

Bouwovertredingen – stand van zaken verjaring – hoe ermee omgaan.

Als vastgoedmakelaar word je wel eens geconfronteerd met een boze burger die na aankoop komt klagen dat er een bouwovertreding op het goed rust. Een metertje teveel gebouwd, een niet vergunde aanbouw tot zelfs een volledig verdiep op een appartementsgebouw zonder vergunning. Hoe moeten we daar nu mee omgaan?

Vergunningsplicht - sancties

Elkeen die bouwwerken, wijzigingen aanbrengt aan zijn onroerend goed dient een stedenbouwkundige vergunning aan te vragen. Enkel instandhoudings- en onderhoudswerkzaamheden en kleine werken zijn vrijgesteld van een dergelijke vergunning.

Op vandaag zitten we wat de vergunningsaanvraag betreft nog steeds met een tweeledig systeem. De aanvraag van vergunningen voor gemeenten die nog niet ontvoogd zijn vallen onder het oude systeem en zijn onderhevig aan de bepalingen van het Decreet Ruimtelijke ordening gecoördineerd op 22 oktober 1996.

Gemeenten die voldoen aan de voorwaarden van artikel 193§1 van het nieuwe decreet van 18 mei 1999 (afgekort DRO), volgen deze nieuwe wetgeving. (momenteel zo'n 30-tal gemeenten, zie voor een upgedate lijst op www.ruimtelijkeordering.be)

Het gebrek aan een stedenbouwkundige vergunning wordt zowel strafrechtelijk als burgerrechtelijk gesanctioneerd.

Artikel 146, 1° DRO bepaalt dat de uitvoering, de voortzetting of de instandhouding zonder voorafgaande geldige vergunning gesanctioneerd wordt met een gevangenisstraf van 8 dagen tot 5 jaar en een geldboete van 26 euro tot 400.000 euro. De minimumstraffen zijn hoger wanneer deze misdrijven worden gepleegd door instrumenterende ambtenaren en vastgoedmakelaars.

Zowel de bouwheer als de professioneel kunnen strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld voor de werkzaamheden zonder vergunning. Onder bouwheer moet niet alleen verstaan worden de eigenaar van het onroerend goed, maar ook elkeen die meehielp met de totstandkoming van de werken, of die toestond of aanvaard heeft dat de werken uitgevoerd, voortgezet of instandgehouden werden. De aannemer, onderaannemer die de werken uitvoert of de architect die de werken controleert is verplicht zich de vergunning te laten voorleggen, zodat hij als professioneel ook mee verantwoordelijkheid draagt, voor zover kan aangetoond worden dat er een algemeen opzet van die professionelen bestaat, bv. dat zij zich niet hebben verzet tegen deze werken.

Veelal in kader van vastgoedtransacties wordt de makelaar geconfronteerd met de problematiek van de instandhoudingsmisdrijven. Dit is het misdrijf dat erin bestaat de niet vergunde werken niet te beëindigen (bv. door regularisatie of afbraak van de niet vergunde delen).

Dit instandhoudingsmisdrijf kon dus niet alleen gepleegd worden door de aanvankelijke bouwheer en alle bouwparticipanten die er bij betrokken waren, maar ook door de nieuwe eigenaar die het onroerend goed met een bestaand bouwmisdrijf had gekocht. De koper kon evenwel niet verantwoordelijk gesteld worden voor het bouwmisdrijf op zich.

Door een decreet van 4 juni 2003 werd het handhavingsbeleid van stedenbouwkundige misdrijven gewijzigd. Het instandhouden van niet vergunde stedenbouwkundige handelingen was niet meer strafbaar, behoudens drie uitzonderingen, later door het Arbitragehof verengd tot 1 uitzondering, met name de ruimtelijk kwetsbare gebieden (natuurgebieden, bosgebieden, ...).

De gevolgen van het arrest waren niet volledig duidelijk naar verjaring van de stedenbouwmisdrijven. De verjaring is de beëindiging van de mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging na het voltooiën van het bouwmisdrijf. Een bouwmisdrijf verjaart na verloop van 5 jaar.

