

conclusion du contrat, il disposait des compétences professionnelles requises pour leur exercice.

L'arrêt constate que le devis du 24 juillet 2014 concernant les travaux litigieux a été « accepté par les [demandeurs] le 25 juillet 2014 », que les travaux « comprenaient: la démolition et le démontage des anciens châssis, de la cuisine existante et des sanitaires, des carrelages dans la cuisine et les salles de bain, le percement d'un mur », « de la maçonnerie », « la fourniture et la pose de nouveaux revêtements de sols (planchers ou carrelages) dans toutes les pièces », « l'enduisage et la mise en couleur des murs et plafonds », « du plafonnage », « de la menuiserie intérieure », « la menuiserie extérieure », « la fourniture et la pose d'une cuisine équipée, de deux W.C. et de deux salles de bain neuves », « des travaux d'électricité » et « la fourniture et la pose de mobiliers » et que le devis « mentionne expressément que les travaux seront réalisés par un sous-traitant ».

Il constate également que la défenderesse, qui « a été constituée en 2008 », « dispose de l'accès à la profession d'entrepreneur général et de l'accès à la profession pour les activités de finition depuis le 6 octobre 2014, soit après la conclusion du contrat d'entreprise litigieux », et que les travaux ont débuté en février 2015.

Il considère qu'« à propos de la compétence d'entrepreneur général, il faut rappeler que le devis du 24 juillet 2014 accepté par les [demandeurs] mentionne que le chantier sera réalisé par un sous-traitant de [la défenderesse] ».

L'arrêt, qui considère que « le contrat d'entreprise, dans la mesure où il a pour objet des travaux à réaliser en sous-traitance et des travaux de finition, n'a pas été conclu en violation de l'ordre public » aux motifs que « c'est au moment de l'édification de l'ouvrage qu'il importe que l'entrepreneur soit titulaire de l'accès à la profession légalement requis » et que la défenderesse a obtenu « la reconnaissance de ses compétences professionnelles dans le domaine de l'entreprise générale et des travaux de finition » « bien avant l'exécution des travaux », viole les dispositions légales visées au moyen, en cette branche.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Et il n'y a pas lieu d'examiner la seconde branche du moyen, qui ne saurait entraîner une cassation plus étendue.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il reçoit l'appel;

(...)

Noot

Aannemingsovereenkomsten waarbij de aannemer niet over de nodige toegang tot het beroep beschikt(e): moet nietigheid wel zo nodig?

Frederik Peeraer^{1,2}

1. INLEIDING

1. Met het geannoteerde arrest heeft het Hof van Cassatie zich moeten uitspreken over de volgende vraag: welke invloed heeft het feit dat de aannemer, op het moment van de contractsluiting, niet over de vereiste toegang tot het beroep beschikt op de aannemingsovereenkomst³? Net als de heersende mening is het Hof van oordeel dat de aannemingsover-

eenkomst in dat geval absoluut nietig is. Na de feiten en procedurele voorgaanden (2.) en de stand van zaken (3.) te hebben geschetst, argumenteer ik dat nietigheid in zaken zoals deze misschien niet helemaal noodzakelijk is (4.). Afronden doe ik met een kort besluit (5.).

2. FEITEN EN PROCEDURELE VOORGAANDEN

2. De feiten die aanleiding hebben gegeven tot het geannoteerde arrest kunnen als volgt worden geschetst. Een

bouwheer wenst een woning te laten renoveren⁴ en laat een bestek opmaken door een aannemer, dat op 25 juli 2014 door

¹ Docent UAntwerpen en raadgever beleidsceel minister van Justitie.

² De auteur schrijft deze bijdrage in eigen naam.

³ Zie over dit arrest ook. E. DE DUVE, "De la nullité des conventions: quelques rappels" (noot onder Cass. 27 september 2018), *JT* 2019, 528 *et seq.*

⁴ Uit het bestreden arrest blijkt dat de werken een overeengekomen waarde hadden van 135.271,35 EUR en de volgende zaken omvatten: de afbraak en ontmanteling van de oude ramen, bestaande keuken en toiletten, van de tegelvloeren in de keuken en in de badkamers, slopen van een muur, metselwerk, levering en plaatsing van een nieuwe vloerbekleding (planken- of tegelvloeren) in alle ruimten, plamuren en schilderen van muren en plafonds, plafonnering, binnenschrijnwerk, buitenschrijnwerk, levering en plaatsing van een ingerichte keuken, twee toiletten en twee nieuwe badkamers, elektriciteitswerken en levering en plaatsing van meubilair.

de bouwheer wordt aanvaard. Het bestek vermeldt dat de aannemer de werkzaamheden niet zelf zal uitvoeren, maar dat die daarvoor een beroep zal doen op een van zijn onderaannemers. Op dat ogenblik beschikt de aannemer nog niet over de toegang tot het beroep van algemeen aannemer of tot het beroep voor de eindafwerkingsactiviteiten. Hoewel die reeds vanaf 14 juli 2014 – d.i. vóór de aanvaarding van het bestek en dus vóór de contractsluiting – stappen heeft ondernomen bij het ondernemingsloket om die toegang te krijgen, zou hij die toegang pas krijgen op 6 oktober 2014 – d.i. na de aanvaarding van het bestek en na de contractsluiting. De werkzaamheden worden evenwel maar aangevat in februari 2015, op welk ogenblik de aannemer dus reeds over de beroepsbekwaamheden beschikt die voor de uitoefening van die activiteiten vereist is.

