen na de vaststelling dat de aannemer gebrekkig werk leverde en vervolgens een stabiliteitsingenieur te raadplegen over de constructies op de bouwwerf, toont de architect juist aan zijn controleplicht naar behoren te hebben vervuld. Het aantal werkverslagen dat hij daarbij heeft opgesteld, is irrelevant om zijn controletaak te evalueren. Het hof van beroep concludeerde dan ook dat de vertraging die werd opgelopen in de uitvoering van de werken, enkel te wijten was aan de aannemer die de werken niet uitvoerde volgens de regels van de kunst.

De architect heeft niet enkel een controleplicht, maar is er ook toe gehouden de bouwheer en de aannemer te adviseren en te informeren overeenkomstig de geldende regelgeving en de regels van de kunst. Zo stelde het hof van beroep van Antwerpen in zijn arrest 24 januari 2007⁵⁵ dat een architect die zijn advies om geen veiligheidscoördinator aan te stellen steunt op het feit dat slechts één aannemer voor alle werken was aangeesteld, waarvan hij wist of uit zijn professionele ervaring had moeten weten dat dit feit niet strookte met de werkelijkheid, een contractuele fout begaat. *In casu* was de aanstelling van de aannemer beperkt tot het buitenmetselwerk en de dakbedekking, hoewel het ging om zeer grote verbouwingswerken. De architect had volgens de rechtbank dan ook moeten weten dat de gelijktijdige of opeenvolgende tussenkomst van andere aannemers vereist was om de beoogde verbouwing te verwezenlijken, aangezien de bouwheer onmogelijk zelf alle resterende werken kon uitvoeren. Aangezien het echter niet met zekerheid vaststond dat een schadegeval dat zich voordeed op de bouwwerf, zich niet zou hebben voorgedaan indien de architect een correct advies had gegeven met betrekking tot de aanstelling van een veiligheidscoördinator en dat de aannemer dat advies zou hebben nageleefd, waren de rechters van oordeel dat er geen causaal verband bestond tussen de fout van de architect en de schade ten gevolge van het werfongeval. De architect werd dan ook niet aansprakelijk geacht voor die schade.

B. Keuze/gebreken van materialen

De keuze van de te gebruiken materialen komt in principe toe aan de architect, die er bijgevolg ook de verantwoordelijkheid voor draagt. Dit staat er echter niet aan in de weg dat ook de aannemer zijn aansprakelijkheid bij de materiaalkeuze in het gedrang kan zien komen, indien hij geen opmerkingen of voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van duidelijk fouten van de architect of de bouwheer met betrekking tot de keuze van het materiaal (zie *supra*).

⁵² Bergen 3 juni 2002, *RGAR* 2003, 13765.

⁵³ Rb. Antwerpen 3 juni 2004, *RW* 2007-08, 1416.

⁵⁴ Brussel 17 maart 2009, *TBO* 2009, 185.

⁵⁵ Antwerpen 24 januari 2007, *NjW* 2007, 657, noot G. JOCQUE.

Het arrest van 2 november 1999 van het hof van beroep van Antwerpen vormt hiervan een mooie illustratie.⁵⁶ Deze zaak betrof de keuze van de dakpannen door de architect. In het lastenboek met betrekking tot het optrekken van een bouwwerk was onder de rubriek “dakafwerking” voorzien dat de aannemer een aantal soorten dakpannen aan de architect moest voorleggen, waarna de architect zijn keuze zou maken. Achteraf bleken de door de architect gekozen dakpannen echter niet vorstbestendig te zijn. Het Hof onderzocht welke partij daarvoor de verantwoordelijkheid moest dragen. De bouwheer die de keuze van de dakpannen aan de architect overliet, kan volgens het hof van beroep geen fout worden verweten. Als leek in het vak mocht hij immers vertrouwen op de kwaliteit en de esthetische aanvaardbaarheid van de dakpannen die, na eliminatie, goed waren bevonden door de architect. Het Hof oordeelde vervolgens dat ook de aannemer niet verantwoordelijk kon worden gehouden voor de foute materiaalkeuze, aangezien hij geen professionele verkoper was van dakpannen, maar eerder toevallig in zijn beroepsuitoefening als kleine aannemer pannen had aangekocht om deze te plaatsen. Aangezien de aannemer dus geen specialist verkoper was, had hij ook het gebrek aan de pannen niet moeten kennen. De verantwoordelijkheid voor de foute dakpannen, lag volgens de rechters van het Hof, dan ook enkel en alleen bij de architect, die geen enkel voorbehoud had geformuleerd met betrekking tot de vorstbestendigheid van de bewuste pannen toen die hem werden voorgesteld en daarover bij de aannemer of de fabrikant geen bijkomende informatie had ingewonnen. Gelet op de bepalingen van het lastenboek, kon de architect naar de mening van het hof van beroep evenmin beweren dat de verschillende soorten dakpannen hem enkel moesten worden voorgelegd om na te gaan op het voorgestelde materiaal op esthetisch verantwoorde wijze kon worden gebruikt. Het Hof stelde bovendien dat een architect te allen tijde verplicht is de gebruiksmogelijkheden van materialen te bestuderen door ze zo nodig te beproeven, indien hij, zelfs op suggestie van de bouwheer, aanvaardt nieuwe of andere materialen te gebruiken.

In het vonnis van 3 juni 2004⁵⁷ achtte de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen de aannemer aansprakelijk voor de gebreken in de geleverde en gebruikte materialen.⁵⁸ *In casu* werden de hardstenen voor een nieuwbouw aan de aannemer geleverd door zijn leverancier. De stenen waren echter duidelijk behept met gebreken, ze vertoonden zwarte aders en hadden verschillende diktes. De bouwheer merkte deze gebreken op nadat de stenen geplaatst waren en zijn gevel voor de eerste keer beregend was, maar de rechtbank was van oordeel dat deze gebreken ook op het ogenblik van de inontvangstneming door de aannemer duidelijk zichtbaar waren geweest, zeker voor een professionele aannemer. Aangezien de aannemer er niet in slaagde aan te tonen dat hij onwetend was of diende te

zijn van die gebreken, werd hij er door de rechtbank mede aansprakelijk voor geacht ten aanzien van de bouwheer. De rechtbank stelde immers dat de aannemer ten opzichte van de bouwheer aansprakelijk is voor de gebreken in de geleverde en gebruikte materialen, tenzij hij bewijst dat het hem op onoverwinnelijke wijze onmogelijk is geweest zich te vergewissen van die gebreken.

C. Tienjarige aansprakelijkheid van de architect

Het arrest van 22 oktober 2001 van het hof van beroep te Luik⁵⁹ gaat dieper in op de samenloop van de buitencontractuele en de tienjarige aansprakelijkheid van de architect. *In casu* had een bouwheer tegen zijn architect een vordering tot vergoeding ingesteld, zowel op grond van artikel 1382 B.W. als op basis van de artikelen 1792 en 2270 B.W. inzake de tienjarige aansprakelijkheid. Met betrekking tot de buitencontractuele vordering verwees het hof van beroep naar het algemeen aanvaarde principe dat iemand zijn contractspartij maar buitencontractueel aansprakelijk kan stellen indien de fout en schade vreemd zijn aan de uitvoering van het contract. Aangezien de schade in deze zaak werd veroorzaakt door een ontwerpfout en het slecht opvolgen van de werkzaamheden door de architect, kon de architect voor die schade door de bouwheer dan ook niet buitencontractueel worden aangesproken. Voor de beoordeling van de vordering gegrond op de tienjarige aansprakelijkheid, vielen de rechters terug op oude cassatierechtspraak en bevestigden dat de tienjarige aansprakelijkheid van de architect van contractuele aard is. Aangezien de bouwheer echter niet aantoonde dat de aangehaalde gebreken de stevigheid van het gebouw in gevaar bracht en dat het gebouw ten gevolge van het gebrek gedeeltelijk was tenietgedaan, werd zijn vordering toch nog verworpen.

III. Aansprakelijkheid van de onderaannemer

A. Jegens de hoofdaannemer

Over de verhouding tussen de onderaannemer en de hoofdaannemer valt, in de besproken periode, weinig opzienbarends te melden. De relatie tussen hoofd- en onderaannemer wordt immers beheerst door een aannemingsovereenkomst, waarop alle gemeenrechtelijke regels met betrekking tot de aanneming, van toepassing zijn. Wel vermeldenswaardig hierbij is dat de rechtspraak van oordeel is dat de artikelen 1792 en 2270 B.W. in verband met de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer en de architect, eveneens van toepassing zijn op onderaannemers.⁶⁰

⁵⁶ Antwerpen 2 november 1999, *T.Aann.* 2000, 237, noot P. FLAMME.

⁵⁷ Rb. Antwerpen 3 juni 2004, *RW* 2007-08, 1416.

⁵⁸ Zie ook omtrent die vraag o.a. J. EMBRECHTS, “De aannemers-aansprakelijkheid voor gebrekkige materialen na aanvaarding der werken”, *T.Aann.* 1997, 167.

⁵⁹ Luik 22 oktober 2001, *JLMB* 2002, 725.

⁶⁰ Zie bv. Brussel 28 oktober 1987, *JLMB* 1988, 312, noot P. RIGAUX.

B. *Jegens de bouwheer*

De theorie van de quasi-immuniteit van de onderaannemer als uitvoeringsagent⁶¹, die een rechtstreekse vordering van de bouwheer tegen de eventuele onderaannemers van zijn medecontractant verhindert, behoudens indien de fout en schade vreemd zijn aan de overeenkomst, werd in de besproken periode streng gehandhaafd.⁶² Zo bevestigde het hof van beroep van Luik in zijn arrest van 11 januari 2000 dat de onderaannemer, aangezien er tussen hem en de bouwheer geen enkele contractuele band bestaat, voor de fouten die hij heeft begaan bij de uitvoering van zijn opdracht enkel aansprakelijk is ten opzichte van de hoofdaannemer en niet ten aanzien van de bouwheer.⁶³ Op 28 juni 2002 herhaalde datzelfde rechtscollège nogmaals dat principe maar motiveerde de afwezigheid van de mogelijkheid voor de bouwheer om een rechtstreekse vordering in te stellen tegen de eventuele onderaannemers van zijn aannemer nu niet alleen op grond van het gebrek van een contractuele verhouding tussen hen beiden maar ook en vooral op basis van het gebrek aan enige wettelijke bepaling ter zake.⁶⁴

Een dergelijke wettelijke bepaling is wel voorzien ten gunste van de onderaannemer: artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt immers dat onderaannemers, gebezigd bij het oprichten van een gebouw of voor andere werken die bij aanneming zijn uitgevoerd, tegen de bouwheer een rechtstreekse vordering hebben ten belope van hetgeen deze aan de aannemer is verschuldigd op het ogenblik dat hun rechtsvordering word ingesteld.

Op aangeven van het Brusselse hof van beroep moest het Arbitragehof zich in 2006 buigen over de vraag of artikel 1798 B.W. niet een ongrondwettige discriminatie in het leven roept jegens de bouwheer, nu deze niet over een rechtstreekse vordering tegen de onderaannemers van zijn medecontractant beschikt.⁶⁵

Het Arbitragehof erkende dat artikel 1798 B.W. een verschil in behandeling veroorzaakt tussen de onderaannemer enerzijds, die een rechtstreekse vordering geniet ten aanzien van de bouwheer, en de bouwheer anderzijds, die niet over een dergelijk beroep beschikt ten opzichte van de onderaannemer. Toch is er volgens het Hof van een ongrondwettige discriminatie geen sprake, nu de situatie van de onderaannemer en die van de bouwheer fundamenteel verschillend zijn wat betreft de aard van de verbintenis waarvan de tenuitvoerlegging wordt gevorderd. De onderaannemer vordert immers de betaling van een geldsom voor het werk dat hij heeft uitgevoerd, terwijl de bouw-

heer de uitvoering vordert van een door de hoofdaannemer niet nagekomen verbintenis om iets te doen. Bovendien kan de bouwheer aan de onderaannemer die tegen hem een rechtstreekse vordering instelt, de excepties tegenwerpen die zijn afgeleid uit zijn relatie met de hoofdaannemer. Daarnaast wierp het Arbitragehof op dat de wetgever redelijkerwijze mocht oordelen dat de onderaannemer zich in een economisch ondergeschikte positie bevindt om reden van zijn afhankelijkheid ten aanzien van de hoofdaannemer en daarom een bijzondere bescherming verdient. De rechters besloten dan ook dat het gelijkheidsbeginsel de wetgever niet de verplichting oplegt om eveneens te voorzien in een rechtstreekse vordering ten gunste van de bouwheer. Echter, het non-discriminatiebeginsel zou de wetgever, volgens de rechters van het Arbitragehof, al evenmin verhinderen om in een bijzondere bescherming van de bouwheer ten aanzien van de onderaannemer te voorzien.

Uit het arrest van 2 februari 2006 van het Hof van Cassatie⁶⁶ bleek dat de quasi-immuniteit van de onderaannemer ten aanzien van de bouwheer zeer ruim wordt geïnterpreteerd en dat de onderaannemer die toch buitencontractueel zou worden aangesproken door de bouwheer, er goed aan doet zijn contractuele verplichtingen zo ruim mogelijk voor te stellen.⁶⁷ De feiten van die zaak waren als volgt: een aannemer werd belast met het leveren en plaatsen van een verwarmingsketel op een houten vloer. De aannemer vertrouwde de plaatsing van de verwarmingsinstallatie op zijn beurt toe aan een onderaannemer, die de verwarmingsketel rechtstreeks op de houten vloer plaatste, zonder de installatie van een brandvrije sokkel. Door het gebrek aan een dergelijke sokkel, raakte de vloer al gauw oververhit en vatte de zolder van de woning vuur. De eigenaar van de woning stelde op grond van artikel 1382 B.W. voor de daardoor door hem geleden schade een vordering in tegen de onderaannemer en beweerde dat die een fout had gemaakt welke los stond van de uitvoering de overeenkomst tussen hem en de hoofdaannemer, nu die overeenkomst niet uitdrukkelijk voorzag in het plaatsen van een brandvrije sokkel. Het Hof van Cassatie was echter een andere mening toegedaan: de rechters baseerden zich op artikel 1135 B.W. en leidden daaruit af dat een aannemer niet enkel gehouden is tot hetgeen uitdrukkelijk in de overeenkomst met de opdrachtgever is bedongen, maar zijn opdracht sowieso ook moet uitvoeren volgens de regels van de kunst, ook al is dit niet uitdrukkelijk conventioneel bepaald. Bovendien bevestigde het Hof dat een uitvoeringsagent niet als een derde mag worden beschouwd ten aanzien van de uitvoering van de overeenkomst tussen de hoofdaannemer en de bouwheer, m.a.w., ook hij is gehouden tot de uitvoering van de opdracht volgens de regels van de kunst. Het Hof van Cassatie stelde vervolgens dat het monteren van een brandvrije sokkel op een houten vloer bij het plaatsen van een verwarmingsketel, een regel van de kunst uitmaakt en bijgevolg niet vreemd is aan de overeenkomst tussen de aannemer en de

⁶¹ Destijds ontwikkeld naar aanleiding van het zogenaamde stuwadoorsarrest van het Hof van Cassatie (Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395).