In een arrest van het Arbitragehof dd. 19 januari 2005 werd duidelijk bevestigd dat het de bedoeling van de wetgever is het bouwmisdrijf niet langer te beschouwen als een voortdurend misdrijf en de strafbaarstelling van de instandhouding te schrappen. Met andere woorden kunnen bouwmisdrijven verjaren van zodra de wederrechtelijke bouwwerken zijn beëindigd.

Voor de instandhoudingsmisdrijven kan er enkel nog strafrechtelijke vervolging bestaan voor het instandhouden van een niet vergunde toestand in ruimtelijk kwetsbare gebieden.

De koper van een onroerend goed zou dus nog kunnen vervolgd worden voor volgende feitelijkheden, mits de nieuwe titularis kennis heeft van het misdrijf en geen herstel doorvoert:

- bouwmisdrijf: afwerking van een niet vergunde constructie na aankoop, bv. afbouwen van een bij aankoop niet volledig voltooide garage.
- instandhoudingsmisdrijf: enkel indien het onroerend goed zich bevindt in ruimtelijk kwetsbaar gebied.

De verkoper zal enkel nog kunnen vervolgd worden na overdracht voor volgende feitelijkheden:

- bouwmisdrijf: tot vijf jaar na het einde van de niet vergunde constructies
- instandhoudingsmisdrijf: tot vijf jaar na de overdracht.

Door de beperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de koper zijn niet alle problemen voor de koper verdwenen.

Op burgerrechtelijk vlak blijft nog de problematiek van de herstellvordering. Hoewel deze zowel voor de strafrechter als voor de burgerlijke rechter kan worden gevorderd, blijft deze sanctie van burgerrechtelijke aard.

In toepassing van artikel 149 § 1 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening kan de rechtbank op vordering van de stedenbouwkundige inspecteur of van het college van burgemeester en schepenen beslissen een herstelmaatregel op te leggen.

Volgens deze decretale wetgeving heeft men vier mogelijke sancties:

- herstel in oorspronkelijke toestand
- staking van het strijdige gebruik
- uitvoeren van aanpassingswerken
- geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen

Sinds de wijziging van het decreet van 4 juni 2003 werd de bepaling van een meerwaarde als meest belangrijke sanctie naar voor geschoven, tenzij het bevel tot staking niet zou worden nageleefd, onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder wordt veroorzaakt of een onherstelbare inbreuk op de stedenbouwwetgeving zou ontstaan.

Indien op strafrechterlijk vlak het bouw misdrijf of het instandhoudingsmisdrijf is verjaard kan op vandaag geen herstellvordering worden ingeleid voor de strafrechter.

Veel discussie in rechtspraak en rechtsleer ontstond rond de vraag of men – nu het instandhouden van een stedenbouwmisdrijf niet meer strafbaar was – nog een herstellvordering kan opleggen.

Wanneer men de letter van het decreet naleest, zou vandaag geen strafsancie meer opgelegd kunnen worden (geen boete of gevangenisstraf), maar wel nog een herstellvordering.

Dus zou men nog steeds de betaling van een meerwaarde kunnen bevelen.

Aanvankelijk had het Hof van Beroep van Antwerpen de bedoelingen van de decreetgever gevolgd, door te stellen dat er ook geen herstellvorderingen meer konden worden opgelegd.

Door het recente arrest van het Hof van Cassatie van 13 september 2007 werd deze stelling van de baan geveegd. Het Hof van Cassatie bevestigt dat de opheffing van het strafbaar karakter van het misdrijf van instandhouding, het verval van de op het misdrijf gesteunde

strafvordering tot het gevolg heeft. Dus de opgestarte procedure bij de Procureur des Konings zou komen te vervallen.

Maar volgens het Hof van Cassatie heeft dat niet tot gevolg dat de burgerlijke rechter niet langer kan oordelen over de herstellvordering, wanneer deze tijdig is ingesteld. Zelfs al is het bouw- of instandhoudingsmisdrijf strafrechtelijk verjaard, toch zou er nog een herstellvordering worden ingesteld.

De herstellvordering verjaart volgens de heersende rechtsleer na 20 jaar, doch wanneer er kennis is van de schade verjaart deze na 5 jaar. Werd bv. een PV van vaststelling van het misdrijf door de stedenbouwkundige ambtenaar opgesteld, dan volgt hieruit een bewijs van kennisname, dus is er vanaf dat moment 5 jaar tijd voor het instellen van een herstellvordering. Wordt er geen kennisname gedaan, dan is er zeker een verjaring na 20 jaar na de beëindiging van de wederrechtelijke constructies.