In de loop van 2015 verslechtert de relatie tussen de partijen. De aanleiding voor de problemen is te vinden in een andere overeenkomst die dezelfde partijen hebben gesloten, met als voorwerp de renovatie van een (ander) onroerend goed. In maart 2015 komt de parketvloer los die de aannemer heeft gelegd, waarop de bouwheer aan de aannemer vraagt om die post te schrappen uit het bestek van 25 juli 2014, zodat die klus voor het betreffende onroerend goed aan een parketspecialist kan worden toevertrouwd. Op 11 augustus 2015 bezorgt de aannemer een factuur aan de bouwheer, die die factuur betwist. De partijen slagen er niet in om tot een minnelijk akkoord te komen en de werkzaamheden worden niet meer hervat.

Daarop dagvaardt de bouwheer de aannemer. Op 31 mei 2016 verklaart de rechter de aannemingsovereenkomst nietig en stelt een expert aan om de waarde van de reeds uitgevoerde werken te begroten, rekening houdend met de eventuele werken die niet volgens de regels van de kunst zijn uitgevoerd, en om een afrekening tussen partijen voor te stellen.

De aannemer tekent beroep aan tegen die beslissing en betwist dat de overeenkomst nietig is. Het hof van beroep⁵ volgt de redenering van de aannemer en verklaart de overeenkomst niet nietig, maar verklaart ze wel te zijnen laste ontbonden. Het hof staaft het oordeel om de overeenkomst niet nietig te verklaren als volgt. Volgens het hof dient men niet op het ogenblik van de contractsluiting, maar op het

ogenblik waarop de werken een aanvang nemen na te gaan of de aannemer toegang heeft tot het beroep. De nietigheids-sanctie strekt er immers toe te vermijden dat onbekwame personen constructies oprichten die later het leven of de gezondheid van de bewoners of van voorbijgangers in gevaar kunnen brengen. Aangezien de aannemer op het ogenblik dat de werken een aanvang namen wel degelijk toegang had tot het beroep (en het bestek expliciet vermeldt dat de werken door een onderaannemer zullen worden uitgevoerd), besluit het hof de overeenkomst niet nietig te verklaren. Ten overvloede voegt het hof daar nog aan toe dat het instellen van een vordering tot nietigverklaring in deze omstandigheden – met name doordat de aannemer op het ogenblik dat de werken een aanvang namen over de nodige toegang tot het beroep beschikte – rechtsmisbruik uitmaakt. Alvorens recht te doen met betrekking tot de grond van de zaak duidt het hof dezelfde expert aan als de eerste rechter, om de aangekaarte gebreken te onderzoeken.

De bouwheer is het niet eens met die beslissing en tekent cassatieberoep aan. Het eerste onderdeel van het eerste middel – het enige dat door het Hof van Cassatie is onderzocht – voert aan dat die beslissing artikelen 6, 1108, 1131, 1134, 1138 en 1139 BW schendt. In essentie verwijt de bouwheer het hof van beroep dat het heeft miskend dat een overeenkomst die gesloten is in strijd met een regel van openbare orde nietig is en dat het naderhand verdwijnen van de nietigheidsgrond het gebrek waarmee die overeenkomst was behept, niet kan zuiveren. Daarnaast argumenteert het onderdeel dat de aannemer wel degelijk op het moment van de totstandkoming over de nodige toegang tot het beroep moet beschikken, met verwijzing naar de bepalingen die Hof van Cassatie in zijn arrest vermeldt.

Het Hof van Cassatie is overtuigd door het onderdeel en vernietigt het bestreden arrest. Cruciaal is dat het Hof van Cassatie het argument van de bouwheer overneemt dat reeds het sluiten van een overeenkomst die betrekking heeft op activiteiten die in het KB van 29 januari 2007 worden bedoeld, valt onder de uitoefening van die activiteiten. Daardoor is de redenering van het Hof dat de overeenkomst nietig is sluitend, aangezien de aannemer niet op het moment van de totstandkoming over de toegang tot het beroep beschikte.

3. STAND VAN ZAKEN

3. Met deze uitspraak sluit het Hof van Cassatie zich aan bij het standpunt dat de heersende mening in de rechtspraak en

doctrine inneemt. In de huidige stand van zaken lijkt (nage-noeg)⁶ iedereen het erover eens dat de aannemingsovereen-

⁵ Brussel 28 april 2017, AR 2016/AR/1922.

