

KNELPUNTEN BOUWPROMOTIEOVEREENKOMST

Benoît KOHL*
Maarten SOMERS**

I. INLEIDING¹

1. In deze bijdrage worden een aantal knelpunten die in de praktijk rijzen m.b.t. de bouwpromotie voor het voetlicht geplaatst.

Vooreerst onderzoeken wij wat er juist dient te worden begrepen onder het begrip bouwpromotie en in welke mate de contractuele vrijheid van partijen al dan niet wordt beperkt bij het afsluiten van een promotieopdracht.

Vervolgens rijst de vraag of er onder het Belgische recht sprake is van een (benoemde) (bouw)promotieovereenkomst. Deze vraag hangt nauw samen met de problematiek van de kwalificatie van de (bouw)promotieovereenkomst waarop uitgebreid wordt ingegaan.

Daarnaast wordt ook de aansprakelijkheid van de bouwpromotor van naderbij bekeken, waarbij tevens een kleine uitstap wordt gemaakt naar hetgeen de Wet Breyne ter zake voorziet.

Het onderzoek spitst zich in een volgende fase toe op de "vorderingsgerechtigheid" van de klant t.o.v. de medecontractanten van de bouwpromotor, te weten de architect en de aannemer. In het bijzonder wordt bestudeerd of de klant rechtstreeks de aannemer en de architect van de promotor kan aanspreken tot herstel van schade die zich manifesteert in het door de promotor verkochte c.q. opgeleverde bouwwerk.

* Professor Universiteit Luik. Gastprofessor Universiteit Parijs II (Panthéon-Assas). Advocaat balie Brussel.

** Praktijkassistent Universiteit Antwerpen. Advocaat balie Brussel.
1 Deze bijdrage is gebaseerd op de bijdrage van B. KOHL, "Le promoteur" in X. *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2009, IV.4, 2-3.

Wij besluiten deze bijdrage met de vraag of de bouwpromotor rechtstreeks kan contracteren met de architect zonder de onafhankelijkheid van de architect in het gedrang te brengen.

II. WAT DIENT ER TE WORDEN BEGREPEN ONDER HET BEGRIP "BOUWPROMOTIE"? IS ER EEN WETTELIJKE OF JURISPRUDENTIËLE DEFINITIE VOORHANDEN?

2. Het is en blijft een delicate oefening om de verschillende aspecten die komen kijken bij bouwpromotie in één definitie af te bakenen. De bouwpromotie omvat immers een aantal elementen die ook aan de orde zijn bij een "klassieke bouwopdracht", waarbij de bouwheer de architect belast met het concept van het werk en de controle op de uitvoering van de werken en vervolgens beroep doet op één of meerdere aannemers voor de eigenlijke uitvoering van de bouwwerken. De bouwpromotie kan evenwel niet worden gelijkgesteld met een klassieke bouwopdracht: het is immers de promotor, en niet de bouwheer, die het project opstart en begeleidt, die er het commerciële en financiële risico van draagt en die de juridische en technische organisatie van het bouwproject op zich neemt.

3. De mogelijkheid om het concept "bouwpromotie" vast te leggen in een definitie houdt nauw verband met de vraag naar de kwalificatie van het promotiecontract. Hierop wordt later in deze bijdrage nog dieper ingegaan.

Wel kan nu reeds worden verwezen naar een bijdrage van P. HENRY en F. POTTIER die een aantal essentiële vormen van bouwpromotie onderscheiden, te weten de "promotion-vente", de "promotion-construction" en de "promotion-organisation".²

Er is sprake van een "kooppromotie" wanneer de promotor het bouwwerk voor eigen rekening laat oprichten teneinde het vervolgens te verkopen aan derden. De promotor is bijgevolg bouwheer van het project en zal in die hoedanigheid dan ook zijn aannemers met de uitvoering van het werk gelasten. De commercialisatie van het project geschiedt aldus door de verkoop van het omroerend goed, hetzij na oplevering van het bouwwerk, hetzij tijdens de loop van de werken of alvorens de eerste steen is gelegd. In dat laatste geval is er sprake van een zogenaamde verkoop op plan.

² P. HENRY en F. POTTIER, "Tentative de définition de la promotion immobilière en droit belge", *Jurim Pratique* 2008/1, 12-13.

Indien de promotor alle (materiële) prestaties verricht die noodzakelijk zijn voor de oprichting van een bouwwerk op het goed van zijn medecontractant, is er sprake van een "aannemingspromotie". Dergelijke promotie mag evenwel niet worden verward met een klassieke aannemingsopdracht. In een klassieke aannemingsopdracht zal de aannemer immers een door de bouwheer en zijn architect vooraf bepaald project realiseren; de aannemer wordt dus niet betrokken bij het concept van het werk of de organisatie van het bouwwerk. De promotor daarentegen voert de werken uit volgens het concept dat hijzelf heeft opgesteld en voorgesteld aan de bouwheer.³

De promotor zal ten slotte een "organisatiepromotie" uitvoeren indien hij wordt belast met het verstreken van alle diensten die noodzakelijk zijn opdat het bouwproject kan worden gerealiseerd, evenwel zonder dat hij zelf de bouwwerken uitvoert.⁴ Men denke hierbij aan het opnemen van de leiding van de werken, het opstellen en afsluiten van de architect- en aannemingscontracten, het aantrekken van financiering, het indienen van vergunningaanvraagdossiers, e.d.m.

4. Omdat een definitie van bouwpromotie niet voorhanden is, werden er in de rechtspraak en rechtsleer pogingen ondernomen om ten minste de criteria vast te leggen die kunnen wijzen op een bouwpromotie.⁵

In een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 17 september 1996 werden de volgende indicatieve elementen opgesomd die wijzen op een bouwpromotie: (i) de aankondiging door de promotor waaruit een bijzondere bekwaamheid blijkt en waarin wordt vermeld dat het bouwwerk door de promotor of onder zijn controle zal worden opgericht, (ii) het voorstellen van plannen en het geven van advies aan de klant, (iii) de financiële, administratieve en juridische afwikkeling van het project, (iv) het contracteren van de architect en de aannemers, (v) opvolging van de werken en bijwonen van de werfvergaderingen, (vi) controle van de rekeningen en betalingen aan de aannemer, (vii) het onderteekenen van documenten tijdens de uitvoering van de werken, (viii) het aanrekenen van een prijs voor de geleverde diensten.⁶ De rechtbank benadrukt nog dat het niet noodzakelijk vereist is dat alle criteria cumulatief zijn vervuld, maar dat zij wel richtinggevend zijn.

³ R. DE BRIEX, "Le promoteur et l'architecte" in M. VANWIJCK-ALEXANDRE (ed.), *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Luik, CUP, 2003, 290.

⁴ Brussel 25 mei 1999, *TBBR* 2002, 597, noot S. MOSSELMANS.

⁵ Y. HANNEQUART, *Le droit de la Construction. Traits caractéristiques et évolution des responsabilités*, Brussel, Bruylant, 1974, 19, die zich de vraag stelt of het niet beter zou zijn om de scope van het onderzoek te verleggen naar de juridische gevolgen van de bouwpromotie eerder dan (vruchteloze) pogingen te ondernemen in het streven naar een definitie van iets wat ogenschijnlijk niet mogelijk lijkt.

⁶ Rb. Brussel 17 september 1996, *JLMB* 1998, 187.

5. Ten slotte zag ook de wetgever (nog) niet de mogelijkheid om de (privaatrechtelijke) bouwpromotie nader te omschrijven.⁷ Nochtans was hiertoe een unieke gelegenheid weggelegd bij de invoering van de Wet Breyné in 1971 en de wijziging ervan in 1993. Deze wet richt zich immers o.m. op iedere overeenkomst waarbij de verbintenis wordt aangegaan om een onroerend goed te bouwen, te doen bouwen of te verschaffen. Met deze laatste toevoeging heeft de wetgever duidelijk de activiteiten van de bouwpromotor onder het toepassingsgebied van de wet willen brengen. De exacte precisering van wat onder "doen bouwen of verschaffen" dient te worden begrepen, werd evenwel, niettegenstaande het andersluidende advies van de Raad van State⁸, niet in de wet opgenomen.

III. IN WELKE MATE WORDT DE CONTRACTUELE VRIJHEID BIJ HET AFSLUITEN VAN EEN PROMOTIEOPDRACHT AL DAN NIET BEPERKT?

6. Afgezien van de situatie waarin de bouwopdracht onder het regime van de Wet Breyné valt, is de overeenkomst tussen de promotor en zijn klant niet gebonden aan specifieke regelgeving. Het algemene verbintenissen- en contractenrecht beheerst dus in principe de relaties tussen de promotor en zijn wederpartij. Hieruit volgt tevens dat partijen vrij de inhoud van de overeenkomst mogen bepalen, in de mate zij hierbij geen afbreuk doen aan de regels van openbare orde of dwingend recht.⁹

Partijen dienen er evenwel over te waken dat zij het voorwerp van de overeenkomst voldoende precies omschrijven, en in het bijzonder aandacht hebben voor de prestaties die van de promotor worden verwacht. De promotieovereenkomst waarbij de invulling van de prestaties van de promotor afhangt van de eenzijdige wil van de promotor, zal bij gebrek aan voorwerp nietig kunnen worden verklaard.¹⁰ Dezelfde sanctie zal kunnen worden toegepast op de promotieovereen-

komst waarin slechts verwezen wordt naar een gebruikelijk woningmodel, zonder verdere omschrijving van het werk dat specifiek moet worden verricht.¹¹

7. Zoals gezegd, wordt de contractuele vrijheid wel beperkt door de regels van openbare orde en dwingend recht. Al naargelang het project zullen partijen worden geconfronteerd met regels waarvan niet kan worden afgeweken, onder meer, doch niet uitsluitend, op het gebied van stedenbouwkundige en milieurechtelijke aspecten.¹²