Onderzoeksplicht en remedies

Het is duidelijk dat de koper niet altijd zekerheid heeft wanneer hij het onroerend goed aankoopt, zelfs niet na tussenkomst van een makelaar.

De makelaar kan vooreerst geen kennis hebben van het bouwmisdrijf, zodat hem moeilijk iets kan ten laste gelegd worden, tenzij hij zijn voorzichtigheidsplicht en onderzoeksplicht niet voldoende zou zijn nagekomen.

Hoe kan de makelaar nu eventuele bouwmisdrijven opsporen?

Bij het aanleggen van een verkoopdossier zal de vastgoedmakelaar uiteraard eerst de stedenbouwkundige gegevens opvragen. Voor gemeenten die reeds een plannen- en vergunningenregister hebben, zal dit een sluitstuk zijn die verplicht dient opgevraagd te worden in de gemeente op grond van art. 142 en 146 DRO.

Vergeet niet dat deze informatie voor die gemeenten verplicht in de advertentie dient te worden opgenomen. Deze advertentie moet een antwoord bevatten op onderstaande vragen:

- is er voor het goed een stedenbouwkundige vergunning uitgereikt?
- wat is de meest recente stedenbouwkundige bestemming, zoals vermeld in het vergunningenregister?
- is er voor het goed een dagvaarding en herstellvordering uitgebracht? welke beslissingen zijn er in de zaak genomen?
- rust er op het goed een voorkooprecht in het kader van een uitvoeringsplan?
- is er voor het goed een verkavelingsvergunning van toepassing?

De vermelding in de advertentie mag verkort opgenomen worden aan de hand van de door de wet aangeduide afkortingen:

1. Vg Vergunning uitgereikt
Gvg Geen vergunning uitgereikt

2. Wg Woongebied
Wche Woongebied met een culturele, historische en/of esthetische waarde
Wp Woonpark
Wug Woonuitbreidingsgebied
Igb Industriegebied
Iab Industriegebied voor ambachtelijke bedrijven of gebieden voor kleine en middelgrote ondernemingen
Gdr Gebied voor dagrecreatie
Gvr Gebied voor verblijfsrecreatie
Ag Agrarisch gebied
Lwag Landschappelijk waardevol agrarisch gebied
Bg Bosgebied
Ng Natuurgebied
Nr Natuurreservaat
Pg Parkgebied

3. Dv Dagvaarding uitgebracht
Gdv Geen dagvaarding uitgebracht

4. Vkr Voorkooprecht ruimtelijke ordening aanwezig
Gvkr Geen voorkooprecht ruimtelijke ordening aanwezig

5. Vv Verkavelingsvergunning
Gvv Geen verkavelingsvergunning

Die mededelingsplicht geldt nog niet voor de informatie die wordt aangevraagd bij de gemeenten die nog niet voldoen aan de voorwaarden van het nieuwe decreet. Alleen de notaris heeft dergelijke verplichtingen.

Dit belet niet dat de makelaar een informatieverplichting heeft naar de kandidaat-kopers met betrekking tot de stedenbouwkundige toestand van het onroerend goed. Reeds lange tijd bestaat de praktijk dat makelaars op de gemeente een (niet bindende) lijst met stedenbouwkundige inlichtingen kunnen opvragen, meestal tegen betaling.

Het is onontbeerlijk voor de vastgoedmakelaar om dergelijke lijst op te vragen, zodat de koper correct geïnformeerd kan worden bij de bemiddelling.

Een dergelijke lijst geeft geen zekerheid dat er al dan niet een stedenbouwkundig misdrijf werd *gepleegd*. Het geeft enkel weer dat er in het voorkomend geval een misdrijf werd *vastgesteld*.

Uiteraard kan een vastgoedmakelaar slechts verantwoordelijk worden geacht, voor hetgeen door hem publiekelijk kan opgevraagd worden. Dus zou hij enkel rekening moeten houden met de vastgestelde bouwmisdrijven.