⁶ Een dissident geluid was te horen in het bestreden arrest. Zie ook de bijdrage van A. LELEUX en S. VANVREKOM, “La nullité du contrat d’entreprise et l’accès à la profession de l’entrepreneur” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit privé. Etat des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, (91) 91 *et seq.*, die verder in deze noot nog ter sprake komt. Zie tevens J.-T. GODIN en S. VANVREKOM, “Le contrat d’entreprise: examen de la jurisprudence récente et questions choisies” in Y. NINANE (ed.), *Actualités en droit des contrats spéciaux*, Brussel, Larcier, 2019, (37) 47.

komst die een aannemer sluit zonder dat die de vereiste toegang tot het beroep heeft, absoluut nietig is. Vooraleer dieper in te gaan op de argumenten die men daarvoor aanhaalt, is het nuttig om kort het wetgevend kader te schetsen⁷.

3.1. Wetgevend kader

4. Niet alle beroepen mogen door om het even wie worden uitgeoefend. Bepaalde beroepen, zoals dat van aannemer in de geannoteerde casus, worden gereguleerd, in die zin dat men toegang tot het beroep moet hebben om bepaalde beroepsactiviteiten te mogen uitoefenen⁸. Op het moment waarop het bestek in de geannoteerde zaak werd aanvaard, werd het beroep van aannemer federaal geregeld door de programmawet van 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap⁹ en door het koninklijk besluit van 29 januari 2007 betreffende de beroepsbekwaamheid voor de uitoefening van zelfstandige activiteiten van het bouwvak en van de elektrotechniek, alsook van de

algemene aanneming¹⁰. Dat koninklijk besluit bevat een gedetailleerde lijst van vaardigheden waarover de aannemer moet beschikken¹¹. Een aannemer moet aantonen dat hij beschikt over die vaardigheden, die in zijn geval zowel van technische als administratieve aard zijn¹². Hoe de aannemer dat bewijs kan leveren, wordt geregeld in artikel 6 van het koninklijk besluit.

5. Intussen is dat federale kader niet meer van toepassing in het Vlaamse Gewest. Sinds de zesde staatshervorming zijn de gewesten bevoegd om de voorwaarden voor de toegang tot het beroep te regelen¹³. Voorlopig heeft enkel het Vlaamse Gewest van die bevoegdheid (inhoudelijk)¹⁴ gebruik gemaakt. Met een besluit van de Vlaamse Regering van 19 oktober 2018¹⁵ is het koninklijk besluit van 29 januari 2007 opgeheven¹⁶. Met ingang van 1 januari 2019 zijn de bouwberoepen bijgevolg niet langer gereguleerd in het Vlaamse Gewest. Een gewijzigde Europese richtlijn¹⁷ maakte het noodzakelijk om het beleid rond ondernemersvaardigheden te evalueren. De reguleringssimpactanalyse¹⁸

7. Zie daarover uitgebreid A. DELVAUX en B. DE COCQUÉAU, “L’ordre public en droit de la construction: un concept aux multiples ramifications” in B. KOHL (ed.), *Droit de la construction*, Brussel, Larcier, 2016, 24 *et seq.*, nrs. 13 *et seq.*; B. KOHL, “L’entrepreneur” in *Guide de droit immobilier*, 2017, (IV.3.2 – 1) IV.3.2 – 3 *et seq.*, nr. 2.4.

8. Voor een uitgebreidere schets van het algemene kader voor de toegang tot het beroep, zie A. DELVAUX en B. DE COCQUÉAU, “L’ordre public en droit de la construction: un concept aux multiples ramifications” in B. KOHL (ed.), *Droit de la construction*, Brussel, Larcier, 2016, 24 *et seq.*, nrs. 13 *et seq.*; A. LELEUX en S. VANVREKOM, “La nullité du contrat d’entreprise et l’accès à la profession de l’entrepreneur” in C. DELFORGE en J. VAN MEER-BEECK (eds.), *Les nullités en droit privé. Etat des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, (91) 92 *et seq.*, nrs. 2 *et seq.*

9. BS 21 februari 1998.

10. BS 27 februari 2007.

11. Krachtens art. 1 van het vermelde koninklijk besluit heeft het besluit betrekking op: “1° de volgende activiteiten die rechtstreeks betrekking hebben op het optrekken, herstellen of slopen van een gebouw of op het aanbrengen van een roerend goed in een gebouw zodat het onroerend wordt door incorporatie:

a) de ruwbouwactiviteiten, met name metsel-, beton- of sloopwerken;

b) de stukadoor-, cementeer- en dekvloeractiviteiten;

c) de tegel-, marmer- en natuursteenactiviteiten;

d) de dakdekkers- en de waterdichtingsactiviteiten;

e) de schrijnwerkers- en de glazenmakersactiviteiten;

f) de eindafwerkingsactiviteiten, met name schilder- en behangwerken en het plaatsen van soepele vloerbekleding;

g) de installatieactiviteiten voor centrale verwarming, klimaatregeling, gas en sanitair;

2° de elektrotechnische activiteiten;

3° de algemene aannemingsactiviteiten.”