⁶² Zie onlangs N. CARETTE, "Rechtstreekse contractuele aanspraak van een bouwheer jegens een onderaannemer", *TPR* 2007, 1825.

⁶³ Luik 11 januari 2000, *JT* 2000, 684, *RGAR* 2001, 13.397, *Res Jur. Imm.* 2002, 134.

⁶⁴ Luik 28 juni 2002, *T.Aann.* 2003, 143, *RRD* 2002, 458.

⁶⁵ Arbitragehof 28 juni 2006, *BS* 15 september 2006, 47132, *JLMB* 2007, 184, noot E. MONTERO, *RABG* 2007, 583, noot F. BURSSENS, *TBBR* 2007, 287, noot O. JAUNIAUX, *TBO* 2006, 155, noot K. UYTTERHOEVEN.

⁶⁶ Cass. 2 februari 2006, *Pas.* 2006, 265, *RW* 2008-09, 926.

⁶⁷ S. STIJNS en B. TILLEMANS, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENEPOEL en K. WILLEMS, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: koop en aanneming 1999-2006", *TPR* 2008, 1411, bijz. 1720.

bouwheer maar er juist integraal deel van uitmaakt. De onderaannemer kon in casu dan ook niet buitencontractueel worden aangesproken door de bouwheer.

IV. Aansprakelijkheid van de leverancier

A. Tienjarige aansprakelijkheid van de leverancier

Ons is geen rechtspraak bekend in de onderzochte periode, die de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer en architect ook uitbreidt naar de leveranciers. In het arrest van 23 september 1997, maakten de rechters van het Antwerpse Hof van Beroep daar wel toepassing van.⁶⁸ Zij stelden uitdrukkelijk dat iedereen die bijdraagt tot de conceptie van een bouwwerk, aan de tienjarige aansprakelijkheid is onderworpen. Zo is ook de leverancier van welfsels die, in opdracht van de architect, stabiliteitsberekeningen had uitgevoerd, aan de tienjarige aansprakelijkheid onderworpen. De tienjarige aansprakelijkheid kan echter enkel worden uitgebreid naar de leverancier van materialen indien de juridische verhouding met zijn klant, in het licht van de omstandigheden van elke zaak, kan worden gekwalificeerd als een aannemingsovereenkomst.⁶⁹

B. Aansprakelijkheid van de leverancier jegens de bouwheer

In zijn arrest van 18 mei 2006⁷⁰ moest het Hof van Cassatie zich uitspreken over de vraag of de bouwheer over een rechtstreekse vordering voor verborgen gebreken beschikt tegen de leverancier van de materialen van zijn aannemer. Het Hof liet daarover geen enkele twijfel bestaan en stelde dat de bouwheer, net zoals een onderverkrijger, over alle rechten en vorderingen beschikt die verbonden zijn met de zaak die oorspronkelijk aan de verkoper toebehoorde. Zo is ook het recht op vrijwaring voor verborgen gebreken, dat de eerste koper bezit tegen zijn verkoper, volgens het Hof een toebehoren van de zaak dat samen met de zaak wordt doorverkocht aan de opeenvolgende kopers. De omstandigheid dat de gebrekkige zaak door een aannemer is geleverd aan zijn bouwheer in het raam van een aannemingsovereenkomst, doet daaraan geen afbreuk en ont-

slaat de oorspronkelijke verkoper bijgevolg niet van zijn vrijwaringplicht tegenover deze eindgebruiker.⁷¹

V. Overgang van accessoria

De juridische accessoria die met een goed overgaan, zijn niet enkel de zakelijke rechten en rechtsvorderingen verbonden met dat goed, maar ook de zogenaamde “*propter rem* rechten”. Dit zijn de rechten en rechtsvorderingen die onlosmakelijk verbonden zijn met de eigendom van het goed en die enkel voor de eigenaar van het betreffende goed nuttig zijn.⁷² In recente rechtspraak werd dit principe meermaals bevestigd.

In zijn arrest van 29 februari 2008⁷³ vatte het Hof van Cassatie de geldende principes hieromtrent goed samen: bij de verkoop van een gebouw gaan alle aan de verkoper toebehorende rechten en rechtsvorderingen die aan dat gebouw zijn verbonden en derhalve onder meer diens rechtsvordering die ertoe strekt de aannemer contractueel aansprakelijk te stellen wegens gebreken aan het gebouw, over op de koper. De aannemer behoudt evenwel ten aanzien van de koper alle rechten en excepties die hij kon aanvoeren tegen de verkoper. Het Hof van Cassatie verbrak dan ook de beslissing van het Brusselse hof van beroep die de door de aannemer tegen de kopers van een gebouw opgeworpen exceptie van niet-uitvoering, gegrond op het feit dat de verkoper bepaalde bedragen aan hem niet had betaald, verwierp, omdat tussen de kopers en de aannemer geen enkele contractuele relatie bestond.

Reeds vóór dat arrest van het Hof van Cassatie stelde het hof van beroep te Brussel⁷⁴ al dat alle rechten en vorderingen die als het ware aan de zaak kleven, als accessoria of toebehoren, samen met het eigendomsrecht over de zaak, overgaan. Het gaat om alle rechten en vorderingen; de overdracht van de aansprakelijkheidsvordering is volgens de rechters dan ook niet beperkt tot de vordering op grond van de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer en de architect, maar omhelst eveneens de contractuele aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken. In zijn arrest van 9 mei 2003 bevestigde datzelfde Hof van Beroep nogmaals uitdrukkelijk dat de tienjarige aansprakelijkheidsvordering van de bouwheer tegen de aannemer en de architect overgaat op de kopers van een onroerend goed.⁷⁵

Ook de contractuele aansprakelijkheidsvordering die de bouwpromotor tegen de architect had, zowel op grond van de tienjarige aansprakelijkheid, als op grond van de verborgen gebreken na de oplevering als op grond van zijn algemene contractuele aansprakelijkheid vóór de oplevering van het werk, is een accessorium van het op te richten of opgerichte gebouw en gaat bijgevolg van rechtswege over op de koper van het gebouw, zo stelde de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen in zijn arrest van 15 januari 2004.⁷⁶ Het hof van beroep van Luik be-

⁶⁸ Antwerpen 23 september 1997, *T.Aann.* 1999, 313, noot W. ABBELOOS.

⁶⁹ Artt. 1792 en 2270 B.W. worden enkel toegepast op aannemers en architecten die in het raam van een aannemingsovereenkomst hun taken vervullen (zie o.a. V. VAN HOUTTE, “Art. 1792 B.W.” in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., titel VIII, Hoofdstuk III, Afd. 3, 1-32). Uitzonderlijk geldt de tienjarige aansprakelijkheid ook voor koopovereenkomsten betreffende de bouwwerken die onder de toepassing van de Wet-Breyne vallen (zie art. 6 van de wet: “De artikelen 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek zijn eveneens op de verkoper toepasselijk”).

⁷⁰ Cass. 18 mei 2006, *NjW* 2006, afl. 146, 608, noot K. VANHOVE, *Pas.* 2006, afl. 5-6, 1154, *RW* 2007-08, afl. 4, 147, noot N. CARETTE, *TBBR* 2009, afl. 2, 138, *TBO* 2006, afl. 3, 126, noot W. GOOSSENS.

⁷¹ Zie?????

⁷² Zie onder andere Cass. 5 december 1980, *Pas.* 1981, I, 398.

⁷³ Cass. 29 februari 2008, *Pas.* 2008, 587, *T.App.* 2008, 19, *TBO* 2008, 151.

⁷⁴ Brussel 18 oktober 2002, *NjW* 2003, 887.

⁷⁵ Brussel 9 mei 2003, *TBO* 2009, 81.

⁷⁶ Antwerpen 15 januari 2004, *RW* 2007-08, 1207.

vestigde op zijn beurt dat het feit dat een vordering van de verkoper nog ongebruikt was in die zin dat de verkoper nog geen vordering in rechte had ingesteld tegen zijn aannemer, niet belet dat die vordering met het gebouw overgaat op de koper.⁷⁷

Een laatste vermeldenswaardige beslissing hieromtrent is het vonnis van de rechtbank van koophandel van Tongeren van 2 oktober 2007.⁷⁸ In deze zaak bevestigde de rechtbank van koophandel dat een exonatiebeding met betrekking tot de verborgen gebreken in de verkoopovereenkomst, niet belet dat de aansprakelijkheidsvordering van de verkoper tegen zijn aannemer samen met gebouw mee overgaat op de koper. Kortom, waar de hoofdaannemer aan de onderaannemer (titularis van de rechtstreekse vordering (art. 1798 B.W.)) de excepties kan tegenwerpen waarover hij beschikt t.a.v. de bouwheer, kan de houder van de vordering voor verborgen gebreken of tienjarige aansprakelijkheid, overdragen door de bouwheer aan de koper van het werk, zich t.a.v. de aannemer nog steeds op deze vordering beroepen niettegenstaande de verkoper zich voor deze verborgen gebreken had geëxonereerd t.a.v. de koper.⁷⁹

VI. Remedies

De tekortkoming van de aannemer aan zijn contractuele verplichtingen kan, gemeenrechtelijk, op verschillende wijzen worden gesanctioneerd. Wij zullen er ons hier toe beperken deze kort op te sommen en toe te lichten.

Vooreerst kan de bouwheer een beroep doen op de *exceptio non adimpleti contractus*, die het aan een contractspartij, die het slachtoffer is van een contractuele tekortkoming van haar wederpartij, toestaat de verdere uitvoering van haar contractuele verbintenissen op te schorten zolang de wederpartij haar verbintenissen niet correct uitvoert.⁸⁰ Daarnaast kan de bouwheer gebruik maken van de keuze die hem wordt geboden door artikel 1184 B.W.: hij kan kiezen tussen de gedwongen tenuitvoerlegging van de overeenkomst door de aannemer, eventueel onder verbeurte van een dwangsom, of, in het geval van een ernstige tekortkoming van de aannemer, kan hij de rechter verzoeken de aannemingsovereenkomst te ontbinden en hem de geleden schade te vergoeden. Ook een variant op de gedwongen tenuitvoerlegging door de aannemer behoort, op grond van de artikelen 1143 en 1144 B.W., tot zijn mogelijkheden: de bouwheer kan de rechter verzoeken om hem toe te staan de verbinte-

nissen van de aannemer te laten uitvoeren door een derde, op kosten van de aannemer. Ten slotte heeft het Hof van Cassatie, in zijn arresten van 2 mei 2002⁸¹, bevestigd dat “de regel dat de ontbinding van een wederkerige overeenkomst moet worden gevorderd in rechte, niet belet dat een contractpartij bij een wederkerige overeenkomst, op eigen gezag en op eigen risico, beslist haar verbintenissen niet uit te voeren en kennis geeft aan de wederpartij dat zij de overeenkomst als beëindigd beschouwt. Bij de beoordeling van de gevolgen van de ontbinding en van de rechten die de partijen kunnen laten gelden, vermag de rechter die over de gerechtelijke ontbinding beslist, te oordelen dat, gelet op de wanprestatie van de wederpartij, de contractpartij geen fout heeft begaan door eenzijdig de overeenkomst te beëindigen”. Toegepast op het bouwrecht impliceert dit dat de bouwheer, in geval van een ernstige contractuele wanprestatie van de aannemer en onder voorbehoud van een eventuele rechterlijke controle *a posteriori*, onder bepaalde voorwaarden de aannemingsovereenkomst zelf eenzijdig mag beëindigen, zelfs indien geen uitdrukkelijk ontbindend beding in de overeenkomst was voorzien.

Daarbij is het belangrijk om op te merken dat aannemers reeds lang de gewoonte hebben om hun eventuele contractuele aansprakelijkheid zoveel mogelijk trachten te verschuiven of in te perken, door middel van allerhande exonatiebedingen, schadebedingen en bedingen waarbij afstand wordt gedaan van de verplichte voorafgaande ingebrekestelling. Dergelijke bedingen zijn geldig en afdwingbaar op voorwaarde dat de wederpartij er kennis van had genomen en ermee had ingestemd en mogen niet strijdig zijn met een regel van dwingend recht of van openbare orde, noch mogen ze de schuldenaar bevrijden van zijn aansprakelijkheid voor zijn bedrog of mogen ze het voorwerp van de overeenkomst helemaal uithollen. Indien een aannemer zich op zulke clausules beroept, verdient het aanbeveling om telkens na te gaan of deze voorwaarden wel zijn vervuld en of die bedingen worden ingeroepen in omstandigheden die stroken met het principe van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten. In overeenkomsten met consumenten spelen bovendien ook de regels van de wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming⁸², waarbij voornamelijk de regels inzake onrechtmatige bedingen (vervat in de artt. 73 t.e.m. 78 van die wet) in dit kader van belang zijn. De niet-limitatieve lijst van onrechtmatige bedingen uit artikel 74 van de wet bevat immers verschillende bepalingen omtrent clausules die de aansprakelijkheid van de professionele verkoper of aannemer inperken of uitsluiten en stelt paal en perk aan bedingen die de gemeenrechtelijke gevolgen van een contractuele wanprestatie van de professionele verkoper of aannemer inperken. De naleving van deze bepalingen dient, in de verhouding tot consumenten, bijgevolg telkens te worden gecontroleerd.

⁷⁷ Luik 7 september 2004, *TBO* 2007, 251.

⁷⁸ Kh. Tongeren 2 oktober 2007, *TBBR* 2008, 579, *RW* 2009-10, 246.