8. In de praktijk moet tevens worden vastgesteld dat de (contractuele) vrijheid waarover de klant beschikt in vele gevallen *de facto* beperkt of onbestaande is. Voor bepaalde projecten (bv. de realisatie van appartementsgebouwen) maken bouwpromotoren immers regelmatig gebruik van typeplannen, standaardbestekken en/of toetredingscontracten die niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een voorafgaande individuele onderhandeling.¹³ Anders gezegd: indien de klant beslist om op een bouwpromotor beroep te doen, heeft hij in de praktijk weinig andere keuze dan in te schrijven op een bouwproject dat reeds voorafgaand werd uitgewerkt door de bouwpromotor, en waarbij de inspraak beperkt blijft tot de afwerking van het gebouw of de privaatieve gedeelten.¹⁴

9. Ten slotte is een belangrijke bron van beperkende regels opgenomen in de recente wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming.¹⁵ Artikel 2, 4° van de wet definieert als "product": "goederen en diensten, onroerende goederen, rechten en verplichtingen". Met uitzondering van enkele specifieke hoofdstukken van de wet (bv. i.v.m. de koop op afstand, de overeenkomsten gesloten buiten de lokalen van de onderneming), is deze wet dan ook van toepassing op de verkoop van onroerende goederen.¹⁶ Van belang voor de promotor-verkoper zijn o.a. de regels omtrent de oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten¹⁷ en de onrechtmatige bedingen.¹⁸

⁷ In tegenstelling tot het publieke recit waar art. 3, 11° van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten de promotieopdracht definieert als "de overheidsopdracht die zowel betrekking heeft op het financieren als op het uitvoeren van werken en, in voorkomend geval, op elke dienstverlening in dat verband".

⁸ *Doc. Parl.* Senaat 1969-70, nr. 639, 18.

⁹ S. DE COSTER, "Promotor" in R. DERINE (ed.), *Het onroerend goed in de praktijk*, III, F. Antwerpen, Kluwer, 1996, III.F.4-1; B. LOUVEAUX, "De quelques aspects civils du contrat de promotion (hors loi Breyné)", *Jurim pratique* 2008, 101; K. UYTENDAELE, "De promotieovereenkomst" in K. DEKETELEAERE, M. SCHOUPS en A. VERBEKE (eds.), *Handboek bouwrecht*, Antwerpen, Die Keure, 2004, 488.

¹⁰ Luik 6 januari 1992, *JLMB* 1992, 1289.

¹¹ Rb. Bergen 23 oktober 1984 en 25 april 1985, *T.Aann.* 1993, 346.

¹² B. LOUVEAUX, "De quelques aspects civils du contrat de promotion (hors loi Breyné)", *Jurim pratique* 2008/1, 102.

¹³ Rb. Bergen 11 maart 1994, *JLMB* 1994, 1294; Rb. Nijvel 27 juni 1994, *JLMB* 1995, 313.

¹⁴ K. UYTENDAELE, *o.c.*, 490.

¹⁵ BS 12 april 2010.

¹⁶ Over de gevolgen van de WMPC op de verkoop van onroerende goederen, zie o.a. P.Y. ERNEUX, "La protection des consommateurs dans les ventes immobilières: questions d'actualité" in B. KOHL (ed.), *La vente immobilière. Aspects civils, administratifs et fiscaux*, coll. Commission Université Palais, n° 121, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, 275 e.v.

¹⁷ Art. 83 e.v. WMPC.

¹⁸ Art. 2, 28° en 73 WMPC.

Niet alleen de verkoop van onroerende goederen, maar ook de diensten die door de promotor worden aangeboden, vallen onder het toepassingsgebied van de wet. Aan de in artikel 2, 6° van de WMPC opgenomen definitie van "diensten" dient volgens de wetgever immers de ruimst mogelijke interpretatie uit het taalgebruik te worden gegeven.¹⁹ Een dienst in de zin van de WMPC betreft voortaan dan ook "elke prestatie verricht door een onderneming in het kader van haar professionele activiteit of in uitvoering van haar statutair doel".

De toepassing van de WMPC op promotieovereenkomsten heeft tot gevolg dat de bouwpromotor zich van een aantal bijkomende verplichtingen moet bewust zijn, bijvoorbeeld m.b.t. reclame en oneerlijke handelspraktijken, de informatieverstrekking aan de consument en bepaalde contractuele formaliteiten (bv. bij een verkoop op afstand of een verkoop die tot stand komt buiten de onderneming van de promotor²⁰).

Daarnaast zal de promotor er over dienen te waken dat het contract geen clausules bevat die zijn opgenomen op de zwarte lijst van onrechtmatige bedingen van artikel 74 WMPC. Zo is de clausule die de promotor het recht verleent om de leveringstermijn eenzijdig te bepalen of te wijzigen, verboden en nietig. Eenzelfde lot zijn onder meer de clausules beschoren die (i) de consument het recht beperken de overeenkomst te ontbinden indien de promotor zijn verbintenissen niet nakomt, (ii) de wettelijke waarborg voor verborgen gebreken, zoals bepaald in de artikelen 1641 tot 1649 BW, op te heffen of te verminderen, (iii) de consument een onredelijk korte termijn opleggen om gebreken in het geleverde product aan de promotor te melden, (iv) de promotor toestaan op eenzijdige wijze de modaliteiten van de overeenkomst te wijzigen, (v) de promotor uitsluitend het recht doen toekomen om te bepalen of het door hem opgerichte gebouw al dan niet aan de bepalingen van de overeenkomst voldoet...

De lijst van onrechtmatige bedingen is lang en de kans dat de promotieovereenkomst op één of meer punten hiermee in strijd komt, is reëel. Het verdient dan ook aanbeveling dat de promotor bij de redactie van de promotieovereenkomst deze lijst goed in het achterhoofd houdt, opdat inbreuken op de WMPC reeds in dit stadium in de kiem zouden worden gesmoord.

IV. IS ER IN HET BELGISCHE RECHT SPRAKE VAN EEN (BENOEMDE) "BOUWPROMOTIE-OVEREENKOMST"?

10. De vraag rijst of er onder het Belgische recht een afzonderlijke plaats kan zijn weggelegd voor de "bouwpromotieovereenkomst".

Wij denken dat dit niet het geval is.²¹

11. Vooreerst is de "bouwpromotieovereenkomst" geen benoemde overeenkomst.

Evenmin menen wij dat er *in casu* sprake is van een specifieke onbenoemde "sui generis" overeenkomst.²² De bouwpromotie geeft immers aanleiding tot een grote verscheidenheid van contractuele verhoudingen tussen de bouwpromotor en zijn klant. Tevens liggen in de promotieovereenkomst uiteenlopende verbintenissen vervat in hoofdfe van de bouwpromotor. Daarbij komt dat noch de wet, noch de rechtspraak voldoende bouwstenen aanreiken om te komen tot een algemeen omvattend kader dat van toepassing kan zijn op alle mogelijke situaties van (privaatrechtelijke) bouwpromotie.

Eén en ander laat dan ook niet toe om aan de bouwpromotie het statuut van bijzondere onbenoemde overeenkomst toe te kennen.²³

12. Uiteraard zijn er wel constanten waar te nemen die de relatie tussen de bouwpromotor en zijn klant in de meeste gevallen vorm geven. In het reeds aangehaalde vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 17 september 1996 stelde de rechter in dat verband het volgende vast:

"(...) d'une part, le pouvoir d'initiative du promoteur mettant sur pied l'opération, après avoir attiré et s'être attaché le client par son offre; d'autre part, la globalisation des services par lui impliquant une coordination des démarches et interventions diverses en vue de la réalisation projetée; enfin la maîtrise de l'organisation sur les plans juridiques et financier lui conférant une certaine position dominante à l'égard tant de son client que des intervenants à l'acte de bâtir."²⁴

21 Zie ook: B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, Brussel-Parijs, Bruylant-LGDJ, 2008, 145-148.

22 P. HENRY en F. POTTIER, o.c. 14.

23 K. UYTENDIECKE, o.c. 489; S. DE COSTER, o.c. III.F.4/1-2; *contra*: Gent 1 maart 1984, *RJI* 1984, 331, noot G. BAERT.

24 Rb. Brussel 17 september 1996, *JLMB* 1998, 186.

19 R. STEENOT e.a., *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 12-13.

20 De bepalingen van de WMPC m.b.t. deze verkoopovereenkomsten zijn, zoals gezegd, niet van toepassing op de verkoop van onroerende goederen, doch wel op de door promotor verrichte diensten.

13. In de praktijk stelt men vast dat de relatie tussen de bouwpromotor en zijn klant vaak wordt bestemd in de volgende benoemde overeenkomsten²⁵: (i) een koopovereenkomst, wanneer de promotor de door hem in eigen naam en voor eigen rekening opgerichte constructies verkoopt dan wel hierop een zakelijk recht overdraagt tegen betaling van de prijs door klant; (ii) een aannemingsovereenkomst wanneer de promotor als algemeen aannemer een onroerend goed opricht op het terrein van zijn klant (dienstenovereenkomst van materiële prestaties) of wanneer de promotor een geheel van diensten aanbiedt die finaal de oprichting van een onroerend goed tot doel hebben, zonder dat de promotor evenwel de verbintenissen aangaat om zelf het bouwwerk uit te voeren (dienstenovereenkomst van intellectuele prestaties); of (iii) een lastgeving, wanneer de promotor, zonder zelf het bouwwerk uit te voeren en in het bezit van een mandaat van zijn klant om in naam en voor rekening van zijn klant rechtshandelingen te stellen, de overeenkomsten met de verschillende actoren in het bouwproces afsluit, in naam en voor rekening van zijn klant de vereiste administratieve machtigingen bekomt, de materialen in ontvangst neemt en deze controleert op hun deugdelijkheid of het proces-verbaal van voorlopige oplevering ondertekent.