12. Art. 5, 2° van het koninklijk besluit somt die vaardigheden op.

13. Art. 17 bijzondere wet met betrekking tot de zesde staatshervorming (BS 31 januari 2014) heeft art. 6, § 1, VI, eerste lid bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (vervangen bij de bijzondere wet van 8 augustus 1988 en gewijzigd bij de bijzondere wetten van 13 juli 2001 en 12 augustus 2003) aangevuld met (onder andere) “6° de vestigingsvoorwaarden, met uitzondering van de voorwaarden voor toegang tot gezondheidszorgberoepen en tot dienstverlenende intellectuele beroepen”.

14. Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest heeft in 2015 wel enkele maatregelen getroffen, maar die wijken niet inhoudelijk af van de vestigingswet: zie Ord.Br. houdende de eerste maatregelen ter uitvoering en toepassing van de zesde staatshervorming met betrekking tot de bevoegdheden op het vlak van toegang tot het beroep (BS 10 juli 2015).

15. Besluit van de Vlaamse Regering van 19 oktober 2018 tot opheffing van het koninklijk besluit van 21 december 1974 tot bepaling van de eisen tot uitoefening van de beroepswerkzaamheid van installateur-frigorist in de kleine en middelgrote handels- en ambachtsondernemingen en het koninklijk besluit van 29 januari 2007 betreffende de beroepsbekwaamheid voor de uitoefening van zelfstandige activiteiten van het bouwvak en van de elektrotechniek, alsook van de algemene aanneming (BS 23 november 2018).

16. 16 andere van de 27 gereguleerde beroepen waren reeds opgeheven door het besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 2017 tot opheffing van koninklijke besluiten betreffende de beroepsbekwaamheden van slager-groothandelaar, droogkuiser-verver, restaurateur of traiteurbanketaannemer, brood- en banketbakker, kapper, schoonheidsspecialist, masseur, voetverzorging, opticien, dentaaltechnicus, begrafenisondernemer, beenhouwerspekslager en met betrekking tot de uitoefening van zelfstandige activiteiten met betrekking tot fietsen en motorvoertuigen (BS 9 augustus 2017). Dat besluit is in werking getreden op 1 januari 2018.

17. Richtlijn nr. 2013/55/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 2013 tot wijziging van richtlijn nr. 2005/36/EG betreffende de erkenning van beroepskwalificaties en verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het informatiesysteem interne markt (“de IMI-verordening”) (Pb. L. 354, 28 december 2013).

18. Reguleringssimpactanalyse tot opheffing van de koninklijke besluiten betreffende de beroepsbekwaamheden voor de uitoefening van installateur-frigorist, van zelfstandige activiteiten van het bouwvak en van de elektrotechniek, alsook de algemene aanneming, beschikbaar via www.vlaanderen.be/nbwa-news-message-document/document/0901355780243d55 (hierna verkort: “RIA”).

naar aanleiding van het ontwerpbesluit verduidelijkt dat als volgt: “Een van de doelstellingen van Europa is de vrije dienstverrichting en vrijheid van vestiging te stimuleren. Zij bewerkstelligt dit onder meer door middel van de richtlijn nr. 2005/36/EG die de EU-onderdaan een aantal instrumenten aanreikt die hem de toegang tot andere landen vergemakkelijkt. Deze richtlijn is enkel van toepassing op andere EU-onderdanen en niet op de Vlaamse ondernemers die zich in Vlaanderen wensen te vestigen. In dit opzicht is de toegang tot het beroep voor de Vlaamse ondernemer in Vlaanderen moeilijker dan voor de EU-onderdaan en wordt een Vlaamse ondernemer gediscrimineerd. Daarenboven geldt binnen Europa het proportionaliteitsbeginsel: enkel objectieven van algemeen belang die alleen door de reglementering van het beroep kunnen worden gegarandeerd en waarvoor geen alternatieven zijn, kunnen weerhouden worden als voorwaarden tot reglementering van het desbetreffende beroep.”¹⁹. Daarnaast werd aangevoerd dat de vestigingswetgeving geen adequaat middel meer is voor haar oorspronkelijke doelstellingen, met name de bescherming van de consument, de openbare veiligheid en het verzekeren van de kwaliteit van de uitgevoerde werken²⁰.

Aangezien de toegang tot het beroep van aannemer vanaf 1 januari 2019 niet langer gereguleerd is in het Vlaamse Gewest, geldt de onderstaande analyse enkel voor aannemingsovereenkomsten die gesloten zijn met een aannemer die wél moe(s)t voldoen aan de vereisten inzake de toegang tot het beroep.