⁷⁹ S. BAR en C. ALTER, « Les effets du contrat » in *Les obligations – Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2005, nr. II.1.7 e.v. Zie in dezelfde zin P. WÉRY: « La situation du sous-acquéreur qui se prévaut d'un droit *propter rem* est plus intéressante [dan dat van een onderaannemer in het kader van een rechtstreekse vordering] puisque le vendeur initial ne peut exciper que d'un moyen de défense tiré du contrat initial : il ne pourrait opposer au sous-acquéreur une clause de non-garantie qui figurerait dans la sous-acquisition » (P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, coll. Précis de la Faculté de droit de l'UCL, Brussel, Larcier, 2010, 766).

⁸⁰ Voor een illustratie hiervan, zie Cass. 29 november 2007, *Pas.* 2007, II, 2143.

⁸¹ Cass. 2 mei 2002, *Pas.* 2002, 1046.

⁸² Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010, ter vervanging van de vroegere wet handelspraktijken (wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *BS* 29 augustus 1991).

De stedenbouwkundige lasten inzake sociaal en bescheiden woonaanbod in het Decreet Grond- en Pandenbeleid: een haalbare uitdaging?

Els Empereur
Advocaat-vennoot bij DLA Piper UK LLP

Kristof Hectors
Advocaat binnen het vastgoedteam van DLA PIPER UK LLP

I. Inleiding

Op 1 september 2009 trad het Decreet van 27 maart 2009 betreffende het Grond- en Pandenbeleid (hierna “Decreet Grond- en Pandenbeleid”) in werking.¹

Het beoogde grond- en pandenbeleid is erop gericht om een “maatschappelijk gewenst en kwaliteitsvol ruimtegebruik” te realiseren, met als doelstellingen het bevorderen van duurzame ruimtelijke ontwikkeling, het voorzien van een voldoende ruim en kwalitatief aanbod van gronden, het bevorderen van het “recht op menswaardig wonen”, het verwezenlijken van ruimtelijke ontwikkelingskansen voor diverse maatschappelijke sectoren en activiteiten, het scheppen van ruimtelijke strategieën en voorzieningen die sociale cohesie bevorderen, het versneld verwezenlijken van bestemmingsvoorschriften door middel van gebiedsontwikkeling en -herontwikkeling, het terugdringen en tegengaan van grond- en pandenspeculatie, en een rechtvaardige verdeling van de gevolgen van bestemmingsvoorschriften, of de wijziging daarvan, over overheid, eigenaars en gebruikers.²

Dit decreet werd opgevat als een afzonderlijk “stamdecree”, dat de bestaande eerder fragmentaire en verspreide initiatieven ter zake moest vervangen en op die manier de visibiliteit van het grond- en pandenbeleid diende te verhogen.³ In de parlementaire voorbereiding van het decreet werd gesteld dat er drie redenen waren die aan de grondslag lagen aan de totstandkoming van dit nieuwe decreet, nl.⁴:

- een noodzakelijke verrijking van het instrumentarium van het grond- en pandenbeleid dat meer waarborgen biedt voor betaalbare woningen;
- de vermelding in het Ruimtelijk Structuurplan Vlaanderen (RSV)⁵ dat het grond- en pandenbeleid planmatig en decretaal onderbouwd dient te gebeuren, en dat 38.000 ha extra natuurgebied en 10.000 ha bosgebied moeten worden gerealiseerd;
- het grond- en pandenbeleid zal voortaan meer rekening moeten houden met de mogelijkheden op het vlak van publiek- private samenwerking, en de mogelijkheid om publieke doelen te laten uitvoeren door private actoren.

Om haar doelstellingen te realiseren, voorziet het decreet in een aantal algemene maatregelen zoals stimuli voor de activering van gronden en panden, belastingvermindering voor renovatieleningen en registratierechten en dergelijke meer.

Daarnaast worden overheden én private partijen verplicht om bij residentiële projecten een bepaald percentage sociale én bescheiden woningen te realiseren in dit project. Aldus wordt getracht om zowel de publieke als private sector te betrekken bij de inhaalbeweging voor sociale woningbouw. Deze realisatieverplichtingen kaderen binnen het “bindend sociaal objectief”, dat wordt opgelegd voor elke gemeente. Dit is een gemeentelijke omschrijving van het sociaal woonaanbod dat binnen de tijdshorizon van het RSV ten minste moet worden verwezenlijkt.⁶ Dit bindend sociaal objectief is samengesteld uit een gemeentelijk objectief voor sociale huurwoningen, een

¹ Decreet van 27 maart 2009 tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid, B.S. 15 mei 2009.

² Art. 2.1.2 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

³ *Parl.St.* 2008-09, Stuk 2012/1, 9.

⁴ *Parl.St.* 2008-09, l.c., 8.

⁵ Thans loopt het openbaar onderzoek (van 10 februari 2010 t.e.m. 11 mei 2010) over de tweede herziening van het RSV. Meer informatie hierover: <http://rsv.vlaanderen.be/nl/overRsv/Herzieningen/>.

⁶ Art. 4.1.2 Decreet Grond- en Pandenbeleid. Het bindend sociaal objectief dient dus gerealiseerd te zijn tegen 2020.

objectief voor sociale koopwoningen en een objectief voor sociale kavels.

De objectieven voor sociale koopwoningen en sociale kavels worden op provinciaal niveau vastgesteld, waarna de deputatie een verdelingsschema opstelt per gemeente, op gemotiveerd voorstel daartoe van alle betrokken gemeenten. Het provinciaal objectief voor sociale koopwoningen is momenteel vastgesteld op 3.846 voor West-Vlaanderen, 4.727 voor Oost-Vlaanderen, 3.495 voor Vlaams-Brabant, 5.782 voor de Provincie Antwerpen en 3.150 voor de Provincie Limburg.⁷ Het provinciaal objectief voor sociale kavels is momenteel vastgesteld op 183 voor West-Vlaanderen, 225 voor Oost-Vlaanderen, 167 voor Vlaams-Brabant, 275 voor Antwerpen en 150 voor Limburg.⁸

Het objectief voor sociale huurwoningen is het resultaat van de vermenigvuldiging van het provinciaal objectief inzake sociale huurwoningen met het resultaat van deling van het aantal huishoudens op gemeentelijk niveau, door het aantal huishoudens op provinciaal niveau. In de provincie West-Vlaanderen moeten binnen de tijdshorizon van het RSV 8.125 sociale huurwoningen worden verwezenlijkt, en 9.918 in Oost-Vlaanderen, 7.244 in Vlaams-Brabant, 12.123 in Antwerpen en 5.590 in Limburg.⁹ Indien de procentuele verhouding van sociaal huuraanbod ten opzichte van het aantal huishoudens in de nulmeting minder bedraagt dan 3 %, dan is daarbij voor die gemeente nog een specifieke inhaalbeweging vereist tussen 2013 en 2025, tenzij een gemeente op basis van een wetenschappelijk onderbouwd dossier hiervan wordt vrijgesteld door de Vlaamse regering.¹⁰ Indien de procentuele verhouding van sociaal huuraanbod ten opzichte van het aantal huishoudens in de nulmeting evenwel meer bedraagt dan 9 %, dan geldt er geen sociaal objectief. Met andere woorden, het objectief voor sociale huurwoningen geldt slechts tot op het moment dat de voormelde procentuele verhouding 9 % bedraagt.

Uit bovenstaande decretale formule wordt meteen duidelijk dat de bepaling van het sociaal objectief voor elke gemeente enkel afhankelijk werd gemaakt van het aantal huishoudens in die gemeente. Andere relevante factoren, zoals bestemmingsgebieden (!) of behoeften werden niet in rekening gebracht.

Deze bijdrage gaat nader in op de “sociale lasten” die worden opgelegd voor bepaalde publieke en private bouw- en verkavelingsprojecten en de uitvoering ervan.

II. Sociale last per bouw- of verkavelingsproject

A. Principe van een stedenbouwkundige last of verkavelingslast

Het Decreet Grond- en Pandenbeleid legt voor bepaalde bouw- en verkavelingsprojecten verplichte gewestelijke en gemeentelijke

normen vast voor de realisatie van een sociaal- en bescheiden woonaanbod.¹¹

Meer bepaald zal de realisatie van een verplicht percentage aan sociaal en bescheiden woonaanbod van rechtswege als een stedenbouwkundige “last” verbonden moeten worden aan de stedenbouwkundige- of verkavelingsvergunning.

Deze techniek van het opleggen van een stedenbouwkundige last is niet echt nieuw, hoewel zij in de praktijk zelden gebruikt wordt in de vergunningverlening, behalve dan bij verkavelingsprojecten. De figuur van de stedenbouwkundige last werd in artikel 105 van het Decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (“DRO”) ingevoerd voor alle stedenbouwkundige vergunningen en verkavelingen. Voorheen konden immers aan een stedenbouwkundige vergunning enkel voorwaarden, en geen lasten worden verbonden.

Voorwaarden kunnen door een vergunningverlenende overheid steeds worden opgelegd in het kader van het verlenen van een stedenbouwkundige of verkavelingsvergunning, zo deze van oordeel is dat dit noodzakelijk zijn voor de verenigbaarheid van de aanvraag met de “goede ruimtelijke ordening”. Zij moeten verder voldoende precies zijn, in verhouding staan tot de vergunde handelingen en kunnen worden verwezenlijkt door enig toedoen van de aanvrager.¹²

De finaliteit van de last is gelegen in het voordeel dat de begunstigde uit die vergunning haalt, en in de bijkomende taken die de overheid door de uitvoering van de vergunning op zich dient te nemen. Een last is met andere woorden een “compensatie” die het vergunningverlenende bestuursorgaan vraagt van een vergunninghouder. Een last kan bestaan uit een financiële waarborg, maar kan bv. ook bestaan in de vrije en onbelaste overdracht van openbare gebouwen, wegen, etc. aan de overheid.

Het thans toepasselijke artikel 4.2.20 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening van 15 mei 2009 stelt met betrekking tot de lasten:

- ¹¹ Art. 4.1.8 van het Decreet Grond- en Pandenbeleid.
- Art. 1.2.1° van het Decreet Grond- en Pandenbeleid definieert “bescheiden woonaanbod” als: “*het aanbod aan kavels en woningen, met uitsluiting van het sociaal woonaanbod, dat onverminderd artikel 4.2.2., § 1, tweede lid, en artikel 4.2.4., § 1, tweede lid, bestaat uit:*
 - a) *kavels met een oppervlakte van ten hoogste 500 m²;*
 - b) *woonhuizen met een bouwvolume van ten hoogste 550 m³;*
 - c) *overige woongelegenheden met een bouwvolume van ten hoogst 240 m³.”*
 - Art. 1.2.16° van het Decreet Grond- en Pandenbeleid definieert “sociaal woonaanbod” als: “*het aanbod aan sociale huurwoningen, sociale koopwoningen en sociale kavels dat voldoet aan beide hiernavolgende voorwaarden;*
 - a) *zij zijn volledig onderhevig aan de Reglementering aangaande het sociale huurstelsel of de overdracht van onroerende goederen door de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen (VMSW) en de sociale huisvestingsmaatschappijen ter uitvoering van de Vlaamse Wooncode;*
 - b) *zij worden bestemd tot hoofdverblijfplaats, respectievelijk tot oprichting van een woning die tot hoofdverblijfplaats zal worden bestemd.”*

¹² Art. 4.2.19 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

⁷ Art. 4.1.5 § 1 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

⁸ Art. 4.1.6 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

⁹ Art. 4.1.4 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

¹⁰ Art. 4.1.4 § 2 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

“§ 1. Het vergunningverlenende bestuursorgaan kan aan een vergunning lasten verbinden. Deze lasten vinden hun oorsprong in het voordeel dat de begunstigde van de vergunning uit die vergunning haalt, en in de bijkomende taken die de overheid door de uitvoering van de vergunning op zich dient te nemen.

Buiten het voorzien in de nodige financiële waarborgen, kunnen lasten onder meer betrekking hebben op:

1° de verwezenlijking of de renovatie van wegen, groene ruimten, ruimten voor openbaar nut, openbare gebouwen, nutsvoorzieningen of woningen, op kosten van de vergunninghouder;

2° de bewerkstelling van een vermenging van kavels die tegemoetkomen aan de behoeften van diverse maatschappelijke groepen op grond van de grootte van de kavels, respectievelijk de typologie, de kwaliteit, de vloeroppervlakte, het volume of de lokalenindeling van de daarop op te richten woningen of op te stellen vaste of verplaatsbare constructies die voor bewoning kunnen worden gebruikt.

Lasten kunnen ook inhouden dat, wanneer de werken zijn begonnen, aan de overheid gratis, vrij en onbelast de eigendom wordt overgedragen van de in de vergunningsaanvraag vermelde openbare wegen, groene of verharde ruimten, openbare gebouwen, nutsvoorzieningen, of de gronden waarop die worden of zullen worden aangelegd. Indien voldaan is aan de uitsluitende voorwaarden, vermeld in artikel 4.1.16, respectievelijk artikel 4.2.5, van het decreet van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid, verbindt het vergunningverlenende bestuursorgaan van rechtswege een last aan de vergunning met het oog op de verwezenlijking van een sociaal woonaanbod, respectievelijk een bescheiden woonaanbod. Indien de uitvoering van diverse laten financieel moet worden gewaarborgd, dan hanteert het bestuur één waarborg voor de totaliteit van de betrokken lasten, waarbij aangegeven wordt welk waarborggedeelte betrekking heeft op elk van de lasten afzonderlijk.

§ 2. Lasten zijn redelijk in verhouding tot de vergunde handelingen. Zij kunnen worden verwezenlijkt door enig toedoen van de aanvrager.

§ 3. Het vergunningverlenende bestuursorgaan kan een gefaseerde uitvoering van de lasten voorschrijven.

§ 4. Indien een last, vermeld in § 1, tweede en derde lid, niet is uitgevoerd binnen de daartoe gestelde termijn en niet of onvoldoende gedekt is door een financiële waarborg, kan de schuldeiser van de last per beveiligde zending een beslissing tot toepassing van bestuursdwang betekenen aan de schuldenaar van de last. De beslissing vermeldt dat de toepassing van bestuursdwang op kosten van de schuldenaar van de last plaatsvindt. In de beslissing wordt een termijn gesteld waarbinnen de schuldenaar van de last de tenuitvoerlegging kan voorkomen door de last alsnog uit te voeren. Indien niet tot tijdige uitvoering wordt overgegaan, kan de schuldeiser van de last ambtshalve in de uitvoering van de lasten voorzien. De schuldenaar van de last is verplicht alle uitvoeringskosten te vergoeden, op voorlegging van een staat, opgesteld door de schuldeiser van de last.”