Uiteraard staat het partijen tevens vrij een gemengde overeenkomst af te sluiten waarin verschillende aspecten van de koop, aanneming of lastgeving zijn opgenomen. Op dergelijke gemengde overeenkomst zijn dan de interpretatieregels van toepassing die hiertoe specifiek in de rechtsleer en rechtspraak zijn ontwikkeld.²⁶

14. Er moet dan ook worden besloten dat de "bouwpromotieovereenkomst" als specifieke onbenoemde overeenkomst weinig of geen toegevoegde waarde zou bieden.

Overigens lijkt het ook niet aangewezen dat een alomvattende regeling wordt uitgewerkt waarin de bouwpromotie op minutieuze en gedetailleerde wijze wordt omschreven. Dergelijk initiatief zou er immers toe kunnen leiden dat de flexibiliteit van de bouwpromotie, die zich steeds heeft weten aan te passen aan de wijzigende economische en sociale omstandigheden in de bouwsector, in het gedrang wordt gebracht. De knelpunten waarvoor op heden nog geen oplossing werd gevonden, kunnen worden ondervangen door een precieze en adequate redactie van de promotieovereenkomst. Bij gebrek hieraan zal het aan de hoven en rechtbanken toekomen om de ontbrekende contouren van de bouwpromotie verder in te kleuren.²⁷

²⁵ K. UYTTERHOEVEN, o.g., 489-492.

²⁶ Zie *infra* onder randnummers 17 e.v.

²⁷ Eenzelfde redenering werd reeds verdedigd m.b.t. de onroerende leasing: zie B. KOHL en M. VANWITCK-ALEXANDRE, "Le leasing immobilière: aspects de droit privé", *Togor/Redrim* 2000, 26-27.

V. HOE DIEN DE BOUWPROMOTIE JURIDISCH DAN TE WORDEN GEKWALIFICEERD?

A. ALGEMEEN

15. Nu de "bouwpromotieovereenkomst" noch als een benoemde, noch als een specifieke onbenoemde "*sui generis*" overeenkomst kan worden beschouwd, dient te worden teruggerepen naar de algemene regels van het verbintenissen- en contractenrecht om de contractuele verhoudingen tussen de bouwpromotor en de klant juridisch te kwalificeren. De correcte juridische kwalificatie van de tussen beide partijen bestaande rechtsband is niet zonder belang, nu de bouwpromotie zich vaak op het kruispunt van verschillende benoemde overeenkomsten bevindt, en het dus essentieel is om te weten welke bepalingen van dwingend recht, die eigen zijn aan deze benoemde overeenkomsten, ook op het promotiecontract van toepassing zijn.

16. In een aantal gevallen zal het mogelijk zijn om de verbintenissen die in de promotieovereenkomst zijn besloten, onder te brengen onder één bepaald type benoemde overeenkomst, zodat de regels die gelden voor deze benoemde overeenkomst *mutatis mutandis* op de overeenkomst van bouwpromotie kunnen worden toegepast.²⁸

17. Moeilijker wordt het evenwel wanneer de promotieovereenkomst typische kenmerken vertoont van twee of meer benoemde overeenkomsten, maar toch één complexe juridische eenheid vormt. Voor dergelijke overeenkomsten zal de juridische kwalificatie afhangen van de methode die men hanteert. In de rechtsleer kunnen drie kwalificatiemethoden worden onderscheiden, namelijk de absorptiemethode, de cumulatie- of combinatiemethode en de *sui generis*-methode.²⁹

De meest gehanteerde methode is degene die op het contract in het geheel het statuut van het meest overheersende contracttype toepast. Het voordeel van deze methode, die is gebaseerd op de absorptie door het dominante contracttype, is dat de rechtszekerheid er mee wordt gediend. Tevens worden slechts de rechtsregels eigen aan het dominante contracttype van toepassing geacht, wat vereenvoudigend werkt. Dit veronderstelt uiteraard wel dat het duidelijk is welk type de

²⁸ Zie *supra* onder randnummer 13.

²⁹ Zie bv. G. VAN HECKE, "De la nature du contrat d'entreprise dans lequel l'entrepreneur fournit la matière" (noot onder Luik 13 december 1949), *RCJB* 1951, 100-112; A. DELVAUX en D. DES-SARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, Rép. not., IX, VIII, Brussel, Larcier, 2001, 58-59; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk. Het gemeenrechtelijk dienstcontract*, Brugge, die Keure, 2003, 57-58; V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, "Artikel 1779 BW" in *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2007, 6-7.

contractuele relaties overheerst, wat niet steeds het geval is. Een andere kritiek is dat deze methode de gemeenschappelijke wil van de contractspartijen slechts voor een deel in aanmerking neemt, waardoor de (juridische) werkelijkheid (deels) wordt miskend.³⁰

De cumulatieve of combinatiemethode tracht aan deze kritiek tegemoet te komen door de verschillende regels van alle contracten die in het gemengd contract verwoordigd zijn, naast elkaar toe te passen. De verschillende bestanddelen van het gemengde contract zijn aldus onderworpen aan de toepassing van de regels die eigen zijn aan het desbetreffende contract. Het voordeel van deze methode is dat de verschillende prestaties van de partijen worden beheerst door de contractregels die daarvoor het meest aangepast zijn, waardoor ook de gemeenschappelijke wil van de contractspartijen beter wordt nagestreefd. Eén en ander veroorzaakt evenwel problemen wanneer de verschillende contracttypes die zijn verenigd in het gemengde contract onderhevig zijn aan regels die onderling niet met elkaar te verenigen zijn.³¹

Een laatste methode die kan worden toegepast is de kwalificatie als *sui generis*-contract waarbij op de gemengde overeenkomst als onbenoemd contract de algemene regels van het verbintenissenrecht worden toegepast, en per analogie sommige bepalingen van benoemde overeenkomsten die eveneens van toepassing lijken te zijn. Dergelijke methode dient evenwel niet de rechtszekerheid nu er geen criteria voorhanden zijn welke regels van de benoemde contracten wel en welke niet op de gemengde overeenkomst moeten worden toegepast.³²

Uit bovengaan overzicht blijkt dus dat geen van de onderzochte methoden geschikt is om op alle gemengde overeenkomsten te worden toegepast; in wezen heeft elke theorie haar eigen toepassingsgebied.³³ Op grond van de algemene interpretatieregels die vervat liggen in de artikelen 1156 e.v. BW, zal vooral de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen en de aard van de prestaties die in het contract besloten liggen, bepalend zijn. Indien uit deze oefening blijkt dat de verbintenissen die vervat liggen in de gemengde overeenkomst vooral worden beheerst door één dominant contracttype, dan zal op basis van de absorptiemethode het gehele contract onderworpen zijn aan de regels die door dit dominante contracttype worden opgelegd. Bij gebreke aan een overheersend contracttype zal de gemeenschappelijke bedoeling van partijen het best worden weerspiegeld middels de cumulatieve van de verschillende contracttypes die kunnen worden terug-

gevonden in de gemengde overeenkomst. Op dit principe zal evenwel een uitzondering moeten worden gemaakt indien de verschillende contracttypes onderling tegenstrijdig zijn; in dat geval zal de sui-generis methode een uitweg kunnen bieden, in zoverre evenwel hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan de gemeenschappelijke bedoeling van partijen.³⁴

B. BOUWPROMOTIE ALS KOOP-VERKOOPT

18. Indien de promotor in eigen naam en voor eigen rekening een gebouw opricht en het vervolgens tegen de tussen partijen overeengekomen prijs overdraagt aan de klant, dan wel hierop ten voordele van de klant een zakelijk recht vestigt, dan zal de promotieovereenkomst de vorm aannemen van een koopcontract. De kwalificatie van dergelijke overeenkomst geeft weinig aanleiding tot discussie, in de mate althans dat de promotor het goed verkoopt nadat hij het heeft voltooid.

19. Het ligt evenwel anders wanneer de promotor de eigendom of het zakelijk recht overdraagt tijdens de uitvoering van de werken, of alvorens de werken zijn gestart, zoals bij een verkoop op plan, en zich verbindt tot de verdere voltooiing van het gebouw. De vraag rijst of er in dergelijke omstandigheid sprake is van een koopovereenkomst, dan wel van een aannemingscontract. Het antwoord op deze vraag is niet zonder belang, nu o.m. de regels aangaande de contractuele aansprakelijkheid en de eigendoms- en risico-overdracht verschillen in beide contracttypes.

20. In de doctrine werden verschillende oplossingen verdedigd die in meer en mindere mate ook door de rechtspraak werden bevestigd. Een recente tendens in rechtsleer en rechtspraak lijkt evenwel de gemeenschappelijke bedoeling van de contractspartijen als determinerend te beschouwen voor de kwalificatie van de overeenkomst. Indien hieruit blijkt dat het werk door de promotor zal worden geconcepieerd en opgericht in functie van de wensen van de klant, zal het contract eerder als een aannemingsopdracht worden gekwalificeerd. Indien daarentegen partijen zich hebben verbonden op de overdracht van een (bepert) zakelijk recht op een gebouw in oprichting in zijn toekomstig afgewerkte staat, dan zal er eerder sprake zijn van een koopovereenkomst.³⁵ Dit is met name het geval wanneer de

³⁰ G. VAN HECKE, o.c., 102-107; C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, IV, *Verbintenissenrecht*, Deel 2, *Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 46-47.

³¹ G. VAN HECKE, o.c., 104; C. ASSER en A.S. HARTKAMP, o.c., 46.

³² G. VAN HECKE, o.c., 103-104; C. ASSER en A.S. HARTKAMP, o.c., 46.

³³ G. VAN HECKE, o.c., 104; C. ASSER en A.S. HARTKAMP, o.c., 46.