3.2. De nietigheid van de aannemingsovereenkomst

6. Als een aannemer een aannemingsovereenkomst sluit zonder dat die over de nodige toegang beschikt, dan is die overeenkomst volgens de heersende mening absoluut nietig²¹. Om dat standpunt te onderbouwen, verwijst men naar de doelstellingen van de (huidige)²² vestigingswetgeving, zoals de bescherming van KMO's en de behoefte om voor consumenten/eindgebruikers minimale kwaliteitseisen te voorzien²³. Bij aannemingswerken zouden werken die uitgevoerd zijn door aannemers die niet over de vereiste toegang tot het beroep beschikken vaker gebrekkig zijn dan wanneer de aannemer gespecialiseerd is in die werkzaamheden²⁴. Daarnaast wenst men door middel van dergelijke regeling te vermijden dat onbekwame personen handelingen

¹⁹. RIA, 6 et seq.

²⁰. RIA, 7.

²¹. Zie voor *rechtspraak* in die zin bv.: Bergen 25 maart 2002, *JLMB* 2003, 638; Bergen 6 november 2002, *JLMB* 2003, 1285; Brussel 14 september 2005, 1996/RG/2435; Bergen 10 september 2007, 2004/RG/981; Brussel 15 november 2007, *Res Jur.Imm.* 2009, 100; Brussel 8 februari 2008, 2006/RG/2151; Brussel 29 mei 2009, *T.Aann.* 2010, 454, noot C. WIJNANTS; Luik 24 juni 2010, *JT* 2010, 599; Luik 5 januari 2011, *JLMB* 2014, 1325; Bergen 5 september 2011, *JLMB* 2014, 1320; Luik 5 mei 2011, *JLMB* 2014, 1326; Brussel 14 februari 2013, *T.Aann.* 2014, 296; Luik 28 november 2013, 2012/RG/1796; Kh. Namen 23 maart 2009, *JT* 2009, 360; Rb. Brussel 23 mei 2017, *T.Aann.* 2018, 266. Voor *rechtsleer*, zie bv. M. DUPONT, “Professions réglementées et sanctions judiciaires et civiles”, *JT* 2015, (626) 631; I. EKIERMAN, “Absence d'accès à la profession et nullité du contrat d'entreprise: nuit et brouillard au pays des restitutions” (noot onder Rb. Brussel 23 mei 2017), *T.Aann.* 2018, (273) 273; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk. Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure, 2003, 409, nr. 476 en de talrijke verwijzingen daar; L. HENROTTE, “La nullité absolue du contrat d'entreprise conclu avec un entrepreneur qui ne dispose pas de l'accès à la profession ou l'histoire de 'Nemo' en eaux troubles”, *Le Pli Juridique. Droit judiciaire, obligations et contrats* 2013, afl. 26, (11) 11, nr. 4 en p. 12, nr. 10 en de verwijzingen daar; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, Brussel, Bruylant, 2016, 868, nr. 349; B. KOHL, “L'entrepreneur” in *Guide de droit immobilier*, 2017, (IV.3.2 – 1) IV.3.2 – 5, nr. 2.5; J.-M. MAGUIN VREUX, “L'accès à la profession des entrepreneurs”, *Res Jur.Imm.* 2014, 311-312; J. SAP, “Commentaar bij art. 14-16 Programmawet 10 februari 1998”, *Comm.Hand.* 2004, 5; B. VAN DEN BERGH, “Over de vestigingswetgeving in de bouwsector, (algemene) aannemers en uitvoering van het werk door onderaannemers” (noot onder Cass. 13 januari 2012), *RW* 2012-13, (1378) 1380, nr. 7; A. VAN OEVELEN, B. CATTOIR, M. VAN LOON, R. VINCKX en L. VAN VALCKENBORGH, “De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden: algemene beginselen en een grondslagenonderzoek”, *TPR* 2011, (1355) 1480, nr. 74; A. VAN OEVELEN, *Overeenkomsten*, Deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, E. *Aanneming van werk – Lastgeving in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 82, nr. 61; C. WIJNANTS, “Nullité du contrat d'entreprise pour violation des règles d'accès à la profession: rappel des principes”, *T.Aann.* 2010, (460) 463 en de verwijzingen daar. Andere auteurs pleiten evenwel voor de relatieve nietigheid. In die zin bv. J.-T. GODIN en S. VANVREKOM, “Le contrat d'entreprise: examen de la jurisprudence récente et questions choisies” in Y. NINANE (ed.), *Actualités en droit des contrats spéciaux*, Brussel, Larcier, (37) 47, nr. 20; A. LELEUX en S. VANVREKOM, “La nullité du contrat d'entreprise et l'accès à la profession de l'entrepreneur” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit privé. Etat des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, (91) 106, nr. 15. Anders G. BAERT, *Aanneming van werk in APR*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 105-106, nr. 246: hij is kritisch voor de nietigheids-sanctie in het kader van eerdere vestigingswetten, die evenwel niet zozeer tot doel hadden om bepaalde kwaliteitseisen op te leggen, maar vooral beoogden de beroepsbekwaamheid te verhogen opdat kleine aannemingsbedrijven de concurrentiestrijd met de grote ondernemingen beter het hoofd zouden kunnen bieden.