Volgens het huidige artikel 4.2.20 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening van 15 mei 2009 dient de stedenbouw-

kundige last in een vergunning dus in verhouding te staan tot de vergunde handelingen. Met andere woorden, er geldt een “proportionaliteitsbeginsel” voor de vergunningverlenende overheid bij het opleggen van de last. De Raad van State heeft dit recent nog uitdrukkelijk in haar rechtspraak bevestigd en stelde dat bij de beoordeling van dit evenredigheidsbeginsel zowel rekening moet worden gehouden met het voordeel van de begunstigde van de vergunning en de last die de vergunning voor het bestuur met zich meebrengt.¹³

Het is maar de vraag of de sociale last de toets van het proportionaliteitsbeginsel kan doorstaan. Verder zal immers blijken dat voor bepaalde bouw- en verkavelingsprojecten een verplicht percentage, gaande in principe tot 20 dan wel 40 % van de gronden van de aanvraag, als sociaal of bescheiden woonaanbod zal moeten worden gerealiseerd. Het is dan ook niet denkbeeldig dat de discussie zal rijzen of een dergelijke zware last nog wel als proportioneel kan worden beschouwd ten aanzien van de vergunde handelingen. De last is natuurlijk wel uitdrukkelijk in het decreet opgenomen. Hoewel de decreetgever hier door de rechter niet ter verantwoording kan worden geroepen, zal de Raad voor Vergunningsbetwistingen wel de keuze van de vergunningverlenende overheid voor het opleggen van een maximale sociale last, kunnen toetsen aan het proportionaliteitsbeginsel.

Verder rijst de vraag wat de decreetgever precies heeft willen bedoelen met het *van rechtswege* opleggen van een sociale last.

Het is immers thans sowieso een decretale verplichting voor een vergunningverlenende overheid om een sociale last op te leggen, zo een bouw- of verkavelingsproject onder het toepassingsgebied van de normering inzake sociaal en bescheiden woonaanbod valt. Indien zij dit niet doet, dan tast dit zonder meer de wettigheid van de vergunning aan. In de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening wordt expliciet voorzien dat een vergunningverlenende overheid een vergunning dient te weigeren indien het aangevraagde onverenigbaar is met de normen en percentages betreffende de verwezenlijking van een sociaal of bescheiden woonaanbod.¹⁴ De toepasselijkheid van de regels omtrent de sociale last en de wijze van verwezenlijking ervan, is bovendien, in overeenstemming met dit principe, nu ook opgenomen in het aanvraagformulier stedenbouwkundige- en verkavelingsvergunning. De geldende uitvoeringsbesluiten werden hiertoe aangepast.¹⁵ Het valt dan ook moeilijk in te zien wat de toegevoegde waarde is van “van rechtswege”.

Bovendien kan de toevoeging ervan tot verwarring aanleiding geven. “Van rechtswege” betekent normalerwijze “automatisch” of “zonder dat enige actie moet worden ondernomen”.

¹³ RvS, *Geutjes e.a.*, nr. 196.242 van 21 september 2009.

¹⁴ Art. 4.3.1 § 3° Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening van 15 mei 2009.

¹⁵ B.VI.Reg. van 29 mei 2009 tot wijziging van het Besluit van de Vlaamse Regering van 28 mei 2004 betreffende de dossiersamenstelling van de aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning, B.S. 5 augustus 2009 en B.VI.Reg. van 29 mei 2009 betreffende de dossiersamenstelling van de aanvraag voor een verkavelingsvergunning, B.S. 5 augustus 2009.

men". Indien een vergunning geen sociale last bepaalt, hoewel het project onder het toepassingsgebied van het decreet valt, moet de sociale last dan van rechtswege gelden voor het project? En welk percentage geldt dan, en wat is de uitvoeringswijze van de last?

B. Toepassingsgebied

De stedenbouwkundige lasten zijn van toepassing op de volgende projecten:

- 1° verkavelingen van ten minste tien loten bestemd voor woningbouw, of met een grondoppervlakte groter dan een halve hectare, ongeacht het aantal loten;
- 2° groepswooningbouwprojecten waarbij ten minste tien woongelegenheden ontwikkeld worden;
- 3° de bouw of de herbouw van appartementsgebouwen waarbij ten minste tien woongelegenheden ontwikkeld worden;
- 4° verkavelingen, groepswooningbouwprojecten en projecten voor de bouw of de herbouw van appartementsgebouwen die niet voldoen aan de voorwaarden, vermeld in 1°, 2° of 3°, en waarvoor een verkavelingsvergunning of een stedenbouwkundige vergunning wordt aangevraagd door een verkavelaar of een bouwheer wiens project aansluit op andere, door dezelfde verkavelaar of een bouwheer te ontwikkelen gronden, die samen met de gronden waarop de aanvraag betrekking heeft, een oppervlakte van meer dan een 0,5 hectare beslaan.

De bepaling onder 4° kwam er, evidentierwijze, om misbruiken, door het kunstmatig opsplitsen van projecten door dezelfde bouwheer of verkavelaar, te voorkomen.

In de parlementaire voorbereiding van het Decreet Gronden Pandenbeleid wordt verduidelijkt dat deze maten en normen erop gericht zijn om voldoende grote projecten te dekken, waarbinnen de realisatie van een sociale mix mogelijk en verantwoordbaar is.

Zo wordt gekozen voor groepswooningbouwprojecten en verkavelingen van minstens 10 eenheden op basis van een screening van gemeentelijke stedenbouwkundige Verordeningen. De norm van een verkaveling groter dan een halve hectare, is dan weer gebaseerd op de bepalingen van het voornoemde Besluit Typevoorschriften m.b.t. "bescheiden wonen", waarin verkavelingen tot een ½ hectare nog als "bescheiden" worden aangemerkt.

Wat appartementsen betreft, werd, bij gebreke aan referentie in België, verwezen naar het onderscheid dat in Nederland wordt gemaakt tussen "kleine appartementsgebouwen" (tot 20 appartementsen), "middelgrote appartementsgebouwen" (21 t.e.m. 50 appartementsen) en "grote appartementsgebouwen" (meer dan 50 appartementsen). Volgens de decreetgever zijn slechts grote appartementsgebouwen geschikt om een sociale mix van normale en sociale appartementsen te creëren.¹⁶

Er lijkt op dit moment toch een discrepantie te bestaan tussen de toepasselijkheid van de verplichte sociale last op

groepswooningbouwprojecten en verkavelingen enerzijds (vanaf slechts 10 woongelegenheden/ kavels) en appartementsen (vanaf 50 appartementsen) anderzijds. De decreetgever heeft nagelaten in de parlementaire voorbereiding te verantwoorden, waarom in geval van appartementsgebouwen de Reglementering soepeler is. Meer zelfs, eigenlijk heeft deze in de parlementaire voorbereiding zich louter beperkt tot een verwijzing naar de toepasselijke normering uit Nederland, die toch op heel wat vlakken verschilt van de Vlaamse.

Het is trouwens des te pijnlijker dat de decreetgever ervoor gekozen lijkt te hebben, om de hierna vermelde percentages op te leggen, zonder daarbij rekening te houden met de ligging van de gronden en de toepasselijke bestemmingsvoorschriften, of de concrete behoefte in een gemeente. Dit is een zeer rigide aanpak, die niet getuigt van een samenhangende ruimtelijke visie.

Dit heeft namelijk voor gevolg dat ongelijke situaties gelijk worden behandeld. Immers, dezelfde percentages worden toegepast op gronden, ongeacht hun bestemming en ongeacht de behoefte aan bijkomend sociaal woonaanbod.

Dit alles is mogelijk problematisch in het licht van het gelijkheidsbeginsel, zoals onder meer gewaarborgd in artikel 10-11 Gw. Dit beginsel veronderstelt immers dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld, maar ook dat ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Volgens de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof moet een dergelijke toetsing worden doorgevoerd in drie fasen: eerst moet worden onderzocht of de uitgangssituaties vergelijkbaar zijn, vervolgens of een onderscheid objectief en redelijk verantwoord wordt. Een dergelijke verantwoording wordt getoetst naar het doel en de gevolgen van de maatregelen.¹⁷ Tenslotte wordt het proportionaliteitsbeginsel onderzocht, met name of de gevolgen van dit onderscheid niet disproportioneel zijn ten opzichte van het doel.

Het leidt weinig twijfel dat het *in casu* gaat om vergelijkbare situaties, nl. zowel bij verkavelingen en groepswooningbouwprojecten als bij appartementsbouw worden woongelegenheden gecreëerd. Er wordt echter geen objectieve verantwoording gegeven voor het onderscheid dat gemaakt wordt qua aantal woongelegenheden dat de toepassing van de regels inzake sociale lasten met zich brengt: een loutere verwijzing naar het Nederlandse rechtstelsel is ons inziens toch onvoldoende, zonder hiermee verder te verantwoorden waarom een dergelijk stelsel ook in Vlaanderen moet worden geïmplementeerd.

Er zijn thans vier beroepen tot vernietiging hangende van het Decreet Gronden- en Pandenbeleid bij het Grondwettelijk Hof (www.arbitrage.be).¹⁸

¹⁷ Zie o.m. GwH, nr. 62/2000, 30 juni 2000.

¹⁸ www.arbitrage.be:

- vernietigingsprocedure 4800: gericht op vernietiging van art. 5.2.1 Decreet Gronden- en Pandenbeleid;
- vernietigingsprocedure 4802: gericht op vernietiging van art. 1.2.20° g en 3.2.12 Decreet Gronden- en Pandenbeleid;
- vernietigingsprocedure 4804: gericht op vernietiging van het gehele decreet;
- vernietigingsprocedure 4805: gericht op vernietiging van art. 5.11 tot art. 5.33 van het Decreet Gronden- en Pandenbeleid.

¹⁶ *Parl.St.* 2008-09, I.c., 49.

C. Inhoud van de stedenbouwkundige last

1. De Gewestelijke en gemeentelijke normen

Voor elk van de voornoemde projecten moet een verplicht sociaal woonaanbod worden verwezenlijkt, dat verschilt naargelang het gaat om een “publiek” dan wel “privaat” project.

Dit verplichte sociaal woonaanbod is gelijk aan ten minste 20 en ten hoogste 40 % van het aantal te verwezenlijken woningen en/of kavels, indien de gronden eigendom zijn van Vlaamse besturen¹⁹ of Vlaamse semipublieke rechtspersonen.²⁰

Het verplichte sociaal woonaanbod is ten minste 10 en ten hoogste 20 % van het aantal te verwezenlijken woningen en/of kavels, indien de gronden eigendom zijn van overige natuurlijke of rechtspersonen. Het spreekt voor zich dat gemeenten, die nog ver van het bereiken van hun bindend sociaal objectief verwijderd zijn, vaak zullen geneigd zijn om het maximumpercentage op te leggen.

De hogere percentages voor gronden in eigendom van Vlaamse besturen of Vlaamse semipublieke rechtspersonen worden verantwoord door de decreetgever op grond van het feit dat de groep van eigenaars die meer dan 10 percelen aanhouden, voor 65 % bestaat uit overheden in ruime zin en op grond van het administratiefrechtelijke specialiteitsbeginsel, hetgeen inhoudt dat openbare diensten in beginsel slechts goederen kunnen aanhouden die ten nutte komen van hun dienstenpakket.²¹

¹⁹ Art. 1.2.20° Vlaamse Besturen:

- a) de Vlaamse ministeries, agentschappen en openbare instellingen;
- b) de Vlaamse provincies, gemeenten en districten;
- c) de Vlaamse gemeentelijke en provinciale extern verzelfstandigde agentschappen;
- d) de Vlaamse verenigingen van provincies en gemeenten, vermeld in de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales, en de samenwerkingsvormen, vermeld in het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking;
- e) de Vlaamse openbare centra voor maatschappelijk welzijn en de verenigingen, vermeld in hoofdstuk 12 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn;
- f) de polders, vermeld in de wet van 3 juni 1957 betreffende de polders, en de wateringen, vermeld in de wet van 5 juni 1956 betreffende de wateringen.”

²⁰ Art. 1.2.21° Vlaamse semipublieke rechtspersonen:

- “rechtspersonen die niet behoren tot de Vlaamse besturen, doch met één of meer Vlaamse besturen een bijzondere band vertonen, doordat zij voldoen aan beide hiernavolgende voorwaarden:
- a) hun werkzaamheden worden in hoofdzaak gefinancierd of gesubsidieerd door één of meer Vlaamse besturen;
 - b) hun werking is rechtstreeks of onrechtstreeks onderworpen aan enig toezicht in hoofde van een Vlaams bestuur middels één van de hiernavolgende regimes:
 - 1) een administratief toezicht;
 - 2) een toezicht op de aanwending van de werkingsmiddelen;
 - 3) de aanwijzing, door een Vlaams bestuur, van ten minste de helft van de leden van de directie, van de raad van bestuur, of van de raad van toezicht.”

²¹ Parl.St. 2008-09, l.c., 50.

2. Het Gemeentelijk Reglement Sociaal Wonen

Deze percentages kunnen verder worden gespecificeerd in een Gemeentelijk Reglement Sociaal Wonen, met dezelfde rechtskracht en bindende waarde als een stedenbouwkundige Verordening.²²

In een dergelijk Reglement kan voor de diverse categorieën van bouw- en verkavelingsprojecten een gedifferentieerd percentage aan sociaal woonaanbod worden vooropgesteld, alsook een onderverdeling tussen sociale huur- en koopwoningen en sociale kavels. Desgevallend kan ook worden voorzien in objectieve en pertinente motieven, op grond waarvan van de decretale percentages in het Reglement kan worden afgeweken.

Volgens het Decreet kunnen deze afwijkingsmogelijkheden ingegeven zijn door onder meer de omvang, de vorm, de ligging of de inplanting van de verkaveling of het bouwproject of het in de omgeving reeds bestaande sociaal woonaanbod. Deze afwijkingen mogen evenwel nooit tot gevolg hebben dat een percentage moet worden verwezenlijkt dat lager is dan de helft van het krachtens het gemeentelijk Reglement toepasselijke percentage. Slechts ingeval het bindend sociaal objectief is bereikt mag geheel worden afgezien van het opleggen van een percentage aan sociaal woonaanbod.²³

Vanaf de bekendmaking van een gemeentelijk bericht dat het bindend sociaal objectief is bereikt, kan het Gemeentelijk Reglement Sociaal Wonen afzien van het opleggen van percentages sociaal woonaanbod, of een lager percentage hanteren dan het decretaal voorziene percentage.