³⁴ G. VAN HECKE, o.c., 103 en 107; G. VAN HECKE, "De locatio operis faciendi: een bijdrage tot de systematiek van de contracttypes", *TPR* 1966, 349.

³⁵ Y. HANNEQUART, *Le droit de la Construction. Traits caractéristiques et évolution des responsabilités*, Brussel, Bruylant, 1974, 32; K. UYTENDAELE, o.c., 491, die er terecht op wijst dat er in dit geval sprake is van een verbintenis om iets te geven, eerder dan een verbintenis om iets te doen (waarvan wel sprake is bij een aannemingsopdracht).

klant in het geheel geen inspraak heeft (of wenst) m.b.t. het ontwerp en de opvolging van de werken, en hij zich dus *de facto* als een koper gedraagt.³⁶

Dergelijke kwalificatiemethode, waarbij dus de voorkeur wordt gegeven aan de absorptietheorie, verdient de voorkeur bij bouwprojecten die zijn opgesplitst in verschillende loten (zoals bv. bij appartementen) die tijdens de uitvoering van de werken worden verkocht aan diverse eigenaars. De reden hiervoor werd eerder reeds treffend door A. FETTWELLS geformuleerd:

*"l'application simultanée des règles de la vente aux constructions déjà réalisées lors de la signature du contrat et des règles du louage d'ouvrage aux travaux d'achèvement encore à exécuter, nous paraît peu praticable particulièrement en cas de litige. En effet, lorsqu'une procédure est engagée contre le promoteur constructeur d'un immeuble à appartements par plusieurs propriétaires ayant acquis leur bien à des stades différents de la construction, comment distinguerait-on ce qui relève de la vente et ce qui relève du contrat d'entreprise?"*³⁷

De Wet Breyne komt deels aan deze problematiek tegemoet³⁸, in zoverre het uiteraard woningbouw betreft. In de mate de verkoop op plan of de overdracht tijdens de uitvoering van de werken betrekking heeft op kantoorruimtes, biedt de Wet Breyne geen soelaas.

21. Samengevat moet de overeenkomst tussen de promotor en de klant waarbij de overdracht van het goed (of de vestiging van zakelijke rechten) geschiedt op plan of tijdens de uitvoering van de werken dus als een koopovereenkomst worden beschouwd indien de promotor geen materiële prestaties verricht en er zich uitsluitend toe verbindt een gebouw te laten oprichten door een derde en dit aan de opdrachtgever op te leveren zodra het werk is voltooid.³⁹ Ook indien de promotor een aantal materiële prestaties zelf verricht, zal er sprake zijn van een koopovereenkomst, in de mate de klant geen inspraak heeft (of wenst) in het ontwerp, noch tussenkomt of controle uitoefent tijdens de uitvoering van de werken.⁴⁰

³⁶ A. FETTWELLS, "L'option préliminaire: commande d'un ouvrage ou achat d'un bien à fabriquer ou à construire", *Act.dr.* 1991, 875.

³⁷ A. FETTWELLS, o.c., 876.

³⁸ Zie artikel 6, alinea 3 van de Wet Breyne: "Wanneer een appartement van een collectief gebouw verkocht is vóór de voltooiing, valt de aansprakelijkheid van de verkoper voor de gemeenschappelijke gedeelten van de na voltooiing verkochte appartementen eveneens onder de toepassing van dit artikel". Echter heeft art. 6, alinea 3 alleen betrekking op de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer op grond van de art. 1792 en 2270 van het BW (zie art. 6, alinea 1 van de Wet Breyne). Art. 6, alinea 3 biedt bijgevolg geen oplossing voor lichte verborgen gebreken.

³⁹ Brussel 8 april 1992, *T.Aarn.* 1994, 54.

⁴⁰ Bergen 11 maart 1994, *JLMB* 1994, 1294. Zie tevens in die zin: K. UYTTERHOEVEN, o.c., 491; A. DELVAUX en P. HENRY, "Les particularités de la promotion", *Act.dr.* 1991, 1245; G. BAERT, *Aan-neming van werk*, APR, Antwerpen, E. Story-Scientia, 2001, 70.

C. BOUWPROMOTIE ALS AANNEMING

22. Wanneer de promotor zich daarentegen verbindt tot het verrichten van alle (materiële en/of intellectuele) diensten die noodzakelijk zijn voor de realisatie van het bouwwerk op het perceel dat toebehoort aan zijn medecontractant, dan zal de promotieovereenkomst juridisch als een aannemingsovereenkomst dienen te worden gekwalificeerd. Een klassiek voorbeeld van dergelijke promotieovereenkomst is de opdracht tot de oprichting van een zgn. "sleutel-op-de-deur" project.

23. Specifieke aandacht verdient de praktijk die regelmatig wordt gehanteerd in de residentiële sector, waarbij aan de verkoop van het terrein de verplichting voor de koper wordt gekoppeld om op datzelfde terrein door de promotor-verkoper (of een door hem aangewezen derde partij) te laten bouwen.⁴¹

De Wet Breyne verbiedt dergelijke praktijk niet nu de (eerste) overeenkomst slechts strekt tot de verkoop van een terrein met de verplichting om erop te bouwen, zonder dat er op dat moment reeds sprake is van woningbouw in de zin van de Wet Breyne. Op het tijdstip van de verkoop van het terrein is er, bij gebrek aan bepaalbaar voorwerp, zelfs geen sprake van een aannemingsovereenkomst; de koper verbindt zich er immers enkel toe de woning te laten oprichten door een in de overeenkomst aangeduide aannemer; de verkoper van zijn kant verbindt zich enkel tot de overdracht van het terrein.⁴² Anders gezegd: tenzij er tussen de promotor en de klant uiterlijk op het tijdstip van de verkoop van het terrein reeds een aannemingsovereenkomst tot stand is gekomen, dienen de verkoop en de aanneming afzonderlijk te worden beschouwd (er is dus geen sprake van een gemengde overeenkomst) zodat ook de beschermende werking van de Wet Breyne (ingeval van woningbouw) wordt uitgesteld tot op het moment waarop formeel de aannemingsovereenkomst wordt afgesloten. Een belangrijke nuancing hierbij is wel dat de promotor de klant op basis van zijn eerder afgesloten bouwverplichting niet kan dwingen tot een onevenwichtig aannemingscontract: beide partijen hebben immers de verplichting om bij het onderhandelen van de aannemingsovereenkomst de eisen van de goede trouw in acht te nemen.

⁴¹ B. KOHL, "La vente de terrains couplée à l'obligation de construire: navigation en eaux troubles" (noot onder Luik 28 juni 2002), *JLMB* 2005, 1221; B. KOHL, "Protection du consommateur de la construction: vers une interdiction des 'ventes couplées forcées'? (à propos d'un projet de loi récent)", *Rev.dr.ULg.* 2004, 607. Zie tevens de volgende recente rechtspraak waarin deze problematiek aan bod kwam: Brussel 9 december 1991, *T.Aarn.* 2000, 250; Luik 28 juni 2002, *JLMB* 2005, 1221, noot B. KOHL; Gent 25 april 2001, *RW* 2002-03, 24, noot F. BURSENS; Gent 2 mei 2001, *T.App.* 2002, 41; Gent 7 mei 2004, *Ann.prat.comm.* 2004, 324; Rb. Antwerpen 13 november 2001, *T.App.* 2002, 43; Rb. Brugge 3 februari 2004, *TGR* 2004, 7; Rb. Gent 28 september 2004, *T.Not.* 2005, 98, noot F. BOUCKAERT.

⁴² S. BEYAERT, "Overdracht van aankoopopties door vastgoedmakelaar" (noot onder Luik 6 april 2000), *TBR* 2002, 285.

24. Ten slotte zal er eveneens sprake zijn van een aannemingscontract in het geval van een zgn. "organisatie-promotie", waarbij de promotor alle (begeleidende) diensten verricht opdat het bouwproject tot een goed einde zou worden gebracht, zonder evenwel zelf in te staan voor de oprichting van het bouwwerk of het leveren van de vereiste materialen.

Concreet heeft de promotor bij dergelijke opdracht de leiding van de werken en verleent hij uiteenlopende diensten tijdens de verschillende fases van het bouwproject, zoals onder meer het zoeken van een architect, de berekening van het bouwbudget, het voorbereiden en indienen bij de bevoegde instanties van het aanvraagdossier voor de stedenbouwkundige vergunning, het aantrekken van financiering voor de klant, de redactie van contracten en de coördinatie van de werken.⁴³ Dergelijke opdracht is zonder twijfel eveneens een aannemingsovereenkomst in de zin van de artikelen 1779 e.v. BW.

D. BOUWPROMOTIE ALS LASTGEVING

25. Ten slotte kan de promotieovereenkomst tevens de vorm aannemen van een lastgeving, wanneer de promotor wordt belast met de opdracht om in naam en voor rekening van zijn klant rechtshandelingen te stellen. Uitgezonderd de situatie waarin de Wet Breyne van toepassing is, zal dergelijke overeenkomst onderworpen zijn aan de regels inzake de lastgeving (i.h.b. de art. 1984 e.v. BW).