²². Oudere vestigingswetgeving (zoals de wet van 15 december 1970 op de uitoefening van beroepswerkzaamheden in de kleine en middelgrote handels- en ambachtsondernemingen (*BS* 20 maart 1971, p. 3.493), die de wet van 1958 verving) had een andere, corporatistische insteek: zie vorige voetnoot, *in fine* en A. LELEUX en S. VANVREKOM, “La nullité du contrat d'entreprise et l'accès à la profession de l'entrepreneur” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit privé. Etat des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, (91) 103, nr. 15.

²³. Ontwerp van programmawet tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap en wetsontwerp tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap, *Parl.St.* 1996-97, nrs. 1206/1 en 1207/1, 13: “Voor elke beroepsactiviteit zal worden nagegaan of het noodzakelijk is om minimale kwaliteitsgaranties in te bouwen voor de consument door het opleggen van vereisten inzake beroepsbekwaamheid. In heel wat sectoren wordt vandaag steeds meer aandacht besteed aan kwaliteitszorg. De integratie ervan in de beroepsbekwaamheid zal de consument, die ter zake ook veeleisender wordt, ten goede komen.” Zie M. DUPONT, “Professions réglementées et sanctions judiciaires et civiles”, *JT* 2015, (626) 631.

²⁴. Bergen 27 november 2006, aangehaald door B. LOUVEAUX, “Inédits du droit de la construction”, *JLMB* 2008, (408) 420; M. DUPONT, “Professions réglementées et sanctions judiciaires et civiles”, *JT* 2015, (626) 631.

verrichten die het leven of de gezondheid van de bewoners of van anderen in gevaar kunnen brengen²⁵. Gelet op die doelstellingen besluit de heersende mening (minstens impliciet) dat de vestigingswetgeving een wet is die “*de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raakt of die, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vestigt waarop de economische of de morele orde van de maatschappij rust*”²⁶, waardoor die van openbare orde is²⁷. Indien de aannemer niet over de nodige toegang tot het beroep beschikt, dan is de aannemingsovereenkomst die hij sluit absoluut nietig, aangezien de overeenkomst artikel 2 BW schendt en de verbintenis van de aannemer een ongeoorloofde oorzaak heeft die het contract nietig maakt, zelfs als de wederpartij (de bouwheer) niet op de hoogte was van het feit dat de aannemer niet over de nodige toegang beschikte²⁸.

7. De absolute nietigheid van de aannemingsovereenkomst verhindert volgens de heersende mening dat zowel bouwheer als aannemer de uitvoering van de overeenkomst kan afdwingen (hetzij *in natura*, hetzij bij equivalent)²⁹. Dat betekent dat de bouwheer geen schadevergoeding kan verkrijgen voor genotsderving of voor de gebrekkige uitvoering van de werken³⁰. Omgekeerd kan ook de aannemer geen vergoeding (voor een positief belang) krijgen voor de uitge-

voerde werken. Het zou zelfs niet mogelijk zijn voor de aannemer, indien zijn contract nietig wordt verklaard, om voor te stellen dat een onderaannemer de uitvoering *in natura* op zich neemt: volgens de rechtbank van koophandel te Bergen³¹ doven de verbintenissen van partijen definitief uit door de nietigverklaring, waardoor die ook geen uitvoering *in natura* meer kunnen voorstellen.

8. Het gevolg van de nietigverklaring is dat partijen in principe verplicht zijn om over en weer terug te geven wat zij in uitvoering van de overeenkomst hebben ontvangen, hetzij *in natura*, hetzij bij equivalent. De heersende mening voegt daar evenwel aan toe dat de rechter de teruggave geheel of gedeeltelijk kan ontzeggen, indien voldaan is aan de vereisten om het *adagium* “*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*” toe te passen³². Op basis van dat *adagium* mag de rechter weigeren om een restitutievordering van de partij die zich schandelijk heeft gedragen in te willigen als de rechtsgrond voor de prestatie ontbreekt wegens een ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak³³. De rechter kan dat *adagium* toepassen en de restitutievordering afwijzen “*wanneer hij in feite oordeelt dat dit de preventieve rol van de sanctie die bepaald is voor de overeenkomst uit ongeoorloofde oorzaak in het gedrang zou brengen of dat de*

25. In die zin, naast het bestreden arrest, bv. Brussel 14 september 2005, 1996/AR/2435; M. DUPONT, “Professions réglementées et sanctions judiciaires et civiles”, *JT* 2015, (626) 631. Anders evenwel A. LELEUX en S. VANVREKOM, “La nullité du contrat d’entreprise et l’accès à la profession de l’entrepreneur” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit privé. Etat des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, (91) 103 et seq., nr. 15.