3. Specifieke lasten in een Ruimtelijk Uitvoeringsplan

Ten slotte zij opgemerkt dat de voornoemde percentages niet noodzakelijk gelden voor gronden die via ruimtelijke uitvoeringsplannen of plannen van aanleg een bestemmingswijziging naar woongebied doorvoeren.

Overeenkomstig artikel 4.1.11 van het Decreet Grond- en Pandenbeleid zijn de decretale normen immers niet van toepassing in plangebieden van RUP's die een bestemmingswijziging naar woongebied doorvoeren.

Deze RUP's of plannen van aanleg kunnen immers objectieven en voorschriften vaststellen voor de eerdere vermelde bouw- en verkavelingsprojecten, onder welbepaalde voorwaarden.

RUP's die een voormalig woonuitbreidingsgebied omzetten in woongebied, moeten sociale objectieven en voorschriften vaststellen.

Artikel 4.1.12 van het Decreet Grond- en Pandenbeleid specificeert deze voorwaarden:

“1° de bestemmingswijziging gebeurt door middel van:

- a) hetzij een gewestelijk plan;
- b) hetzij een provinciaal of gemeentelijk plan, in welk geval er sprake moet zijn van een omzetting van woonuitbreidingsgebied of woonreservegebied, of van een zone die geordend wordt

²² Art. 4.1.9 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

²³ Art. 4.1.8 in fine Decreet Grond- en Pandenbeleid.

door een ruimtelijk uitvoeringsplan en sorteert onder de categorie van gebiedsaanduiding “landbouw”, “bos”, “overig groen”, of “reservaat en natuur”, of geordend wordt door een plan van aanleg en aangewezen is als landelijk gebied overeenkomstig het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen;

2° het door middel van het plan gecreëerde woongebied heeft een oppervlakte van ten minste een halve hectare, ongeacht eventuele andere bestemmingswijzigingen;

3° het objectief betreft:

a) hetzij ten minste veertig en ten hoogste vijftig procent voor gronden die in eigendom zijn van Vlaamse besturen of Vlaamse semipublieke rechtspersonen;

b) hetzij ten minste twintig en ten hoogste vijftwintig procent voor gronden die in eigendom zijn van overige natuurlijke of rechtspersonen.

De overheid die het plan vaststelt, kan een objectief vastleggen dat lager ligt dan de minimale objectieven, vermeld in het eerste lid, 3°, indien dat gemotiveerd wordt vanuit het bestaande en geplande sociaal woonaanbod, de sociale contextfactoren en de ruimtelijke karakteristieken van het nieuwe woongebied. Dergelijke afwijking heeft nooit voor gevolg dat een objectief wordt vastgesteld dat lager ligt dan de helft van de minimale objectieven, vermeld in het eerste lid, 3°.”

Met andere woorden, het objectief, dat kan worden voorzien in een dergelijk RUP, kan in principe enkel een verhoging bevatten van het decretaal voorziene percentage. Dit neemt niet weg dat de overheid die het plan vaststelt, een lager objectief kan bepalen, indien dit gemotiveerd wordt vanuit het bestaande en geplande sociaal woonaanbod, de sociale contextfactoren en de ruimtelijke karakteristieken van het nieuwe woongebied. Dit objectief mag evenwel in geen geval lager zijn dan de helft van het minimale objectief van artikel 4.1.12 3° Decreet Grond- en Pandenbeleid.

D. Overgangsregime

De normen inzake sociaal en bescheiden woonaanbod zijn in principe van toepassing op alle stedenbouwkundige en verkavelingsaanvragen, die in eerste administratieve aanleg werden ingediend vanaf 1 september 2009.²⁴

Het Decreet Grond- en Pandenbeleid voorziet evenwel in een overgangsregeling, die thans wordt voorzien in artikel 7.3.12 van het Decreet Grond- en Pandenbeleid.

Deze bepaling stelt dat bij de bepaling van een sociale last of een last met oog op de verwezenlijking van een bescheiden woonaanbod geen rekening moet worden gehouden met gronden indien voldaan is aan drie voorwaarden:

1° de onderhandse akte betreffende de aankoop van de gronden kreeg vaste datum in de periode vanaf 1 januari 2003 tot en met 17 december 2008;

2° de gronden zijn op het moment van de ondertekening van deze onderhandse akte, gelegen in woongebied;

3° uiterlijk op 17 december 2008 vond een financiële transactie plaats (bv. de betaling van een voorschot).

Deze bepaling werd bij amendement²⁵ in het Decreet Grond- en Pandenbeleid ingelast. De *ratio legis* van deze maatregel is er in gelegen om personen die vlak voor de indiening van het wetsontwerp van het Decreet Grond- en Pandenbeleid nog gronden kochten met het oog op ontwikkeling ervan, en die de nieuwe regels inzake sociale lasten dus niet konden voorzien, financieel niet zwaar te treffen.

De vraag rijst echter waarom de decreetgever slechts gronden die zijn overgedragen vanaf 1 januari 2003 vrijstelt van de verplichtingen inzake sociale last of de last inzake verwezenlijking van een bescheiden woonaanbod.

Deze beperking van de vrijstelling kan inderdaad een ongelijkheid creëren: personen die gronden kochten vóór 1 januari 2003, met het oog op ontwikkeling ervan, maar die hiermee een aantal jaren hebben gewacht, en die vervolgens na de inwerkingtreding van het Decreet Grond- en Pandenbeleid indienden na 1 september 2009, een stedenbouwkundige of verkavelingsaanvraag indienden voor één van de voornoemde projecten, zullen immers wél onderworpen zijn aan de regels inzake sociaal en bescheiden woonaanbod. Dit is niet het geval voor zij die kochten na 1 januari 2003.

In de parlementaire voorbereiding van het decreet wordt dit wat arbitraire onderscheid gemotiveerd vanuit de gedachte dat de minderopbrengst ten gevolge van de creatie van sociale in plaats van private woongelegenheden volledig wordt gecompenseerd door de stijgende grondprijzen. Ook wordt gesteld dat het zo lang wachten met de ontwikkeling impliceert dat de gronden alleszins niet van essentieel belang zijn voor het productie- of investeringsschema²⁶ van de persoon of het bedrijf in kwestie.

Er heerst momenteel rechtsonzekerheid over de draagwijdte van deze vrijstellingsbepaling.

Er wordt in het decreet immers enkel gewag gemaakt van ‘aankoop’ en niet van het verlenen van andere zakelijke rechten, zoals bv. het opstalrecht.

Uit een *strikte interpretatie* zou met andere woorden kunnen volgen dat projectontwikkelaars, die in de voormelde periode een opstalrecht verkregen, met het oog op het realiseren van één van de voornoemde bouw- of verkavelingsprojecten, niet zouden kunnen genieten van de vrijstelling.

Dergelijke zeer strikte interpretatie lijkt echter in te gaan tegen de *ratio legis* van de vrijstellingsbepaling, die er net op gericht was om de financiële gevolgen van het decreet te beperken, voor diegenen die binnen voormelde periode reeds engagementen namen met het oog op ontwikkeling van een bouw- of verkavelingsproject, zonder daarbij rekening te kunnen houden met de gevolgen van het Grond- en Pandendecreet. Het lijkt dan ook tegen de bedoeling van de decreetgever in te gaan, dat enkel eigenaars van de vrijstelling zouden genieten, terwijl bouw- en verkavelingsprojecten ook worden ontwik-

²⁵ Amendement nr. 44 van Michèle Hostekint, Joke Schauvliege, Karlos Callens, Lode Ceysens, Patrick Lachaert en Bart Martens, *Parl.St.* 2008-09, 2012, nr. 2, 19-20.

²⁶ *Parl.St.* 2008-09, 2012, nr. 2, 19.

²⁴ Art. 4.1.11 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

keld door een opstal- of erfpachthouder op basis van een zakelijk recht. Deze ruimere, meer realistische interpretatie vindt mogelijk ook steun in de parlementaire voorbereiding van het decreet, waarin gesteld wordt dat het doel van de maatregel erin de eerste plaats in gelegen is om de personen die het zwaarst getroffen worden door de nieuwe verplichtingen en die het opleggen ervan niet konden voorzien of niet hoefden te voorzien, vrij te stellen (*Parl.St.* 2008-09, Stuk 2012, nr. 2, 19 e.v.).

Ook artikel 1.2 van het decreet grond- en pandenbeleid geeft van een dergelijke ruimere scope, nu het “zakelijk gerechtigde” definieert als “de houder van een volgende zakelijke rechten:

- A) de volle eigendom;
- B) het recht van opstal of van erfpacht;
- C) het vruchtgebruik.” (eigen onderstreping)

Weliswaar komt de term ‘zakelijk gerechtigde’ dan verder (bij vergissing?) niet meer voor in de vrijstellingsregeling van het Decreet.

E. Flexibiliteit?

Het Decreet Grond- en Pandenbeleid voorziet in een versoepeling inzake de realisatie van een verplicht percentage aan sociaal woonaanbod. Belangrijk is evenwel op te merken dat beide mogelijkheden slechts mits uitdrukkelijke instemming van de vergunningverlenende overheid kunnen worden toegepast.

1. Verleggen van de last

Een eerste mogelijkheid bestaat erin om de uitvoering van de sociale last te verleggen naar andere terreinen, binnen dezelfde gemeente, dan deze die gelegen zijn binnen de verkaveling of het bouwproject.²⁷ Het Decreet stelt wel dat dit slechts mogelijk is, mits instemming van het vergunningverlenende bestuursorgaan, en op voorwaarde dat de ontvangende terreinen “economisch en ruimtelijk gelijkwaardig” zijn aan de terreinen waarop normaal gezien de sociale last had moeten worden gerealiseerd, op voorwaarde dat de ontvangende gronden gelegen zijn in dezelfde gemeente en de verkavelaar of bouwheer evenzeer eigenaar is van de ontvangende gronden of door deze uitdrukkelijk gemachtigd is om deze terreinen te bezwaren met extra sociale last.²⁸

Er wordt in de parlementaire voorbereiding niet verduidelijkt wat precies met “economisch en ruimtelijk gelijkwaardig” bedoeld wordt. Evenmin is duidelijk of over dit gelijkwaardig project samen met de initiële aanvraag moet beslist worden, of dat dit later of naar aanleiding van een aparte vergunningsaanvraag kan.

²⁷ Art. 4.1.18 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

²⁸ Uiteraard kan het overdragen van verplichtingen naar “ontvangende terreinen” niet tot gevolg hebben dat op deze terreinen dan geen sociale last meer moet worden gerealiseerd, indien deze onder het toepassingsgebied van de bepalingen inzake sociaal woonaanbod vallen. De overgedragen sociale last moet worden gecumuleerd met de decretale last, die desgevallend op de terreinen rust.

2. Betaling van een bijdrage

Een tweede mogelijkheid vormt de “uitzonderlijke bijdrageregeling”. Mits instemming van het vergunningverlenende bestuursorgaan is het mogelijk om een sociale last geheel of gedeeltelijk uit te voeren door middel van de storting van een sociale bijdrage aan de gemeente waarbinnen het verkavelingsproject of het bouwproject ontwikkeld wordt.²⁹ De betaling van een bijdrage is evenwel niet mogelijk indien de gronden gelegen zijn in (voormalig) woonuitbreidings- of reservegebied. De bijdrage bedraagt 50.000 EUR te indexerem.³⁰ Deze dient te worden ingezet ten bate van het gemeentelijk woonaanbod.

F. De Projectvergadering

Bij de voorbereiding van een verkavelings- of bouw aanvraag, die onder het toepassingsgebied van de normering inzake sociaal en bescheiden woonaanbod valt, zal het cruciaal zijn om een aantal aspecten voorafgaandelijk te onderzoeken of met de gemeente te bespreken: heeft de gemeente een Gemeentelijk Reglement Sociaal en/of Bescheiden Wonen aangenomen? Werd in een RUP een sociale last bepaald? Wat is het gemeentelijke sociale objectief en hoever staat de gemeente met de realisatie van dit objectief?

Artikel 5.3.2 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening voorziet thans in de mogelijkheid om een bespreking te organiseren voor “belangrijke bouw- of verkavelingsprojecten” via een “projectvergadering”. Dit is een vergadering met de vergunningverlenende overheid en de adviesverlenende instanties. Doeleinde is om, op basis van een door de aanvrager ingediende projectstudie, een procedurele afstemming tussen de betrokken organen en instanties te bekomen, en de eventuele nodig of nuttig geacht projectbijsturingen te bespreken.

Recent werd aan deze bepaling uitvoering gegeven door het Besluit van de Vlaamse Regering van 19 maart 2010 betreffende stedenbouwkundige attesten, projectvergaderingen en stedenbouwkundige inlichtingen, in werking getreden op 1 april 2010. Dit Besluit voorziet uitdrukkelijk dat projecten met een sociale last “belangrijke bouw- of verkavelingsprojecten” zijn in de zin van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, waarvoor een projectvergadering kan worden georganiseerd. Het Besluit regelt verder de wijze van indiening van de projectstudie, en de verdere procedurele afhandeling van de projectvergadering.

III. Uitvoering van de sociale last

Het Decreet Grond- en Pandenbeleid maakt een onderscheid tussen de uitvoeringswijzen van een sociale last inzake de realisatie van een sociaal woonaanbod enerzijds en een bescheiden woonaanbod anderzijds.

²⁹ Art. 4.1.19 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

³⁰ Volgens de ABEX- index, met basisindex van december 2008.

De uitvoering van een sociale last kan gebeuren in natura, door verkoop van de voor het sociale woonaanbod vereiste gronden aan een sociale woonorganisatie, door verhuring van de verwezenlijkte woningen aan een sociaal verhuurkantoor, of door een combinatie van de drie voornoemde manieren.³¹

A. *Uitvoering in natura*

De regeling van uitvoering van sociale lasten in natura was onuitvoerbaar, tot de recente inwerkingtreding op 31 december 2009 van een uitvoeringsbesluit “Sociale Lasten”.³² Zoals verder zal blijken, zijn er nog heel wat onduidelijkheden en hitaten in de huidige regels met betrekking tot uitvoering in natura.