Van een lastgeving zal aldus sprake zijn wanneer de promotor in naam en voor rekening van zijn klant overeenkomsten afsluit met de architect, of één of meerdere aannemers, of de andere actoren in het bouwproces (bv. de veiligheidscoördinator die verplicht dient te worden aangesteld op bouwerven waar meerdere aannemers gelijktijdig of achtereenvolgens aan het werk zijn). De promotor zal eveneens optreden als lasthebber indien hij in naam en voor rekening van de opdrachtgever het aanvraagdossier voor de stedenbouwkundige vergunning ondertekent, of nog wanneer hij de geleverde materialen in ontvangst neemt of het proces-verbaal van voorlopige of definitieve oplevering ondertekent.⁴⁴

VI. WELKE AANSPRAKELIJKHEID RUST OP DE BOUWPROMOTOR?

26. Eens de contractuele relatie tussen de bouwpromotor en de klant juridisch werd gekwalificeerd en werd bepaald welke benoemde overeenkomst(en) *mutatis mutandis* van toepassing is (zijn), zullen voor de promotieovereenkomst de regels gelden die door de desbetreffende benoemde overeenkomst(en) worden opgelegd. Het ligt evenwel niet in de lijn van deze bijdrage om uitgebreid in te gaan op de verschillende juridische regimes inzake de koop, aanneming of lastgeving en de verschillende aansprakelijkheidsregels die zij voorzien in het bijzonder.

27. Hieronder wordt wel nader ingegaan op een specifiek aspect van de aansprakelijkheid die in alle gevallen op de bouwpromotor rust, wat ook de kwalificatie is die aan de onderliggende contractuele relatie werd gegeven, en die voortvloeit uit de resultaatsverbintenis van de promotor m.b.t. de verwezenlijking van de in de overeenkomst omschreven opdracht.

Vervolgens wordt tevens onderzocht op welke grondslag de bouwpromotor na oplevering van het bouwwerk kan worden aangesproken voor gebreken die zich in het bouwwerk manifesteren.

Ten slotte wordt een kleine zijsprong gemaakt naar de Wet Breyne, in het bijzonder m.b.t. het aansprakelijkheidsregime dat zij ter zake oplegt m.b.t. overeenkomsten die onder haar toepassingsgebied vallen.

A. DE RESULTAATSVERBINTENIS VAN DE BOUWPROMOTOR

28. De resultaatsverbintenis die op de bouwpromotor rust, overstijgt de verschillende mogelijke kwalificaties van de onderliggende promotieovereenkomst. Rechtspraak en rechtsleer zijn het hieromtrent unaniem eens.⁴⁵

29. De resultaatsverbintenis van de bouwpromotor vindt zijn grondslag in de algemeen aanvaarde veronderstelling dat de bouwpromotor een specialist ter zake is die door de klant wordt belast met de opdracht een voltooid en afgewerkt

⁴³

Brussel 2 oktober 2002, *Res.jur.imm.* 2003, 219; Gent 11 april 2001, *RW* 2002-03, 1185; Luik 26 maart 1997, *T.Aann.* 1998, 263; Bergen 11 maart 1994, *JLMB* 1994, 1294; Brussel 14 januari 1993, *T.Aann.* 1993, 136; Brussel 8 april 1992, *T.Aann.* 1994, 54; Bergen 11 februari 1992, *JLMB* 1994, 542; Brussel 26 oktober 1990, *JLMB* 1992, 364, noot P.H.; Brussel 22 april 1988, *T.Aann.* 1990, 86; K. UYTTERHOEVEN, o.c., 491; B. LOUVEAUX, o.c., 104; A. DELVAUX en P. HENRY, l.c., 1244; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX en F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000)*, *Les dossiers du J.T.*, nr. 29, Brussel, Larciën, 2001, 44.

⁴⁴ K. UYTTERHOEVEN, o.c., 492.

⁴⁵ K. UYTTERHOEVEN, o.c., 492.

B. DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BOUWPROMOTOR NA OPLEVERING VAN HET BOUWWERK

31. De aansprakelijkheid van de bouwpromotor voor gebreken in het bouwwerk na oplevering verschilt, in tegenstelling tot de resultaatsverbintenis van de promotor, wel naargelang de kwalificatie die aan het onderliggende promotiecontract wordt verleend.

32. Indien de contractuele relatie tussen de bouwpromotor en zijn klant als een koopovereenkomst dient gekwalificeerd, dan zullen de gebreken die opduiken na voltooiing en overdracht van het bouwwerk aanleiding geven tot de aansprakelijkheid van de promotor voor verborgen gebreken in de zin van de artikelen 1641 e.v. BW. De promotor draagt in dergelijke hypothese evenwel geen tienjarige aansprakelijkheid in de zin van de artikelen 1792 en 2270 BW nu dergelijke aansprakelijkheid vereist dat het bouwwerk werd opgericht ingevolge een aannemingsovereenkomst.⁵¹ De tienjarige aansprakelijkheid opgelegd in artikel 1792 BW is dus strikt beperkt tot de aannemingsovereenkomst en kan niet worden ingeroepen indien de promotieovereenkomst als een verkoop of lastgeving dient te worden gekwalificeerd.⁵²

Eén en ander werd reeds treffend verwoord door DELVAUX en HENRY:

“(…) celui qu'on appelle le promoteur vendeur est, du point de vue du droit, un vendeur de choses futures soumis, en dehors de la loi Breynne, au régime de droit commun d'une telle vente; il est tributaire de chacun des intervenants auxquels il s'adresse pour concevoir et réaliser les travaux, mais il n'en est pas le codébiteur ou la caution solidaire à l'égard de l'acheteur. Il n'est pas non plus possible de réintroduire l'article 1792 du Code civil, si ce vendeur participe à la construction du gros oeuvre; sa participation à l'édification se réalise en effet en dehors du champ d'application des articles 1792 et 2270 du Code civil.”⁵³

De bouwpromotor kan in dergelijk geval dus enkel worden aangesproken voor verborgen gebreken onder de toepassingsvoorwaarden die zijn uiteengezet in de artikelen 1641 e.v. van het Burgerlijk Wetboek. Hierbij dient evenwel opgemerkt dat de bouwpromotor wordt verondersteld een specialist ter zake te zijn zodat hij wordt geacht kennis te hebben gehad van de verborgen gebreken. Eén en ander belet niet dat het toch wenselijk zou zijn om, in aansluiting bij het Franse recht, het toepassingsgebied van de tienjarige aansprakelijkheid uit te breiden tot de verkoper van een nieuw gebouw.⁵⁴

⁵¹ Cass. 9 septembre 1965, JT 1965, 577.

⁵² J.-M. CHANDELLE, *La loi Breynne (loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction - après la réforme de 1993)*, Rép. not., VII, VI, Brussel, Larcier, 1996, 84.

⁵³ A. DELVAUX en P. HENRY, o.c., 1245.

⁵⁴ A. FETTWIS, o.c., 877; *Contra*: A. DELVAUX en P. HENRY, o.c., 1245.

bouwwerk aan hem te verschaffen. De promotor verbindt zich dus tot het bereik van een bepaald resultaat, te weten de oplevering c.q. verkoop van een bouwwerk dat is opgericht overeenkomstig de plannen, lastenboeken en de regels van de kunst, één en ander binnen de contractueel overeengekomen termijnen. Alle risico's met betrekking tot het bouwproject vallen dus ten laste van de bouwpromotor.⁴⁶

Het bestaan van een resultaatsverbintenis in hoofdte van de bouwpromotor wordt tevens gesteund op de zekerheid die de klant wordt geboden dat het bouwwerk in overeenstemming met de plannen en de bestekken kan worden opgericht, wat als algemeen criterium geldt om te besluiten tot een resultaatsverbintenis eerder dan een middenverbintenis.⁴⁷

30. Van zodra er sprake is van een bouwpromotie, zal de bouwpromotor zich gehouden weten tot een resultaatsverbintenis. Het één is onafscheidelijk verbonden met het ander.⁴⁸ Daarom rijst de vraag of de promotor zijn resultaatsverbintenis volledig zou kunnen weglaten. Volgens B. LOUVEAUX:

“Même si le promoteur peut, dans le contrat, réduire l'étendue de ses obligations notamment en matière de réparations, il ne pourrait s'écarter totalement des obligations qui résultent de la définition même du contrat et qui se traduisent sinon par une obligation absolue de résultat, à tout le moins par la prise de risque de l'ensemble de l'opération de construction et par l'obligation de procurer un immeuble en respectant le programme préalablement déterminé.”⁴⁹

De bouwpromotie onderscheidt zich, zoals reeds eerder gesteld, van een algemene aannemingsopdracht doordat de bouwpromotor zelf instaat voor het concept van het bouwwerk en de prestaties die noodzakelijk zijn voor de uitvoering ervan. Welnu, ook deze karakteristieken geven in het algemeen aanleiding om te besluiten tot een resultaatsverbintenis. De algemene aannemer die niet is belast met een promotieopdracht zal daarentegen, in functie van de specialisatie die zijn opdracht vereist, eerder gehouden zijn tot een middenverbintenis.⁵⁰

⁴⁶ Luik 26 maart 1997, *T.Aarn.* 1998, 263; Gent 1 maart 1984, *Rij* 1984, 331, noot G. BAERT.

⁴⁷ J.-F. GERMAIN en E. FLANSSCHAERT, “L'exécution des obligations contractuelles” in P. JAODOUL, P.-A. FORIERS en M. VANWITJCK-ALEXANDRE (eds.), *Traité théorique et pratique. Obligations*, Waterloo, Kluwer, 2003, II.1.6-41 met verwijzingen.

⁴⁸ Bergen 26 juni 2003, *TBER* 2004, 588.

⁴⁹ B. LOUVEAUX, o.c., 105. Bovendien komen dergelijke clausules in strijd met de WMPC (zie *supra* onder randnummer 9).

⁵⁰ M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX en F. POTTIER, o.c., 125-130.