26. Dit is de klassieke omschrijving die het Hof van Cassatie, in navolging van Henri DE PAGE (*Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1933, nr. 91), geeft aan wetten van openbare orde: zie o.m. Cass. 9 december 1948, *Arr.Cass.* 1948, 615 en *Pas.* 1948, I, p. 699; Cass. 5 mei 1949, *Pas.* 1949, I, p. 335; Cass. 22 december 1949, *Arr.Cass.* 1950, 244 en *Pas.* 1950, I, p. 266; Cass. 15 maart 1968, *Arr.Cass.* 1968, 936 en *Pas.* 1968, I, p. 884; Cass. 10 november 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 299 en *Pas.* 1979, I, p. 309; Cass. 28 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 117 en *Pas.* 1980, I, p. 116; Cass. 29 november 2007, C.07.0173.N, *Arr.Cass.* 2007, 2319; Cass. 29 april 2011, C.10.0183.N, *Arr.Cass.* 2011, 1114; Cass. 10 september 2015, C.12.0533.N en C.12.0597.N, *Arr.Cass.* 2015, 1949; Cass. 30 juni 2016, F.15.0014.N; Cass. 4 mei 2018, C.16.0145.F.

27. Zie de uitspraken vermeld in de vorige voetnoot. Anders evenwel A. LELEUX en S. VANVREKOM, “La nullité du contrat d’entreprise et l’accès à la profession de l’entrepreneur” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit privé. Etat des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, (91) 103, nr. 15: “*Aussi, l’examen des travaux préparatoires de la loi-programme ne nous semble donc pas permettre de considérer qu’elle touche à ce point aux intérêts essentiels de l’Etat que toute violation entraînerait la nullité absolue de la convention d’entreprise. Certes, l’importance des législations visant la réglementation de profession est considérable, toutefois, les considérations d’ordre corporatiste ou celles portant sur la protection des consommateurs correspondent davantage à une volonté de protection des intérêts privés. Or, ce n’est que lorsque le but du législateur est de protéger l’intérêt général que la sanction de la nullité absolue, qui peut être invoquée par tous, se justifie.*”

28. M. DUPONT, “Professions réglementées et sanctions judiciaires et civiles”, *JT* 2015, (626) 631.

29. Luik 24 juni 2010, *JT* 2010, 599; Bergen 20 november 2008, *TBBR* 2011, 97; Brussel 29 mei 2009, *T.Aann.* 2010, 454, noot C. WIJNANTS; L. HENROTTE, “La nullité absolue du contrat d’entreprise conclu avec un entrepreneur qui ne dispose pas de l’accès à la profession ou l’histoire de ‘Nemo’ en eaux troubles”, *Le Pli Juridique. Droit judiciaire, obligations et contrats*, 2013, afl. 26, (11) 13 et seq., nr. 16; B. KOHL, “L’entrepreneur” in *Guide de droit immobilier*, 2017, (IV.3.2 – 1) 6, nr. 2.5; B. LOUVEAUX, “La nullité des contrats d’entreprise: gare aux effets boomerang” (noot onder Luik 5 mei 2011), *JLMB* 2014, (1327) 1328; C. WIJNANTS, “Nullité du contrat d’entreprise pour violation des règles d’accès à la profession: rappel des principes”, *T.Aann.* 2010, (460) 465.

30. Luik 24 juni 2010, *JT* 2010, 599; B. KOHL, “L’entrepreneur” in *Guide de droit immobilier*, 2017, (IV.3.2 – 1) 5, nr. 2.5.

31. Kh. Bergen 26 juni 2002, *DAOR* 2002, 269.

32. Luik 23 april 2015, *T.Aann.* 2016, 80; Rb. Brussel 23 mei 2017, *T.Aann.* 2018, 266; L. HENROTTE, “La nullité absolue du contrat d’entreprise conclu avec un entrepreneur qui ne dispose pas de l’accès à la profession ou l’histoire de ‘Nemo’ en eaux troubles”, *Le Pli Juridique. Droit judiciaire, obligations et contrats*, 2013, afl. 26, (11) 14, nrs. 25 et seq. en de daar vermelde toepassingen; B. KOHL, “L’entrepreneur” in *Guide de droit immobilier*, 2017, (IV.3.2 – 1) 6, nr. 2.5.

33. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 716, nr. 567; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2008, 22, nr. 30; P. WERY, *Droit des obligations*, Volume 1, *Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 318, nr. 349. Eender welke absolute nietigheidsgrond lijkt dus te kunnen volstaan voor de toepassing van dat *adagium*: zie de talrijke verwijzingen bij R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 621, nr. 280.I. Er bestaat geen eensgezindheid over de concrete vereisten om dat *adagium* te kunnen toepassen. Zie daarover R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 621 et seq., nr. 280 en de verwijzingen daar.

*sociale orde vereist dat de [terugvorderende partij] strenger wordt gestraft*³⁴.

9. Hoewel de absolute nietigheid regelmatig de gehele overeenkomst treft³⁵, is het niet uitgesloten dat de overeenkomst toch overeind kan blijven met betrekking tot de werken waar de aannemer wel de vereiste toegang voor heeft en die werken geen onverbreekelijk geheel vormen met de werken waarvoor de aannemer geen toegang heeft³⁶.