Voorafgaandelijk zij opgemerkt dat het precieze aandeel aan sociale huurwoningen- koopwoningen en kavels dat moet worden gerealiseerd per project, in principe zal zijn opgenomen in het “Gemeentelijk Reglement Sociaal Wonen”. In geval een dergelijk Reglement nog niet werd aangenomen, wat het geval is in de meeste gemeenten, dan dient de vergunningverlenende overheid geval per geval te beslissen wat het precieze percentage en de precieze inhoud van de sociale last dient te zijn.

In wat volgt, wordt eerst een overzicht gegeven van de voorwaarden die gelden voor de uitvoering van de sociale lasten in natura. Vervolgens wordt ingegaan op de attesteringsprocedure bij de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen (“VMSW”).

1. Voorwaarden

Artikel 4.1.20 van het Decreet Grond- en Pandenbeleid voorziet drie voorwaarden, waaraan voldaan moet zijn bij de uitvoering van een sociale last in natura.

Een eerste voorwaarde is dat het sociale woonaanbod moet voldoen aan de “Reglementaire normen” die gelden in hoofde van de sociale huisvestingsmaatschappijen. Het is niet duidelijk wat hiermee precies bedoeld wordt. In de memorie van toelichting werd aangekondigd dat de normen in het spoor van het Decreet Grond- en Pandenbeleid zouden worden uitgewerkt, op grond van o.m. de handleidingen, bouwtechnische beschrijvingen en concept- en ontwerponderrichtingen van de VMSW (de zgn. “ABC”- normen).³³ De Raad van State merkte evenwel terecht op dat deze documenten geen bindende rechtsnormen zijn, en ze nooit gepubliceerd werden in het *Belgisch*

³¹ Art. 4.1.17 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

³² B.Vl.Reg. van 30 oktober 2009 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 houdende de procedure voor de planning, de vaststelling en de goedkeuring van de uitvoeringsprogramma’s in het kader van de planmatige realisatie van sociale woonprojecten en houdende de financiering van verrichtingen in het kader van sociale woonprojecten en tot wijziging van diverse bepalingen op het vlak van wonen als gevolg van het decreet betreffende het grond- en pandenbeleid (B.S. 21 december 2009).

³³ *Parl.St.* 2008-09, l.c., 59-60.

Staatsblad, en dus ook niet tegenwerpelijk zijn.³⁴ Desalniettemin behouden deze normen, door de decretale verwijzing eraan, in de praktijk een bindend karakter.

De Vlaamse Regering heeft nog geen uitvoeringsbesluit genomen, waarin deze Reglementaire normen gespecificeerd worden. In het Besluit Sociale Lasten wordt thans voorzien dat, zolang de minister geen technische normen heeft vastgesteld waaraan sociale woningen en kavels moeten voldoen, de “ABC”- normen door VMSW moeten worden toegepast, nl. de Algemene handleiding woningbouw, de Bouwtechnische beschrijving en de Concepten voor sociale woningbouw.³⁵

De andere twee voorwaarden hebben betrekking op termijnen.

Zo moet de voltooiing der werken blijken uit de voorlopige oplevering of het dagboek der werken binnen de vijf jaar na de afgifte van de stedenbouwkundige- of verkavelingsvergunning in laatste aanleg, of indien de vergunning een uitvoering fasen voorziet³⁶, binnen een termijn van vijf jaar na de aanvang van de fase waarin het sociaal woonaanbod moet worden verwezenlijkt.

Ook moet het verlijden van de onderhandse akte van overdracht van de sociale huurwoningen (*cf. infra*), dan wel de indeplaatsstelling van de sociale huisvestingsmaatschappij in geval van het aanbieden van sociale koopwoningen of kavels, plaatsvinden binnen een termijn van vier maanden na de voltooiing van de werken, zoals deze blijkt uit de voorlopige oplevering of het dagboek der werken.

2. De attesteringsprocedure door het VMSW

Het Decreet Grond- en Pandenbeleid voorziet in een attesteringsprocedure in drie fasen, nl. voor de aanvang der werken,

³⁴ *Parl.St.* 2008-09, l.c., 535.

³⁵ Art. 50/1 § 2 Besluit Sociale Lasten: “Zolang de minister geen technische normen heeft vastgesteld overeenkomstig paragraaf 1, gaat de VMSW na of voldaan is aan de technische normen, opgenomen in de volgende documenten:

1° Algemene handleiding woningbouw- renovatie, goedgekeurd en bekrachtigd door de raad van bestuur van de VMSW op 12 september 2006;

2° Bouwtechnische beschrijving, goedgekeurd en bekrachtigd door de raad van bestuur van de VMSW op 12 september 2006;

3° Concepten voor sociale woningbouw- Leidraad voor bouwheer en ontwerpers, goedgekeurd en bekrachtigd door de raad van bestuur van de VMSW op 30 september 2008.

Het document, vermeld in het eerste lid, 1°, bevat een tabel om de maximale uitvoeringstermijn van de werkzaamheden te bepalen op basis van het aantal woningen en het type woningen.

Het document, vermeld in het eerste lid, 3°, bevat een simulatietafel om de maximumkostprijs per woning en voor het volledige project te bepalen.

Met behoud van de toepassing van artikel 20, § 3, vierde lid, van bijlage I zijn de tabel, vermeld in het tweede lid, en de tabel, vermeld in het derde lid, louter indicatief voor de realisatie van sociale huurwoningen en sociale koopwoningen.”

³⁶ Dit is thans een uitdrukkelijke mogelijkheid, gelet op art. 4.2.21 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening van 15 mei 2009, dat stelt: “Een vergunning kan melding maken van de verschillende fasen van een bouw- of verkavelingsproject. De aanvangsdatum van elke fase wordt uitdrukkelijk in de vergunning vermeld.”

voor de overdracht of indeplaatsstelling en na de overdracht of indeplaatsstelling (*cf. infra*).

Hoewel niet uitdrukkelijk bevestigd in de parlementaire voorbereiding, bestaat de *ratio legis* van deze attesteringsprocedure erin de brug te slaan met het sociaal woonaanbod dat krachtens de Vlaamse Wooncode wordt verwezenlijkt. Het VMSW moet de “eenheid” aan sociaal woonaanbod verzekeren.

a) Eerste fase

In een eerste fase, voor de aanvang der werken, dient het VMSW na te gaan of de plannen en lastenboeken conform zijn met de “Reglementaire normen” die gelden in hoofde van de sociale huisvestingsmaatschappijen.³⁷

Het Decreet Grond- en Pandenbeleid is evenwel niet geheel duidelijk wanneer precies dit deelattest kan aangevraagd worden. Het lijkt inderdaad mogelijk voor gemeenten om te vereisen dat reeds bij de vergunningsaanvraag een deelattest 1 voorligt, teneinde zeker te zijn dat het voorgestelde project beantwoordt aan de normen van sociale woningbouw en de sociale last dus ook effectief gerealiseerd zal worden. Indien na de realisatie van de sociale woningen geen drie deelattesten voorliggen, zullen deze sociale woningen immers niet meetellen in het door die gemeente te bereiken sociaal obectief.

Het Besluit Sociale Lasten voorziet dat de verkavelaar of bouwheer een ontwerp dossier dient samen te stellen, waarin hij aantoont dat hij voldoet aan de zogenaamde “ABC-normen” (*cf. supra*). Verkavelaars en bouwheren kunnen thans een gratis kopie van deze normen bestellen bij het VMSW.³⁸

Het VMSW dient binnen een termijn van 45 kalenderdagen na de betekening van het volledige ontwerp dossier, zich uit te spreken over deze conformiteit, en de beslissing ter zake terug aan de bouwheer of verkavelaar terug te zenden. Een gebrek aan, of een niet-tijdige kennisgeving, geven de verkavelaar of bouwheer het recht met de werken te starten.

Het is echter maar zeer de vraag of het VMSW de middelen en mankracht heeft om het gehele ontwerp dossier binnen deze relatief korte termijnen te kunnen beoordelen.

De parlementaire voorbereiding licht verder toe dat dit deelattest nog een fiscaal gunstige betekenis heeft. Doordat voldaan is aan de Reglementaire normen van de sociale huisvestingsmaatschappijen, wordt hieraan ook het gepast fiscale gevolg gegeven, nl. de verlaagde heffing van registratierechten (1,5 in plaats van 6 %) en de toepassing van een btw-tarief van 6 % i.p.v. 21 %.³⁹ Deze fiscale gunstregeling geldt enkel indien ook de andere twee deelattesten bekomen worden.

Een ander gevolg van dit deelattest is dat de bouwheer/verkavelaar het recht krijgt om de werkzaamheden te starten.⁴⁰ Het kan dus ook in het belang zijn van de verkavelaar/bouwheer om reeds voor het indienen van de aanvraag reeds een ontwerp dossier in te dienen bij het VMSW. Indien dit niet ge-

daan wordt, kan immers niet met de werken gestart worden op de 36e dag na aanplakking van de vergunning, zoals voorzien in artikel 4.7.19 § 3 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening. Het niet tijdig indienen van een ontwerp dossier kan dan ook bijkomende vertraging veroorzaken.

b) Tweede fase

Een tweede fase vindt plaats na de voltooiing der werken.

Het is mogelijk om voor de voltooiing van de werken een indicatief voorstel van prijsberekening te bezorgen aan het VMSW, wat betreft sociale koopwoningen en sociale kavels. In dat geval zal het VMSW, opnieuw binnen een termijn van 45 dagen, uitspraak dien over de conformiteit van het voorstel met de prijsnormen in bijlage I van het Besluit Sociale Lasten.⁴¹ Dit is een mogelijkheid, en alleszins geen verplichting. Voor sociale huurwoningen is deze indicatieve prijsberekeningsmogelijkheid niet opgenomen. Het is niet duidelijk wat hiervoor de reden is, en het is de vraag of het Besluit Sociale Lasten deze mogelijkheid effectief heeft willen uitsluiten.

Alleszins moet na de voltooiing der werken een definitief prijsvoorstel worden gedaan. Het VMSW dient zich opnieuw hierover uit te spreken binnen een termijn van 45 dagen na indiening van de hiervoor bestemde documenten.

De voormelde bijlage I maakt een onderscheid tussen de prijsbepaling voor sociale koop- en huurwoningen, en voor sociale kavels en bevat gedetailleerde berekeningen en diverse prijsonderdelen. In wat volgt, worden kort de basisprincipes ter zake uiteengezet.

Wat *sociale huurwoningen* betreft, gelden restrictieve prijsplafonds voor de verkoop van de woningen aan een sociale huisvestingsmaatschappij. De prijs is gelijk aan de som van de prijs van de grond en de woningen.

De prijs van de grond wordt geplafonneerd volgens de normen in het zogenaamde “Financieringsbesluit”⁴², en is gelijk aan de reële kostprijs van de aankoop, beperkt tot de schattingsprijs, geraamd door een ontvanger van de registratie en domeinen of door een commissaris van het comité tot aankoop, zonder rekening te houden met de gevolgen van de sociale last. De vergoeding is dus zeer beperkt: het prijsplafond bedraagt 15.000 EUR per te realiseren sociale huurwoning, in een aantal gevallen nog beperkt te verhogen.⁴³

De maximale verkoopprijs van de woningen is gelijk aan de kostprijs van de bouw van woningen, volgens de differenti-

⁴¹ Art. 19/3 § 2 Besluit Sociale Lasten.

⁴² Het Besluit van de Vlaamse Regering van 12 oktober 2007 houdende de financiering van de sociale huisvestingsmaatschappijen voor de realisatie van sociale huurwoningen en de daaraan verbonden werkingskosten.

⁴³ Deze vergoeding kan cumulatief verhoogd worden met:

- 5.000 EUR indien de gronden gelegen zijn in woongebied;
- 5.000 EUR als de gebouwde huurwoningen eenzinswoningen zijn;
- 12.500 EUR als de grond volledig uitgerust is.

Dit prijsplafond kan nog met 10 % worden verhoogd indien de gronden gelegen zijn in zgn. “Vlabinvestgebied”. Ook kunnen bepaalde extra kosten worden aangerekend, alsook de eventuele registratierechten.

³⁷ Art. 4.1.20 § 3 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

³⁸ Voor meer informatie: zie www.vmsw.be.

³⁹ *Parl.St.* 2008-09, Stuk 2012, nr. 1, 60.

⁴⁰ Art. 19/2 § 3 Besluit Sociale Lasten.

atie die gemaakt wordt in het Financieringsbesluit.⁴⁴ Ook de studiekosten⁴⁵ ten belope van een bedrag van 10 % en de btw op de kostprijs en de studiekosten is verschuldigd.

Ook voor *sociale koopwoningen* gelden prijsplafonds, die evenwel minder rigide zijn dan voor sociale huurwoningen. De maximumverkoopprijs is opnieuw gelijk aan de som van enerzijds de verkoopprijs van de grond en anderzijds de verkoopprijs van de woningen.

De verkoopprijs van de grond wordt vastgesteld per kavel, op basis van de lokale venale waarde van de bouwgrond in vrije verkoop, zoals geraamd door een ontvanger van de registratie en domeinen of door een commissaris van het comité tot aankoop. Van dit bedrag is slechts minimum 50 en maximaal 75 % aan te rekenen als verkoopprijs.⁴⁶

De verkoopprijs van de woningen is gelijk aan de som, inclusief btw, van de resp. kosten voor de bouw van woningen, meerwerken, studiekosten, afwerkingskosten en de provisie-, werkings- en financieringskosten.⁴⁷ Deze respectieve kostenposten worden geregeld in artikel 16 tot en met 21 van Bijlage I.

Voor *sociale kavels* is een gelijkaardige regeling voorzien als voor sociale koopwoningen. De verkoopprijs van de kavels wordt vastgesteld per kavel, op basis van de lokale venale waarde van de bouwgrond in vrije verkoop, zoals geraamd door een ontvanger van de registratie en domeinen of door een commissaris van het comité tot aankoop. Van dat bedrag is minimaal 50 % en maximaal 85 % vergoedbaar als verkoopprijs van de kavel.

De huidige prijsregeling lijkt op verschillende punten strijdig te zijn met het grondwettelijke gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, zoals voorzien in artikel 10 en 11 Gw.

Zo lijkt de huidige regeling van maximumprijzen een discriminatie in te voeren tussen privé- ontwikkelaars en sociale huisvestingsmaatschappijen, wat betreft sociale huurwoningen.