33. Wordt de promotor door zijn klant in vrijwaring geroepen voor verborgen gebreken die zich in het bouwwerk manifesteren, dan beschikt de promotor in principe over een verhaalsrecht ten opzichte van de aannemer (en/of in voorkomend geval ten opzichte van de architect), hetzij op grond van de tienjarige aansprakelijkheid, hetzij op grond van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken in de mate hiervan contractueel niet werd afgeweken. In het laatste geval dient de promotor wel rekening te houden met de redelijke termijn waarbinnen de vordering dient te worden ingesteld.⁵⁵ Dit werd recent nog specifiek m.b.t. een promotieovereenkomst bevestigd door het Hof van Cassatie:

*"Aldus dient de rechter in zake aanneming van werken in feite te onderzoeken of de vrijwaringsoverdracht van de bouwpromotor tegen de aannemer of van de hoofdaannemer tegen de onderaannemer tijdig werd ingesteld en dient hij daarbij niet noodzakelijk uit te gaan van het tijdstip waarop de vordering van de bouwheer tegen de bouwpromotor of de hoofdaannemer is ingesteld."*⁵⁶

34. Indien de promotieovereenkomst als een aanneming van werk dient te worden beschouwd, dan zal de promotor-aannemer eveneens aansprakelijk kunnen worden gesteld voor verborgen gebreken in het bouwwerk. In het arrest van 25 oktober 1985 oordeelde het Hof van Cassatie immers dat:

*"Overwegende dat de goedkeuring van het werk door de eerste verweerster, eiseres niet vrijstelde van haar aansprakelijkheid voor de verborgen gebreken, ook al werden voor deze gebreken de stevigheid van het gebouw of een essentieel bestanddeel ervan niet in het gedrang gebracht."*⁵⁷

35. Lange tijd heeft evenwel discussie bestaan over de termijn waarbinnen de vordering op grond van verborgen gebreken tegen de aannemer diende te worden ingesteld. Een strekking verwees per analogie naar de korte termijn van artikel 1648 BW m.b.t. de koopverniegende gebreken; daartegenover stond dan een strekking die verdedigde dat de vordering binnen een redelijke termijn diende te worden ingesteld.⁵⁸

Het Hof van Cassatie heeft in het arrest van 15 september 1994 standpunt ingenomen door de analoge toepassing van artikel 1648 BW uitdrukkelijk af te wijzen.⁵⁹

Het wordt nu dan ook algemeen aanvaard dat de vordering tot aansprakelijkheid voor verborgen gebreken binnen een redelijke termijn dient te worden ingesteld.

⁵⁵ Zie *infra* onder randnummer 35.

⁵⁶ Cass. 14 november 2008, RW 2009-10, 1223, noot K. VANHOVE.

⁵⁷ Cass. 25 oktober 1985, RW 1988-89, 670, noot C. VAN SCHOUBROECK.

⁵⁸ W. GOOSSENS, o.c., 1012, met uitgebreide verwijzingen.

⁵⁹ Cass. 15 september 1994, RW 1995-96, 454.

Deze redelijke termijn neemt een aanvang op het ogenblik dat de klant weet heeft van het gebrek. Met W. GOOSSENS kan worden beaamd dat in het licht van de grondslag van de redelijkheid van de termijn de draagwijdte van de reactie van de bouwheer of de afwezigheid van reactie na het opmerken van de gebreken in ogenschouw dient te worden genomen. Vanuit dit gezichtspunt verdedigen rechtsleer en rechtspraak dat de bouwheer onverwijld moet reageren indien er gebreken verschijnen.⁶⁰

C. EEN BIJZONDER TOEPASSINGSGEVAL: DE WET BREYNE

36. Elke overeenkomst die onder het toepassingsgebied van de Wet Breyne valt, is onderworpen aan de regels uit het Burgerlijk Wetboek i.v.m. de koop⁶¹ en de huur van werk en diensten ingevolge bestekken en aannemingen⁶², met uitzondering van de afwijkingen die specifiek zijn voorzien in de Wet Breyne. Met deze regel, die is opgenomen in artikel 3 van de wet, trachtte de wetgever te voorkomen dat promotoren en aannemers de overeenkomst met de klant kunstmatig als een lastgeving zouden kwalificeren teneinde als lasthebber niet persoonlijk te kunnen worden aangesproken tot de overdracht van het goed of de uit te voeren bouwwerken.⁶³

37. De Wet Breyne nuanceert evenwel zelf het principe van de algemene toepassing van de regels van de koop en de aanneming op de overeenkomst van bouwpromotie. Met name moet immers worden vastgesteld dat de Wet Breyne een zekere uniformiteit heeft gecreëerd m.b.t. het aansprakelijkheidsregime dat van toepassing is op alle overeenkomsten die onder het toepassingsgebied van de wet vallen. Zo bepaalt artikel 6, alinea 1 van de wet, in afwijking op het gemene recht, dat de artikelen 1792 en 2270 BW eveneens van toepassing zijn op de verkoper. Deze uitbreiding van de tienjarige aansprakelijkheid kan contractueel niet worden beperkt of uitgesloten: elke clause die hierin voorziet, dient immers voor niet-geschreven te worden gehouden.⁶⁴

De tienjarige aansprakelijkheid van de promotor-verkoper doet geen afbreuk aan de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid voor verborgen gebreken op grond van de artikelen 1641 e.v. Burgerlijk Wetboek. De Wet Breyne wijzigt aldus geenszins de

⁶⁰ W. GOOSSENS, o.c., 1014, met verwijzingen.

⁶¹ Art. 1582-1701 BW.

⁶² Art. 1787-1799 BW.

⁶³ L. ROUSSEAU, *La loi Breynz*, Collection Droit notarial, Brussel, Klurwer, 2005, 56; A. RENARD en P. VAN DER SMISSEN, *La loi Breynz*, Collection Droit et Justice, nr. 9, Brussel, Nemesis, 1989, 70.

⁶⁴ Art. 13, alinea 1 van de Wet Breyne.

regels die gelden inzake de koop-verkoop, maar voegt er slechts een bijkomende aansprakelijkheid aan toe. De promotor zal bijgevolg tevens door zijn klant kunnen worden aangesproken voor de verborgen gebreken die niet de stabiliteit of de stevigheid van het bouwwerk in het gedrang brengen.⁶⁵

38. Ten slotte moet tevens worden gewezen op artikel 6, alinea 3 van de Wet Breynne dat bepaalt dat de tienjarige aansprakelijkheid van de verkoper van een "collectief" gebouw speelt voor alle gemeenschappelijke gedeelten van het gebouw van zodra één private kavel werd verkocht vóór de voltooiing ervan. De tienjarige aansprakelijkheid van de verkoper kan dus tevens worden ingeroepen door eigenaars waarvan de private kavel pas na de voltooiing ervan werd verkocht, en waarop de Wet Breynne in principe niet van toepassing is.⁶⁶ Met dergelijke fictie heeft de wetgever bewust één aansprakelijkheidsregime gecreëerd voor het ganse bouwwerk (weliswaar beperkt tot de ernstige gebreken die de stevigheid of stabiliteit van het bouwwerk in het gedrang brengen), niettegenstaande een deel ervan strikt genomen niet onder de Wet Breynne valt.⁶⁷

VII. KAN DE KLANT RECHTSTREEKS DE AANNE- MER(S) EN ARCHITECT AANSPREKEN WAARMEE DE PROMOTOR HEEFT GECONTRACTEERD?

39. De koper van een bouwwerk dat is behept met gebreken of tekortkomingen die de stabiliteit of stevigheid van het gebouw in het gedrang brengen, kan ervoor opteren om in de plaats en voor rekening van de verkoper rechtstreeks de aannemer of de architect op grond van zijn tienjarige aansprakelijkheid aan te spreken. Het Hof van Cassatie beschouwt de tienjarige aansprakelijkheidsvordering immers als een toebehoren van de verkochte zaak dat op grond van artikel 1615 BW tezamen met het goed overgaat in de handen van elke opeenvolgende eigenaar.⁶⁸

Het Hof van Cassatie heeft in het arrest van 15 september 1989 evenwel gepreciseerd dat:

"l'action en responsabilité décennale appartient au propriétaire maître de l'ouvrage et, en cas de vente de l'immeuble durant la procédure, reste dans son patrimoine, à moins

⁶⁵ L. ROUSSEAU, o.c., 70.

⁶⁶ L. ROUSSEAU, o.c., 71.

⁶⁷ M. DEVROEY, *De Wet Breynne*, Lokeren, Konstruktieve Publicaties, 2000, 147; J.-M. CHANDELLE, o.c., 85; L. ROUSSEAU, o.c., 71; A. RENARD en P. VANDERSMISSEN, o.c., 85.

⁶⁸ Cass. 8 juli 1886, Pas. 1886, I, 301.

*que la cession de cette action à l'acheteur ne résulte de l'acte de vente ou d'un acte distinct*⁶⁹

De vordering t.a.v. de aannemer of architect op grond van de tienjarige aansprakelijkheid die door de verkoper werd ingesteld vóór de verkoop van het gebouw blijft dus in het vermogen van de verkoper en wordt niet overgedragen aan de koper, tenzij de verkoper contractueel de overdracht van schuldvordering aan de koper uitdrukkelijk heeft toegestaan.

40. Eén en ander heeft ook belangrijke gevolgen voor de bouwpromotie. Immers, indien de promotor het bouwwerk aan de klant verkoopt, zal de promotor t.a.v. de architect en de aannemer de hoedanigheid van bouwheer hebben en in die zinn titularis zijn van de tienjarige aansprakelijkheidsvordering en de vordering tot vrijwaring voor (verborgen) gebreken in de verkochte zaak. Welnu, deze vorderingen zullen tezamen met de overdracht van het bouwwerk overgaan in de handen van de klant.⁷⁰

41. Aangezien artikel 1615 BW niet van openbare orde is en evenmin van dwingend recht, kunnen de promotor en de opdrachtgever contractueel de overdracht van deze vorderingen beperken of uitsluiten, met uitzondering evenwel van de overeenkomsten waarop de Wet Breynne van toepassing is.⁷¹

42. Eén en ander belet evenmin dat de aannemer of de architect alle excepties en middelen waarover zij beschikken t.a.v. de promotor, kunnen invoeren opzich- tens de klant. Indien de voorlopige oplevering door de promotor zonder voorbe- houd werd toegekend aan de aannemer of architect, dan zal de klant de aannemer of architect niet kunnen aanspreken voor gebreken die zichtbaar waren op het

⁶⁹ Cass. 15 september 1989, Pas. 1990, I, 65; RCJB 1992, 509, noot J. HERBOTS.