Toch is enige voorzichtigheid geboden. Wanneer overduidelijk zou komen vast te staan dat de toestand niet in overeenstemming kan zijn met de vergunde toestand dan zou de makelaar als vastgoedspecialist toch in

de brokken kunnen delen, voor zover er zou geoordeeld worden dat de makelaar er kennis van had moeten hebben.

Het is immers niet omdat de overheid nog niets heeft vastgesteld, dat er toch duidelijk een bouwmisdrijf gepleegd is, vb. een gebouwde garage in een door groen omsloten omgeving, een constructie die plots een metertje meer heeft gekregen dan voorzien op plan,

Indien op één of andere wijze kennis zou zijn gegeven aan de makelaar van deze feiten, door een mailtje van de eigenaar of door het vergewissen van de plaatselijke toestand, dan kan de makelaar hiervoor verantwoordelijk worden geacht.

De makelaar kan best eerst informeren bij de opdrachtgever/eigenaar over de vergunningstoestand. Soms is de visu reeds vast te stellen op het kadastraal plan dat een aantal volumes recenter zijn. Mocht de opdrachtgever zich onthouden van duidelijke informatie, kan een bezoek aan de gemeentelijke technische dienst nuttig zijn. Hierbij moet men uiteraard opletten zijn opdrachtgever niet te incrimineren. Het kan niet de bedoeling zijn dat de gemeente op de hoogte wordt gebracht via de makelaar van enkele vaststellingen.

Het spreekt evenwel voor zich dat de makelaar niet verantwoordelijk kan worden geacht voor verkeerde informatie of verzwijgingen van de verkoper. De CIB-opdrachten bevatten daar in fine overigens een clausule voor.

Indien een bouwmisdrijf vastgesteld wordt, al dan niet met medeweten van de overheid, hoeft er niet meteen gepanikeerd te worden. Elk dossier vergt een individuele aanpak, naar gelang de soort inbreuk, maar een aantal basisoplossingen kunnen toch naar voor geschoven worden om aan bouwmisdrijven te remediëren.

De bijstand van de makelaar kan nuttig zijn bij het aanvragen van een regularisatievergunning. Op zijn minst kan een makelaar doorverwijzen naar een architect om een regularisatievergunning aan te vragen.

De regularisatievergunning volgt de normale vergunningsprocedure en zal dus maar worden toegestaan wanneer er geen inbreuk is op ruimtelijke uitvoeringsplannen, plannen van aanleg, verordeningen of verkavelingsvoorschriften.

Zowel de wettelijke voorschriften als een opportuniteitsonderzoek zullen moeten doorlopen worden. Is hiervoor een wijziging van de verkavelingsvergunning noodzakelijk, zal ook deze procedure doorlopen moeten worden (bevraging van de eigenaars binnen de verkaveling, bezwaren, notariële bevestiging, ...) Uiteraard moet de wijziging van de verkavelingsvergunning met gewichtige ernstige redenen verantwoord worden.

Nadelig is dat door de regularisatievergunning de gemeente op de hoogte wordt gesteld van het niet vergunde bouwwerk.

Een tweede remedie die voor Vlaanderen werd gecreëerd is het Vlaams Decreet van 23 november 2007 houdende invoering van een bijzonder vast recht voor minnelijke ontbinding of vernietiging van de verkoopovereenkomsten.

Deze wetgeving voorziet in een mogelijkheid om de compromis op een fiscaal zeer voordelige wijze te ontbinden.

Voorheen kon een compromis burgerrechtelijk wel minnelijk ontbonden worden, maar kregen koper en verkoper naderhand de rekening van de registratierechten gepresenteerd voor de registratie van 2 overdrachten, zijnde van de verkoper naar de koper en na ontbinding de retrocessie, de terugverkoop van de koper aan de verkoper. Alleen de gerechtelijke ontbinding binnen het jaar na de onderhandse verkoopovereenkomst bood hier de enige oplossing. Een akkoordvonnis over de ontbinding was niet voldoende. De rechter diende de ontbinding uit te spreken lastens één der partijen.

De partijen bij een koopovereenkomst kunnen door de nieuwe wetgeving nu om gelijk welke reden de overeenkomst minnelijk ontbinden aan een tarief van 10 euro voor de compromis en 10 euro voor de ontbindingsovereenkomst, die gezamenlijk moeten worden aangeboden bij de ontvanger van registratierechten binnen de vier maanden na de compromis. Deze regeling is niet van toepassing voor de beroepskoper.