In het Decreet Grond- en Pandenbeleid en het Besluit Sociale Lasten wordt een verwijzing gemaakt naar de prijsplafonds van het Financieringsbesluit met betrekking tot sociale huurwoningen. Artikel 8 van Bijlage I bij het Besluit Sociale Lasten stelt in dit verband dat de kostprijs van de bouw van woningen, *maximaal* gelijk is aan het prijsplafond van artikel 6 § 2 van het Financieringsbesluit. Hetzelfde principe geldt voor de kostprijs van de grond, die maximum het prijsplafond van artikel 4 van het Financieringsbesluit mag bedragen. De

bedragen die in de voornoemde artikelen van het Financieringsbesluit zijn vastgesteld, zijn echter de prijsplafonds voor de *subsidies* die sociale huisvestingsmaatschappijen kunnen bekomen van de Vlaamse Overheid voor o.m. de bouw van sociale huurwoningen. Dit heeft echter niets te maken met de maximumprijzen die sociale huisvestingsmaatschappijen voor de verkoop van de sociale huurwoningen dienen toe te passen. Voor sociale huisvestingsmaatschappijen gelden geen dergelijke prijsplafonds, indien zij sociale huurwoningen zouden verkopen. Louter de indicatieve prijzen in de zgn. “ABC-normen” worden toegepast.

Dit scheidt een ongelijkheid. Zoals verder nog nader wordt uiteengezet, kunnen privé- ontwikkelaars immers niet zelf sociale huur- en koopwoningen en kavels aan de markt aanbieden, in tegenstelling tot sociale huisvestingsmaatschappijen. Dit heeft tot gevolg dat privé- ontwikkelaars slechts een maximumprijs voor sociale huur- en koopwoningen kunnen bekomen, terwijl dit niet geldt voor sociale huisvestingsmaatschappijen, voor de verkoop van een huurwoning, die nochtans in beide gevallen dient te beantwoorden aan de technische vereisten, opgenomen in de ABC-normen.

Een tweede discriminatie lijkt gelegen in het verschillende tarief voor de verkoopprijs van de grond, dat wordt vastgesteld voor sociale huurwoningen, sociale koopwoningen en sociale kavels. Zo wordt in het Besluit Sociale Lasten niet verantwoord waarom voor gronden waarop sociale koopwoningen worden opgericht, slechts maximum 75 % van de venale waarde van de verkochte grond kan worden bekomen, terwijl dit in geval van sociale kavels maximum 85 % is. Voor sociale huurwoningen is de vergoeding nog beperkter: het basisbedrag voor een dergelijke grond is slechts 15.000 EUR. Dit heeft tot gevolg dat, zonder enige verantwoording hiervoor, een zeer verschillende vergoeding voor de grond kan bekomen, voor eenzelfde grond, al naargelang de sociale “functie” die eraan zal gegeven worden.

Een derde discriminatie lijkt gelegen in het verschillende tarief dat wordt toegepast voor sociale koopwoningen en sociale huurwoningen. Voor sociale koopwoningen kan immers een bedrag worden bekomen, vastgesteld in de simulatietabel van de “C-normen”, terwijl voor sociale huurwoningen een zeer beperkt bedrag geldt, zoals naar verwezen in de subsidiebedragen van het Financieringsbesluit.

Tenslotte zij ook opgemerkt dat de Raad van State, afdeling wetgeving, oordeelde dat de “sociale lasten” onder het toepassingsgebied van artikel 16 G.W. (geen onteigening zonder billijke vergoeding) vallen als zijnde een eigendomsbeperking. Het Grondwettelijk Hof heeft immers in verscheidene recente arresten bevestigd dat het aankooprecht van een huurder van een sociale huurwoning in toepassing van de Vlaamse Wooncode onder het toepassingsgebied van artikel 16 G.W. valt.⁴⁸

De Raad van State ziet met betrekking tot het bescheiden woonaanbod een mogelijke schending van artikel 16 G.W., nu het niet duidelijk was of de maatregelen proportioneel zijn aan het doel, nu de privé- ontwikkelaar geen garantie heeft dat de

⁴⁴ Art. 6 § 2, eerste tot en met vijfde lid van het Financieringsbesluit maakt een onderscheid tussen bv. de kostprijs voor de bouw van een studio (55.000 EUR), een woning met een slaapkamer (75.000 EUR) etc. Dit forfait wordt verhoogd in geval van oprichting van een garage, carport, bovengrondse parkeerplaats, etc.

⁴⁵ Art. 6, § 3, eerste lid Financieringsbesluit:
1° het ereloon voor de studie en leiding van de werkzaamheden;
2° het ereloon van veiligheids- en gezondheidscoördinator;
3° het toezicht op de uitvoering van de opdracht;
4° de kosten van een keuring of van proeven;
5° de kosten voor het houden van de gunningsprocedure;
6° de kosten, verbonden aan de opmaak van een asbestinventaris.

⁴⁶ Artt. 13 en 14 van Bijlage I bij het Besluit Sociale Lasten.

⁴⁷ Art. 15 van Bijlage I.

⁴⁸ Zie o.m. GwH, nr. 33/2007 van 7 maart 2007, www.arbitrage.be.

woningen effectief verkocht zullen kunnen worden, en het niet voldoende is om te bepalen dat bij het lichten van de aankoopoptie de venale waarde van de gronden ten tijde van de afgifte van de verkavelingsvergunning of stedenbouwkundige vergunning zal betaald worden.⁴⁹ Aan deze opmerking werd geen gevolg gegeven.

Gelet op de huidige uitvoeringsbesluiten, stelt deze vraag zich des te scherper voor het sociale woonaanbod. Uit het Besluit Sociale Lasten volgt immers dat privé- ontwikkelaars, die ervoor kiezen om een sociale last in natura te realiseren, de gronden en woningen slechts aan maximumprijzen kunnen verkopen aan sociale huisvestingsmaatschappijen, of door indeplaatsstelling laten verkopen. Vooral de prijzen voor de gronden zijn zeer beperkt. Er wordt zelfs uitdrukkelijk bepaald voor sociale koopwoningen en kavels dat de maximumprijs slechts 75, dan wel 85 % van de venale waarde van de gronden kan bedragen. Dit lijkt in strijd te zijn met het grondwettelijk principe dat de onteigeningsvergoeding volledig dient te zijn. Ook is het maar zeer de vraag of een dergelijke verre gaande beperking van de vergoeding wel proportioneel is met het doel van sociale huisvesting.

c) Derde fase

In een laatste fase attesteert het VMSW of de overdracht (in geval van sociale huurwoningen), dan wel de indeplaatsstelling (in het kader van sociale koopwoningen en kavels), wel regelmatig verlopen is.

Het Decreet Grond- en Pandenbeleid voorziet voor sociale huurwoningen een verplichte aankoop volgens een cascadesysteem. In eerste instantie krijgen de lokale huisvestingsmaatschappijen, die binnen de gemeente projecten hebben verwezenlijkt, of deze waarvan de gemeente aandelen heeft, de gelegenheid om de sociale huurwoningen aan te kopen. In tweede instantie krijgen andere sociale woonorganisaties de keuze om tot aankoop over te gaan. Indien geen van beide wil aankopen, moet het VMSW de sociale huurwoningen aankopen binnen een termijn van vier maanden na de eerste aanbieding van de huurwoningen.⁵⁰

Voor sociale koopwoningen en sociale kavels, geldt een verplichte indeplaatsstelling, waarbij een sociale huisvestingsmaatschappij in naam en voor rekening van de bouwheer of verkavelaar wordt aangeboden op de markt. Hiertoe moeten de bouwheer of verkavelaar een zogenaamde administratieovereenkomst afsluiten. In de parlementaire voorbereiding wordt verduidelijkt dat een dergelijke overeenkomst een voorwaarde vormt voor de uitvoerbaarheid van de vergunning.⁵¹

Bij het verkrijgen van het derde deelattest is het fiscale voordeel inzake registratierechten en btw definitief verworven, en wordt de financiële waarborg die moest worden gegeven door de bouwheer of verkavelaar ter realisatie van de sociale last, vrijgegeven. Indien deelattest 3 om één of andere reden

niet wordt verkregen, wordt het fiscale voordeel geacht nooit te hebben bestaan.⁵²

Het Decreet, noch de thans reeds tot stand gekomen uitvoeringsbesluiten, voorzien echter in meer specifieke bepalingen omtrent de administratieovereenkomst. Zo is het thans onduidelijk welke de precieze bepalingen kunnen en dienen te zijn van een dergelijke overeenkomst. Ook is het Decreet onduidelijk over het tijdstip waarop een dergelijke overeenkomst precies moet zijn afgesloten. Gemeenten kunnen vragen een dergelijke administratieovereenkomst reeds af te sluiten voorafgaandelijk aan de stedenbouwkundige- of verkavelingsaanvraag. Zo is de vergunningverlenende overheid zeker dat de sociale koopwoningen en kavels ook effectief verkocht zullen kunnen worden. Het zou overigens in strijd zijn met artikel 4.2.19 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening⁵³ om een vergunningsvoorwaarde op te leggen, waarvan de uitvoering eigenlijk niet enkel afhangt van de vergunninghouder.

In de huidige regelgeving is het dus aan private bouwheren en ontwikkelaars niet toegestaan om zelf, zonder bemiddeling van een sociale huisvestingsmaatschappij, woningen aan te bieden aan de betreffende doelgroepen. Ook hier kan de vraag worden gesteld of deze maatregel niet strijdig is met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.

Zo had men bv. kunnen toestaan dat de private bouwheren en ontwikkelaars zelf de sociale koopwoningen en kavels aan de markt aanbieden, en het VMSW dan de overdracht laten attesteren. De eerste twee fasen van de attesteringsprocedure garanderen trouwens voldoende dat de woningen beantwoorden aan de toepasselijke technische en prijsnormen voor sociale woningen. De derde fase zou dan kunnen dienen om de attesteren of de overdracht aan de juiste doelgroepen van personen gebeurt. Het sluiten van een administratieovereenkomst met een sociale huisvestingsmaatschappij is dan een mogelijkheid en geen verplichting.

B. Overdracht van gronden aan een sociale woonorganisatie

Een tweede mogelijkheid van uitvoering van de sociale last is de verkoop van de voor het vooropgestelde sociaal woonaanbod vereiste gronden aan een sociale woonorganisatie.

Deze verkoop dient te gebeuren volgens hetzelfde cascade-systeem als hetgeen geldt bij de verkoop van sociale huurwoningen onder de uitvoering van sociale lasten in natura. Opnieuw krijgen eerst de lokale huisvestingsmaatschappijen, die projecten binnen dezelfde gemeente hebben gerealiseerd, of waarin de gemeenten aandeelhouders zijn, de kans om de gronden aan te kopen. Vervolgens krijgen andere sociale

⁵² Art. 4.1.20 § 5 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

⁵³ Art. 4.2.19 Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening: “§ 1. Onverminderd de voorwaarde van rechtswege in de zin van § 2, kan het vergunningverlenende bestuursorgaan aan een vergunningvoorwaarden verbinden. Voorwaarden zijn voldoende precies. Zij zijn redelijk in verhouding tot de vergunde handelingen. Zij kunnen worden verwezenlijkt door enig toedoen van de aanvrager. Zij kunnen de uitvoering van de vergunde handelingen niet afhankelijk maken van een bijkomende beoordeling door de overheid.”

⁴⁹ Parl.St. 2008-09, Stuk 2012, nr. 1, 526.

⁵⁰ Art. 4.1.21 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

⁵¹ Parl.St. 2008-09, Stuk 2012, nr. 1, 59-61.

woonorganisaties de kans om de gronden aan te kopen. In laatste instantie moet het VMSW de gronden aankopen.

Dit alles dient te gebeuren binnen een termijn van vier maanden na de eerste aanbieding van de gronden.

De oprichting van de sociale huur- of koopwoningen worden dan vervolgens gerealiseerd door de sociale huisvestingsmaatschappijen.

Een belangrijk verschil met het systeem van verkoop van sociale huurwoningen in natura, waarbij de private ontwikkelaar zelf deze woningen opricht, is de prijs die bekomen kan worden voor de gronden. In geval de private ontwikkelaar zelf de woningen opricht, kan hij immers slechts maximum 75 % van de venale waarde van de gronden verkrijgen, terwijl dit 100 % van de venale waarde van de gronden is, als hij de gronden verkoopt zonder de woningen zelf te bouwen.

Noch in het Decreet Grond- en Pandenbeleid, noch in de parlementaire voorbereiding ervan wordt dit verschil gemotiveerd. Het lijkt dan ook weinig interessant te zijn om de sociale huurwoningen zelf op te richten: er kan slechts een deel van de venale waarde voor de gronden worden gekregen, er dient een zware attesteringsprocedure te worden gevolgd, en de woningen zelf dienen te beantwoorden aan zeer specifieke normen. Wat sociale huurwoningen betreft, is de vergoeding daarenboven zeer restrictief geplafonneerd.

C. Verhuring van verwezenlijkte woningen aan een sociaal verhuurkantoor

Een laatste manier van uitvoering van de sociale last, vormt de verhuring van binnen een verkaveling of bouwproject verwezenlijkte woningen aan een sociaal verhuurkantoor, onder een aantal voorwaarden:

- er wordt een hoofdhuurovereenkomst afgesloten tussen verkavelaar of bouwheer en het sociaal verhuurkantoor uiterlijk op datum van afgifte van de verkavelings- of stedenbouwkundige vergunning;
- deze huurovereenkomst geldt voor een periode van ten minste 27 jaar;
- de huurprijs van de woning mag op de inschrijvingsdatum niet meer bedragen dan 485 EUR, te verhogen met 7 % per slaapkamer vanaf de tweede, en maximaal te verhogen met 28 % met dien verstande dat deze bedragen gekoppeld worden aan het gezondheidsindexcijfer van oktober 2006 en jaarlijks op 1 januari aangepast worden aan het gezondheidsindexcijfer van de maand oktober, die voorafgaat aan de aanpassing, en afgerond worden op het hogere tiental.⁵⁴

⁵⁴ Art. 4.1.26 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

IV. Bescheiden woonaanbod

A. Principe van de stedenbouwkundige last

Voor dezelfde categorieën bouw- en verkavelingsprojecten, moet mogelijk ook een verplicht percentage aan “bescheiden woonaanbod” worden gerealiseerd.