⁷⁰ Rb. Antwerpen 15 januari 2004, RW 2007-08, 1207; Bergen 12 maart 1998, JLMB 2000, 152, noot J.-F. HENROTTÉ. In dit laatste arrest oordeelde het hof van beroep dat "en application de l'article 1122 du Code civil, le client du promoteur a le droit, en qualité d'ayant-cause de cet 'entrepreneur-vendeur' pour les droits attachés à l'immeuble qui en constitue les accessoires, d'exercer l'action en responsabilité décennale dont le promoteur est titulaire à l'égard de l'architecte, en raison d'un vice de construction au sens de l'article 1792 du Code civil." Het Hof neemt daarbij in overweging dat "(...) dans le cas du contrat de promotion, le promoteur assume une obligation de délivrance de la chose et de ses accessoires, à l'instar d'un vendeur, obligation à laquelle n'est pas tenu l'entrepreneur principal". Het arrest is wel voor kritiek vatbaar waar het Hof stelt dat op de promotor (in tegenstelling tot de aannemer) dezelfde verplichtingen rusten als op de verkoper. Zoals wij hierboven reeds hebben gezien, kan de promotie evenwel niet worden herleid tot een louter koop-verkoop. Zie voor een gedetailleerde bespreking van dit arrest ook B. KOHL, "Woningbouwwet. Rechtspraakroniek 2000-2006" in K. DEKETELEAERE en A. VERBEKE (eds.), *Jaarboek bouwrecht 2005-2006*, Brugge, die Keure, 2006, 178-182.

⁷¹ Luik 16 oktober 1985, JLMB 1985, 638.

de opdrachtgever erin slaagt het bewijs te leveren dat zowel de gepleegde fout als de berokkende schade geheel vreemd zijn aan het door de opdrachtgever met de hoofdaannemer gesloten contract, zal de onderaannemer gehouden zijn tot vergoeding van de door hem veroorzaakte schade. Het verbaast niet dat dit in de praktijk leidt tot een quasi volledige buitencontractuele immuniteit van de onderaannemer.⁷⁵

46. Geconfronteerd met dergelijke quasi-onmogelijkheid in hoofde van de opdrachtgever om de onderaannemer aan te spreken tot vergoeding van de schade ingevolge een gebrekkige uitvoering van de verbintenissen voortvloeiende uit de onderaannemingsovereenkomst, werden in de rechtsleer pogingen ondernomen om aan de opdrachtgever een contractuele vordering toe te kennen ten laste van de onderaannemer.⁷⁶ De overdracht van de aansprakelijkheidsvordering t.a.v. de onderaannemer door de hoofdaannemer aan de opdrachtgever blijft evenwel betwist door een deel van de rechtspraak. Bovendien heeft het Grondwettelijk Hof in haar arrest van 28 juni 2006 vastgesteld dat het verschil in behandeling dat is ingebed in artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek door enkel aan de onderaannemer een rechtstreekse vordering toe te kennen (en niet aan de opdrachtgever) verantwoord is en geen inbreuk uitmaakt op het gelijkheidsbeginsel.⁷⁷

47. De quasi-immuniteit van de onderaannemer ten overstaan van de klant van de promotor dient evenwel te worden gerelativeerd ingevolge het arrest van het Hof van Cassatie van 18 mei 2006. In dit arrest oordeelde het Hof dat:

“het recht op vrijwaring dat de eerste koper bezit tegen zijn verkoper, is 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 opdrachtgever in het raam van een aannemingsovereenkomst, ontslaat de oorspronkelijke verkoper niet van zijn vrijwaringplicht tegenover deze eindgebruiker. De opdrachtgever heeft, zoals een onderverkrijger, alle rechten en vorderingen verbonden met de zaak die aan de oorspronkelijke verkoper toebehoort.”⁷⁸

Indien aldus het gebrek in het door de promotor-aannemer opgeleverde bouwwerk rechtstreeks wordt veroorzaakt door een gebrek in de materialen die werden geleverd aan de promotor en vervolgens in het bouwwerk werden geïncorporeerd,

⁷⁵ Zie o.m. omtrent dit punt: B. KOHL, “Sous-traitance: questions spéciales” in M. VANWYCK-ALEXANDRE (ed.), *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Collection Formation permanente C.U.P., vol. 63, Luik, Ed. C.U.P., 2003, 89-100.

⁷⁶ Als rechtsgrond hiervoor werd o.m. het volgende voorgesteld: stilzwijgend beding ten behoeve van een derde (art. 1121 BW), algemeen rechtsbeginsel en de erkenning van het accessorisch karakter van de aansprakelijkheidsvordering gekoppeld aan het voorwerp van de aannemingsovereenkomst: M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX en F. POTTIER, o.c., 286-287.

⁷⁷ Arrest nr. 111/2006 van 28 juni 2006, T.Aannr. 2006, 328, noot B. KOHL.
⁷⁸ Cass. 18 mei 2006, RW 2007-08, 147, noot N. CABRETTE.

tijdstip van de oplevering en waaromtrent geen voorbehoud werd geformuleerd.⁷²

Hetzelfde geldt voor clausules in de aannemings- of architectenovereenkomst waarbij de aansprakelijkheid van de aannemer, respectievelijk architect t.o.v. de promotor wordt beperkt; ook deze clausules binden de klant.

43. Indien de promotie-overeenkomst onderworpen is aan de Wet Breyne, moet in het bijzonder worden gewezen op artikel 6, alinea 2 van de wet waarin is bepaald dat de vrijwaring van de verkoper op grond van de artikelen 1792 en 2270 BW geldt mede ten aanzien van de achterenvolgende eigenaars van het huis of appartement, doch dat de rechtsoverdracht enkel tegen de oorspronkelijke verkoper kan worden ingesteld.

44. Het antwoord op de vraag of de schuldverdragen van de promotor op de (onder)aannemer ook worden overgedragen aan de klant in het geval de bouwpromotie als een aannemingsovereenkomst dient gekwalificeerd, is minder eenduidig.

45. Het is gekend dat bij een klassieke aannemingsovereenkomst in beginsel geen contractuele band tot stand komt tussen de opdrachtgever en de onderaannemer. Op dit principe wordt in artikel 1798 BW een belangrijke uitzondering voorzien, in die zin dat de onderaannemer over een rechtstreekse vordering beschikt opzichts de opdrachtgever voor de betaling van hetgeen deze laatste nog aan de hoofdaannemer verschuldigd is.

Omgekeerd kan de opdrachtgever de onderaannemer evenwel niet contractueel aansprakelijk stellen voor de schade die wordt veroorzaakt door een gebrekkige uitvoering van de onderaannemingsovereenkomst.⁷³ De opdrachtgever zal evenmin de onderaannemer op buitencontractuele grondslag tot schadevergoeding kunnen aanspreken nu de onderaannemer niet als een derde kan worden beschouwd ten aanzien van de uitvoering van het hoofdcontract.⁷⁴ Slechts indien

⁷² Bergen 29 mei 2000, onuitg., geciteerd door B. LOUVEAUX, “Inédits du droit de la Construction II”, *JLMB* 2003, 542. LOUVEAUX merkt daarbij op dat de vraag of het gebrek al dan niet zichtbaar was dient te worden beoordeeld in hoofde van de promotor, en niet de klant die de actuele titularis is van het vrijwaringrecht. Indien het gebrek zichtbaar was en de promotor hieromtrent geen voorbehoud heeft gemaakt, zal de klant dus geen aansprakelijkheidsvordering kunnen instellen tegen de aannemer c.q. architect. Zie tevens: B. LOUVEAUX, “De quelques aspects civils du contrat de promotion (hors loi Breyne)”, *Jurim pratique* 2008, 120.

⁷³ A. DELVAUX, *Traité juridique des bâtisseurs*, I. Brussel, Bruylant, 1968, 254-255; M.-A. FLAMME en J. LEPAPPE, *Le contrat d'entreprise. 10 ans de jurisprudence (1966-1975)*, Brussel, Bruylant, 1976, 37; L. SIMONT en J. DE GAVRE, “Examen de jurisprudence (1969 à 1975). Les contrats spéciaux (suite et fin)”, *RCJB* 1977, 352.

⁷⁴ Dit vloet rechtstreeks voort uit het zgn. Stuwadoorsarrest: Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395, met conclusie van advocaat-generaal P. MAHAUX; Cass. 8 april 1983, *Arr. Cass.* 1892-83, 934.

zal de klant zich rechtstreeks tot de leverancier van deze gebrekkige materialen kunnen richten teneinde zich vergoed te zien voor de schade die werd veroorzaakt door dit verborgen gebrek. Deze rechtstreekse vordering van de klant jegens de leverancier vindt haar grondslag in het adagium "accessorium sequitur principale".⁷⁹

48. Samengevat, moet worden besloten dat ingeval van bouwpromotie de klant enkel over een contractueel vorderingsrecht ten opzichte van de medecontractanten van de promotor beschikt ingeval de promotieovereenkomst als een koopverkoop moet worden gekwalificeerd. In alle andere gevallen beschikt de klant niet over dergelijk rechtstreeks vorderingsrecht, behoudens (i) tegen de leverancier van gebrekkige materialen, (ii) andersluidend contractueel beding waarin dergelijk vorderingsrecht hem uitdrukkelijk wordt toegekend en (iii), op grond van artikel 1382 BW in de mate de klant erin slaagt het bewijs te leveren dat zowel de gepleegde fout als de berokkende schade geheel vreemd zijn aan het door de klant met de promotor gesloten contract.