Teruggave van registratierechten kan nu ook na vordering tot gerechtelijke ontbinding op basis van akkoord tussen partijen, voor zover de vordering binnen het jaar na de onderhandse verkoopovereenkomst wordt gesteld.

Concreet zou men deze techniek kunnen gebruiken in geval een stedenbouwkundige problematiek opduikt kort na de verkoop. De minnelijke ontbinding is goedkoop en stelt de verkoper in de mogelijkheid eerst te regulariseren en alsdan nog over te gaan tot verkoop aan die koper, al dan niet door het lichten van een aankoopoptie.

Voor zover de verkopers geen medewerking verlenen aan de regularisatie, noch minnelijk wensen te ontbinden, kan vernietiging gevraagd worden aan de Rechtbank van de onderhandse overeenkomst op grond van artikel 146 t.e.m. 151 DRO, voor zover de strafvordering of een herstellvordering werd aanhangig gemaakt.

Werd de koper hierover voldoende geïnformeerd, vervalt deze mogelijkheid. Mocht de makelaar onvoldoende informatie hebben verleend, doch wordt deze informatie door de notaris gegeven samen met

een verzaking aan de nietigheid die vermeld wordt in de akte, kan de vernietiging van de verkoop niet meer worden gevraagd.

Er kan ook vernietiging worden gevorderd op grond van dwaling of bedrog. Hierbij moet in het eerste geval een verkeerde voorstelling van de realiteit of een bestanddeel van de overeenkomst worden bewezen die essentieel is en verschoonbaar (d.w.z. door elk redelijk mens zou kunnen worden begaan en niet het gevolg is van nalatigheid of zorgeloosheid).

De slaagkansen zijn niet voorspelbaar en individueel geval per geval. Veel rechtspraak tendeert naar een evenwaardige onderzoeksplicht van de koper. Deze moet zelf ook eens zijn licht opsteken bij de stedenbouwkundige dienst volgens sommige rechtspraak.

In het tweede geval moeten bedrieglijke kunstgrepen worden aangewend om de medecontractant te misleiden. Het verzwijgen van stedenbouwkundig misdrijf kan al voldoende zijn om bedrog bewezen te achten, wanneer de koop zeker niet zou zijn gesloten indien de koper deze kennis had.

Vernietiging van de koopovereenkomst plaatst de partijen in de toestand alsof er geen overeenkomst zou zijn geweest.

Naast de twee eerste mogelijkheden bestaan ook nog de klassieke mogelijkheden om bij een gebrekkige stedenbouwkundige toestand van het verkochte goed de koop te ontbinden wegens het gebrek aan conforme levering, op basis van een verborgen gebreken of eventueel op basis van de uitwinning (bv. ten gevolge van een opgelegde herstelmaatregel). Deze onderscheiden ontbindingsgronden hebben elk hun specificiteit en kunnen ten aanzien van particulieren moeilijk afgeweerd worden via uitsluitingsclausules in de verkoopovereenkomst.

Conclusie

De taak van de makelaar is helemaal niet evident bij de vaststelling of de kennis van een bouwmisdrijf. De vastgoedmakelaar zou zich kunnen onthouden van elke bemiddeling voor dat pand. Echt klantvriendelijk is dit evenwel niet, maar elke verantwoordelijkheid van de makelaar zal uitblijven.

Toch verwacht de klant ook in dergelijke dossiers tussenkomst van de makelaar, die zich als specialist profileert in het vastgoedgebeuren. Een dergelijke begeleiding zal snel als meerwaarde worden aanzien.

De vastgoedmakelaar kan gerust bijstand verlenen in de twee eerste mogelijkheden en een eerste advies geven bij de derde mogelijkheid of bijstand vragen van een advocaat. Die tussenkomst van de makelaar is niet onbelangrijk, nu diens verantwoordelijkheid wordt afgerekend op zijn onderzoeks- en informatieplicht.

Een bouwmisdrijf is dus geen onoverkomelijke zaak, maar moet met voorzichtigheid worden behandeld.

Guy Baelde
Advocaat te Oudenburg