In de parlementaire voorbereiding van het Decreet wordt verder aangehaald dat de toevoeging van een “bescheiden woonaanbod” noodzakelijk is om betaalbaar wonen te kunnen verzekeren. De kavelgroottes en bouwvolumes uit de definitieve voorstellen voor kleine woningen en kleine kavels in woongebied uit het besluit van de Vlaamse regering van 11 april 2008 tot vaststelling van de nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen.⁵⁵ Deze kavelgroottes en bouwvolumes worden beperkt gehouden om de betaalbaarheid van het woonaanbod te kunnen verzekeren.⁵⁶

De decreetgever heeft de minimum- en maximumpercentages aan bescheiden woonaanbod decretaal verankerd, als een gevolg van het negatieve advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving, ter zake. Oorspronkelijk was het immers voorzien in voornoemd artikel dat de percentages zouden worden gespecificeerd in een Vlaams Reglement Bescheiden Wonen. Terecht oordeelde de Raad van State dat een dergelijke delegatie aan de uitvoerende macht onverenigbaar was met het grondwettelijke legaliteitsbeginsel.⁵⁷

“Bescheiden woningen” zijn volgens het Decreet Grond- en Pandenbeleid kavels met een oppervlakte van ten hoogste 500 m², woonhuizen met een bouwvolume van ten hoogste 550 m³ en overige woongelegenheden met een bouwvolume van ten hoogste 240 m³.⁵⁸

Deze categorie van woningen werden door de decreetgever ingevoerd, naast de sociale woningen, om zo een vollediger spectrum aan “betaalbaar woonaanbod” te kunnen realiseren.⁵⁹ Een meer effectieve implementatie van de sociale pijler van artikel 23 Gw. is inderdaad één van de belangrijkste peilers van het Decreet Grond- en Pandenbeleid.

Over het te realiseren percentage van bescheiden woonaanbod bestaat thans onduidelijkheid.

Artikel 4.2.1 van het Decreet Grond- en Pandenbeleid bepaalt de normen van bescheiden woonaanbod als volgt. Voor gronden die eigendom zijn van Vlaamse besturen of Vlaamse semipublieke rechtspersonen: 40 %, en voor gronden die in eigendom zijn van overige natuurlijk of rechtspersonen: 20 %. Deze percentages zijn echter te verminderen “met het op grond van op krachtens het gemeentelijk Reglement Sociaal Wonen opgelegde percentage inzake de verwezenlijking van een sociaal woonaanbod”.⁶⁰

⁵⁵ B.S. 1 augustus 2008.

⁵⁶ *Parl.St.* 2008-09, l.c., 42.

⁵⁷ *Parl.St.* 2008-09, l.c., 523-524.

⁵⁸ Art. 1.2.1 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

⁵⁹ *Parl.St.* 2008-09, l.c., 42.

⁶⁰ Art. 4.2.1 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

Indien het Gemeentelijk Reglement Sociaal Wonen bepaalt dat niet het maximumpercentage van 20 % (voor gronden met een private eigenaar), dan wel 40 % (voor gronden in eigendom van Vlaamse Besturen of Vlaamse semipublieke rechtspersonen) moet worden ingevuld met sociaal woonaanbod, dan moet het restpercentage van de gronden worden ingevuld met bescheiden woonaanbod.

Naast sociale lasten worden aan de in het Decreet voorziene bouw- en verkavelingsprojecten, dus ook bescheiden woonlasten opgelegd. In geval een gemeentelijk Reglement Sociaal Wonen werd aangenomen, worden de in het Decreet bepaalde maximumpercentages verminderd met de opgelegde percentages aan sociaal woonaanbod. Aldus bepaalt het Decreet de maximumpercentages aan te realiseren sociaal woonaanbod, en is het minimale te realiseren percentage afhankelijk van het Gemeentelijk Reglement Sociaal Wonen (en de Gemeentelijk Verordening Bescheiden Wonen- zie verder). Indien geen Reglement Sociaal Wonen wordt aangenomen, is het minimumpercentage sociaal woonaanbod gelijk aan het decretale maximum van 20 of 40 %. Deze regeling staat toch op gespannen voet met het advies van de Raad van State.

De Raad van State had immers gesteld dat het vanuit het legaliteitsbeginsel absoluut noodzakelijk was om de minimum- en maximumpercentages aan sociaal- en bescheiden woonaanbod decretaal te verankeren. Doch de op te leggen normen zijn nog in belangrijke mate afhankelijk van de onderscheiden gemeentelijke Reglementen. De decreetgever heeft als een gevolg van dit advies het ontwerp aangepast. Oorspronkelijk was het de bedoeling om deze percentages vast te leggen in een Vlaams Reglement Sociaal Wonen.

Verder valt weerom een ongelijke behandeling op. Enkel wanneer een gemeentelijk Reglement Sociaal Wonen werd aangenomen, kan het decretale percentage voor bescheiden woonaanbod verminderd worden. Waarom deze vermindering niet zou kunnen worden toegepast in geval een RUP normen oplegt inzake bescheiden woonaanbod, of in geval de gemeente in de vergunning zelf de normen inzake sociaal wonen bepaalt, is nergens in de parlementaire voorbereiding terug te vinden.

B. Gemeentelijke Verordening Bescheiden Wonen

Ook kan een gemeenteraad een gemeentelijke stedenbouwkundige Verordening Bescheiden Wonen vaststellen.

In een dergelijke verordening kan de gemeenteraad de percentages aan bescheiden woonaanbod vaststellen, die nog moeten worden opgelegd nadat het gemeentelijk bindend sociaal objectief is gerealiseerd. Zij kan in dat geval beslissen om lagere percentages toe te passen, of zelfs geen bescheiden woonaanbod meer op te leggen.

Ook kan een dergelijke Verordening “objectieve en pertinente motieven” bevatten op grond waarvan het vergunningverlenende bestuursorgaan afwijkingen in min kan toestaan op de decretaal voorziene percentages, zoals onder meer de omvang, de vorm, de ligging of de inplanting van de verkaveling of het bouwproject of het in de omgeving reeds bestaande

bescheiden of sociaal woonaanbod. Dergelijke afwijking kan evenwel nooit tot gevolg hebben dat een percentage aan bescheiden woonaanbod moet worden gerealiseerd, dat lager is dan de helft van het decretaal voorziene percentage.

Ook kan de gemeenteraad in een dergelijke Verordening onder meer de maximale oppervlakte- en volumennormen voor het bescheiden woonaanbod verder beperken.⁶¹ Deze normen kunnen worden gemoduleerd in functie van de gezinssamenstelling.

C. RUP's

De RUP's en plannen van aanleg, zoals vermeld onder 2.3.3, voorzien in principe in een objectief van 40 % bescheiden woningen, verminderd met het te verwezenlijken percentage inzake sociaal woonaanbod. Ook hier geldt een afwijkingsmogelijkheid tot een minimum van een procentueel objectief van 10 %, voor zover dit verantwoord wordt vanuit het bestaande en geplande sociale woonaanbod, sociale contextfactoren en de ruimtelijke karakteristieken van het nieuwe woongebied.⁶²

D. Uitvoeringswijzen

De verkavelaar of bouwheer heeft drie opties om de sociale last van realisatie van een percentage bescheiden woonaanbod te realiseren. Een eerste manier bestaat erin om de last uit te voeren in natura. Een tweede manier betreft de verkoop van de voor het vooropgestelde woonaanbod vereiste gronden aan een sociale woonorganisatie of aan een openbaar bestuur. Een laatste wijze is de storting van een bijdrage aan de gemeente waarbinnen het verkavelingsproject of het bouwproject ontwikkeld wordt.

In geval van uitvoering van de sociale last *in natura*, dient de verkavelaar of bouwheer het bescheiden woonaanbod binnen een termijn van acht jaar na de afgifte van de vergunning in laatste administratieve aanleg, of na aanvang van de voorziene fase in de vergunning, worden verwezenlijkt. De uitvoering van deze last wordt gegarandeerd door het verlenen van een aankoopoptie op de nog op te richten woningen aan een sociale woonorganisatie of een openbaar bestuur.⁶³ De aankoopoptie vervalt indien het niet wordt uitgeoefend binnen de drie jaar na het verstrijken van de vernoemde termijn.

Een groot verschil met het sociaal woonaanbod is evenwel dat er geen aankoopverplichting bestaat voor de sociale huisvestingsmaatschappijen (of de openbare besturen) in dit geval, maar enkel een aankoopoptie. De attesteringsprocedure bij het VMSW moet evenmin worden doorlopen, en de gebouwen dienen niet te beantwoorden aan de zogenaamde “ABC-normen”. Ook bestaat momenteel nog onzekerheid over de prijzen van de woningen en de gronden onder deze nieuwe pijler van “betaalbaar wonen”. Het Decreet Grond- en Pandenbeleid stelt weliswaar dat de Vlaamse regering indicatieve streefprijzen zal vaststellen voor de verkoop en verhuur van bescheiden wo-

⁶¹ Art. 4.2.2. § 1 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

⁶² Art. 4.2.4 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

⁶³ Art. 4.2.6 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

ningen en verkoop van de kavels⁶⁴, maar aan deze bepaling is nog geen uitvoering gegeven. Er bestaat dus nog heel wat rechtsonzekerheid rond de uitvoering van een bescheiden woonaanbod in natura.

Een bouwheer of verkavelaar kan er evenwel ook voor opteren om de gronden, waarop het bescheiden woonaanbod moet worden gerealiseerd, te verkopen aan sociale woonorganisatie of een openbaar bestuur, tegen de venale waarde, geraamd door de ontvanger van registratie en domeinen of een commissaris van het comité tot aankoop. Het cascadesysteem dat bestaat in geval van verkoop van sociale woningen, is hier niet van toepassing. Een ander verschil is dat er ook hier geen aankoopverplichting geldt, in hoofde van het VMSW, zo geen openbaar bestuur of sociale huisvestingsmaatschappij bereid is om de gronden te kopen. In deze omstandigheden, lijkt het aan te raden om voorafgaandelijk aan de indiening van een vergunningsaanvraag reeds een verkoopovereenkomst aan te gaan met één van de voornoemde instanties, met een ontbindende voorwaarde indien de vergunning niet bekomen worden, zoals het decreet ook zelf suggereert⁶⁵

Een laatste mogelijkheid bestaat in de betaling van een bijdrage te betalen aan de gemeente waarbinnen het project gerealiseerd wordt. Deze bijdrage is gelijk aan het geïndexeerde forfaitaire bedrag waaraan hoogstens beperkte investeringen moeten worden gedaan voor ze ter beschikking worden gesteld als sociale huurwoningen. Deze bijdrage is evenwel slechts mogelijk met instemming van het vergunningverlenende bestuursorgaan (het College van Burgemeester en Schepenen) en in zoverre het project niet gelegen is in een woonuitbreidings- of woonreservegebied of een voormalig woonuitbreidings- of woonreservegebied.

Hoewel de regeling met betrekking tot het bescheiden woonaanbod een beschermingswaardig doel dient, kan men er toch niet aan voorbijgaan dat ze in haar huidige concept wel een zeer zware last legt op private ontwikkelaars. Niet in het minst omdat er zoveel rechtsonzekerheid bestaat.

Dit terwijl de Raad van State, afdeling wetgeving, ook reeds in de parlementaire voorbereiding vragen had omtrent de verenigbaarheid van het sociale woonaanbod met artikel 16 Gw. De Raad vroeg zich af of de maatregelen wel proportioneel waren met het doel, en suggereerde daarom om de bijdragemogelijkheid ook voor het bescheiden woonaanbod te voorzien, en in het minst de duur van de aankoopoptie te regelen.⁶⁶ Hoewel aan deze opmerkingen tegemoet gekomen werd in de finale versie van het decreet, blijft de vraag of de huidige eigendomsbeperkende maatregel wel proportioneel is met haar doel.

V. Conclusie

Hoewel de figuur van de sociale last, gekoppeld aan de stedenbouwkundige- of verkavelingsvergunningen van een zekere omvang, in bepaalde gevallen een mechanisme kan vormen om sociale woningbouw te bevorderen, moet toch worden opgemerkt dat de huidige regeling op juridisch vlak nog heel wat onzekerheden en mogelijk on(grond)wettigheden in zich draagt.

Zo is het vanuit het gelijkheidsbeginsel niet evident dat groepswooningbouwprojecten reeds vanaf 10 eenheden onder het toepassingsgebied van de normering inzake sociale lasten vallen, en dit voor appartementen slechts het geval is voor 50 eenheden. Of dit onderscheid van behandeling louter verantwoord kan worden door een verwijzing naar het juridische regime in Nederland, dat dan nog op vele vlakken zeer verschillend is, is zeer de vraag. Ook stelt zich de vraag of het niet werkelijk de bedoeling was van de decreetgever om de vrijstellingsregeling te beperken tot de situatie van eigendomsoverdracht, en dus de vestiging van een erfpacht of opstal uit te sluiten.

Wat het sociaal woonaanbod betreft, moet de gedetailleerde attesteringsprocedure bij het VMSW garanderen dat voldaan wordt aan de technische en financiële vereisten, die gelden op het vlak van sociale woningen. De uitvoering van een sociale last in natura wordt echter administratief zeer zwaar en blijft niet interessant, gelet op onder meer de kosten die gemaakt moeten worden in de attesteringsprocedure (onderzoeken, dossiervoorbereiding) en de prijsplafonds die gelden. Wat betreft de grondprijs, valt het verschil in behandeling op tussen sociale kavels met een verkoopprijs van 85 % van de venale waarde en gronden met sociale koopwoningen, met een verkoopprijs tot 75 % van de venale waarde.

Het bescheiden woonaanbod is decretaal onvoldoende geregeld, en er bestaat thans over de meest fundamentele zaken rechtsonzekerheid. Naast de onduidelijke bedoelingen van de decreetgever in verband met de gecumuleerde toepassing van de normen inzake bescheiden én sociaal woonaanbod, de disproportionaliteit van deze cumulatieve toepassing, blijft vandaag nog steeds onzekerheid bestaan over de verkoopprijs voor bescheiden woningen: de Vlaamse regering heeft immers nog geen indicatieve streefprijzen vastgelegd. Noch in het geval van uitvoering van de sociale last in natura, noch in het geval van verkoop van de gronden aan een sociale woonorganisatie of een openbaar bestuur geldt trouwens een aankoopverplichting in hoofde van deze instanties. In deze omstandigheden is het eigendomsbeperkend karakter van deze maatregelen verregaand. Deze verregaande normering opleggen voor elk residentieel project, ongeacht het bestemmingsgebied van de grond of de behoeften in die streek, is zeer schrijnend.

⁶⁴ Art. 4.2.9 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

⁶⁵ Art. 4.2.7 Decreet Grond- en Pandenbeleid.

⁶⁶ *Parl.St.* 2008-09, *I.c.*, 525-526.