VIII. QUID MET DE VERPLICHTE TUSSENKOMST VAN DE ARCHITECT?

49. Onder Belgisch recht voorziet artikel 4 van de wet van 20 februari 1939 tot bescherming van de titel en het beroep van de architect in een monopoliepositie van de architect.⁸⁰ Met name bepaalt artikel 4 dat de Staat, de provincies, de gemeenten, de openbare instellingen en de particulieren een beroep moeten doen op de medewerking van een architect voor het opmaken van de plans en de controle op de uitvoering van de werken, voor welke door de wetten, besluiten en reglementen een voorafgaande aanvraag om toelating tot bouwen is opgelegd. België is op dit punt een uitzondering binnen de EU, nu de andere lidstaten een dergelijk uitgebreid monopolie niet kennen.⁸¹

Het Belgische recht wordt tevens gekenmerkt door de absolute onverenigbaarheid van het beroep van architect en aannemer. Artikel 6 van voornoemde wet bevestigt in zoveel woorden dat het uitoefenen van het beroep van architect onverenigbaar is met dat van aannemer van openbare of private werken. Volgens M. VANWIJCK-ALEXANDRE strekt artikel 6 er in eerste instantie toe uit te sluiten dat de

architect tevens aannemer is, en vice versa. Hierbij moet steeds het doel van deze onverenigbaarheid voor ogen worden gehouden: indien de architect geen aannemer kan zijn, dan is dit omdat de architect op grond van artikel 4 van de wet van 20 februari 1939 gehouden is de aannemer te controleren en de architect niet tegelijkertijd rechter en partij kan zijn. Deze wettelijke onverenigbaarheid geeft dus uiting aan de scheiding tussen het ontwerp van het werk en de uitvoering ervan, wat essentieel is onder het Belgische recht alsook de noodzakelijke onafhankelijkheid van de architect ten opzichte van de aannemer.⁸²

50. De verplichte tussenkomst van de architect stelt evenwel een aantal moeilijkheden in het kader van de bouwpromotie, en dan in het bijzonder m.b.t. de onafhankelijkheid van de architect en de onverenigbaarheid met het beroep van aannemer.

51. Indien de bouwpromotor het bouwwerk laat oprichten voor eigen rekening met het oog om het na voltooiing te verkopen, of het desgevallend reeds verkoopt tijdens de oprichting van de werken, dan wordt de geldigheid van het contract dat de bouwpromotor (in de hoedanigheid van bouwheer) met de architect heeft afgesloten weinig of niet betwist.⁸³

De geldigheid van het architectencontract wordt evenmin aangetast indien de promotor-verkoper zelf en voor eigen rekening een deel of het geheel van de werken uitvoert, althans in de mate dat de architect wordt belast met een opdracht die overeenkomstig artikel 4 van de wet van 20 februari 1939 bestaat uit de opmaak van de plannen en de controle op de uitvoering van de werken, zodat nog steeds sprake is van "des professions distinctes qui ont agi avec des missions propres, chacun exposant sa responsabilité personnelle."⁸⁴

Teneinde elke ambiguïteit in hoofde van de klant te vermijden, is het wel vereist dat de architect ten overstaan van de klant uitdrukkelijk verklaart dat hij optreedt in de hoedanigheid van architect die werd aangesteld door de bouwpromotor.⁸⁵

⁸² M. VANWIJCK-ALEXANDRE, o.c., 922.

⁸³ Integendeel, "dans ce cas, le recours à un architecte est non seulement licite mais est également obligatoire. En effet, puisque le promoteur, dans le cas de la promotion-vente, édifie pour son propre compte, celui-ci endosse le rôle d'un maître de l'ouvrage et doit donc recourir à un architecte pour la conception et le contrôle des travaux": L. VINCART en I. EKIERMAN, "Promoteurs et architectes: des relations ambiguës", *T.Ann.* 2008, 212. Eveneens in die zin: A. DELVAUX en J.-N. KRABEKWINKELS, "Questions actuelles relatives aux intervenants dans la construction et leur responsabilité dans la réception-agrégation" in *Droit de la construction*, Luik, Ed. Commission Université Palais, 1996, 76; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, o.c., 907; P. RIGAUD, *Le droit de l'architecture. Evolution des vingt dernières années*, Brussel, Larciat, 1993, 51; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX en F. POTTIER, o.c., 35.

⁸⁴ R. DE BRIEY, o.c., 292.

⁸⁵ A. DELVAUX en J.-N. KRABEKWINKELS, o.c., 76.

⁷⁹ Zie o.a. P. WERY, *Droit des obligations. Volume I. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larciat, 2010, 764; N. CARETTE, "Rechtstreekse contractuele aanspraak van een bouwheer jegens en onderaannemer", *TPR* 2007, 1825-1885.

⁸⁰ M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "Droit de la construction. La conception de l'ouvrage", *Act. dr.* 1991, 900-921.

⁸¹ B. KOHL, "Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?", o.c., 533-544.

Bovendien zou de wetgever, zeker bij de promotie van woningbouw, er goed aan doen de verplichte aanstelling van een "architect-raadgever" te voorzien, nu er terecht kan worden gevreesd dat de klant, die vaak een leek ter zake zal zijn, niet over de vereiste ervaring en kunde zal beschikken om zijn belangen te verdedigen ten opzichte van de promotor en daarin eventueel onvoldoende kan worden gesteund door de architect die door de promotor werd aangesteld.⁸⁶

52. Indien de overeenkomst tussen de promotor en de klant niet als een koopovereenkomst kan worden gekwalificeerd, rijst uiteraard wel de vraag naar de onafhankelijkheid van de architect. Reeds in haar arrest van 1 december 1994 oordeelde het Hof van Cassatie dat:

"(...) qu'il est contraire aux dispositions d'ordre public de la loi du 20 février 1939 qu'un architecte, infodé à un promoteur, contracte ensuite avec le client de ce promoteur comme s'il était indépendant de ce dernier (...); qu'en contractant avec ces clients, après l'accord réalisé entre ceux-ci et le promoteur, l'architecte s'est privé de la possibilité d'exercer son devoir de conseil et d'assistance vis-à-vis des clients (...)"⁸⁷

Hieruit volgt dus dat indien de klant van de bouwpromotor een overeenkomst afsluit met een architect, de onafhankelijkheid van deze architect geenszins gewaarborgd zal zijn indien de architectenovereenkomst is tot stand gekomen onder invloed van de bouwpromotor en de architect om welke reden ook rekschap verschuldigd is aan de promotor.⁸⁸ Alsdan is niet alleen de architectenovereenkomst maar ook de promotieovereenkomst absoluut nietig omdat de wet van 20 februari 1939 de openbare orde raakt.⁸⁹

⁸⁶ De verplichte aanstelling van een tweede architect, specifiek met het oogmerk om de opdrachtgever de nodige bijstand te verlenen en zijn belangen te verdedigen t.o.v. de bouwpromotor, werd reeds door een aantal auteurs met bravoure verdedigd: P. HENRY en F. POTTIER, "La réforme de la loi Breyne: à la recherche de l'arche perdue" in *Liber Amicorum Aimé De Caluwé*, Brussel, Bruylant, 1995, 275-277; A. VERBEKE en K. VANHOVE, *De Wet Breyne Sans Génie*, Brussel, Larcier, 2003, 78-82.

⁸⁷ Cass. 1 december 1994, *JLMB* 1995, 1078, noot F. MOISES.

⁸⁸ Bergen 25 juni 1991, *JLMB* 1992, 758, noot B. LOUVEAUX; Luik 26 maart 1997, *T.Aann.* 1998, 263; Gent 29 juni 2007, *RW* 2010-11, 1135; Antwerpen 23 april 2007, *Limb Rechtsf.* 2007, 336. De onafhankelijkheid van de architect is evenwel slechts dan niet gewaarborgd indien de architect "gebonden" is aan de aannemer of promotor. Zo oordeelde het hof van beroep te Brussel dat hoewel er geen twijfel bestond over het feit dat de naam van de architect *in casu* werd gesuggereerd door de aannemer, dit niet wegneemt dat hij vrijwillig werd aanvaard door de bouwheer (Brussel 20 december 2007, *Res Jur.Imm.* 2008, 9). Dat het voorontwerp vóór de afsluiting van de architectenovereenkomst met de medewerking van de aannemer werd gemaakt, leidt evenmin niet tot een conflict tussen de aannemer en de architect of tot een gebrek aan onafhankelijkheid bij de uitvoering van de nadien gesloten architectenovereenkomst. De loyaliteit van de architect aan de aannemer kan evenmin worden afgeleid uit het eenvoudige feit dat hij door die laatste werd aanbevolen aan de bouwheer die het verzoek tot hem richtte (Brussel 13 december 2007, *Res Jur.Imm.* 2008, 125).

⁸⁹ K. UYTTERHOEVEN, o.c., 494.

In ieder geval dient de beoordeling van de onafhankelijkheid van de architect *in concreto* te gebeuren: het loutere feit dat een promotor-aannemer betrokken is in een bouwproject zal niet voldoende zijn om per definitie te besluiten tot een inbreuk op de onafhankelijkheid van de architect.⁹⁰ Een belangrijk element bij deze beoordeling is het al dan niet bestaan van de intellectuele onafhankelijkheid van de architect om zonder inmenging van de bouwpromotor de plannen en het lastenboek te kunnen opstellen, zonder zich daarbij te beperken tot het overnemen van typeplannen en typebestekken.⁹¹

⁹⁰ Gent 9 juni 2006, *NjW* 2007, 134, noot K.V.

⁹¹ K. UYTTERHOEVEN, "De promotieovereenkomst" in K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS en A. VERBEKE (eds.), *Handboek bouwrecht*, Antwerpen, die Keure, 2004, 495.