10. De heersende mening stelt dat de aannemer reeds bij de totstandkoming van de aannemingsovereenkomst dient te beschikken over de toegang tot het beroep³⁷. Als een aanne-

mer op dat moment geen toegang tot het beroep heeft, maar in een later stadium wel de nodige toegang verkrijgt, is men van oordeel dat dat er niet voor zorgt dat de gemaakte afspraken afdwingbaar worden³⁸. Dat belet niet dat de geldigheid van een aannemingsovereenkomst met een algemene aannemer die geen toegang tot het beroep heeft voor het geheel of een gedeelte van het in de overeenkomst bedoelde werk, in de regel niet kan worden betwist wanneer de aannemer zich niet ertoe verbindt het werk waarvoor een toegang tot het beroep vereist is zelf uit te voeren, aangezien dat werk zal worden uitbesteed aan onderaannemers die wel over de vereiste vergunningen beschikken³⁹.

4. KRITISCHE ANALYSE

11. De centrale vraag die rijst bij deze stand van zaken, is of de aannemingsovereenkomst inderdaad wel nietig is. Hieronder argumenteer ik dat er goede redenen zijn om de heersende mening niet te volgen: niet alleen verdient het aanbeveling om de toegang tot het beroep te controleren op het moment dat de werken een aanvang nemen, het is eveneens raadzaam om de aannemingsovereenkomst niet in alle omstandigheden uitwerking te ontnemen als gevolg van het feit dat de aannemer op het relevante moment niet over de toegang tot het beroep beschikt(e).

4.1. Beoordelingstijdstip

12. In zijn arrest gaat het Hof van Cassatie nader in op het moment waarop moet worden gecontroleerd of de aannemer al dan niet beschikt over de vereiste toegang tot het beroep (“beoordelingstijdstip”). Het eerste onderdeel van het middel richt zich immers onder meer tegen het oordeel van het bestreden arrest dat het beoordelingstijdstip niet zozeer het moment van de contractsluiting is (*in casu* 25 juli 2014), maar het moment waarop de werken worden aangevat (*in casu* februari 2015).

Het Hof van Cassatie is van oordeel dat het moment van de

contractsluiting determinerend is. Om zijn standpunt te onderbouwen, verwijst het Hof naar artikelen 31 en 32 van het koninklijk besluit van 29 januari 2007. Artikel 31 verduidelijkt wanneer iemand algemene aannemingsactiviteiten uitoefent. Dat is namelijk het geval indien iemand “*ter uitvoering van een aannemingscontract een gebouw bouwt, verbouwt, laat bouwen of verbouwen zodat dit afgewerkt wordt, en daarvoor een beroep doet op meerdere onderaannemers*”. Artikel 32 voegt daaraan toe welke beroepsbekwaamheden vereist zijn voor het uitoefenen van dergelijke activiteiten. Uit die bepalingen leidt het Hof af dat de vermelde beroepsbekwaamheden ook vereist zijn voor het sluiten van de aannemingsovereenkomst: “*Het sluiten van een overeenkomst die betrekking heeft op de in het koninklijk besluit van 29 januari 2007 bedoelde activiteiten, valt onder de uitoefening van die activiteiten.*”

13. Naar mijn mening kan men vragen stellen bij die redenering van het Hof. Een grammaticale uitlegging van artikel 31 wijst immers in een andere richting. Er staat letterlijk dat iemand algemene aannemingsactiviteiten uitoefent wanneer die “*ter uitvoering van een aannemingscontract*”⁴⁰ bepaalde handelingen verricht. Het sluiten van een dergelijk contract lijkt er dus op het eerste gezicht niet onder te vallen.

³⁴ Cass. 8 december 1966, *Arr.Cass.* 1967, 450 en *Pas.* 1967, I, p. 434, Concl. HAYOIT DE TERMICOURT; Cass. 24 september 1976, *Arr.Cass.* 1977, 98 en *Pas.* 1977, I, p. 101; Cass. 15 februari 2016, C.14.0448.F. Zie over de mogelijke bestaansredenen van dat *adagium*, R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 619 *et seq.*, nr. 279 en de verwijzingen daar. Voor een overzicht van de wijze waarop dat *adagium* de afgelopen 20 jaar is toegepast in de rechtspraak, zie *ibid.*, 627 *et seq.*, nr. 282 en de verwijzingen daar.

³⁵ Zie Brussel 29 mei 2009, *T.Ann.* 2010, 454, noot C. WIJNANTS; Luik 15 december 2011, *JLMB* 2014, 1322; Bergen 5 september 2011, *JLMB* 2014, 1320.

³⁶ Zie bv. Brussel 28 november 2008, *TBBR* 2010, 521. Zie daarover uitgebreid A. LELEUX en S. VANVREKOM, “La nullité du contrat d’entreprise et l’accès à la profession de l’entrepreneur” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit privé. Etat des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, (91) 108 *et seq.*, nrs. 17 *et seq.*

³⁷ B. KOHL, “L’entrepreneur” in *Guide de droit immobilier*, 2017, (IV.3.2 – 1) 5, nr. 2.5.

³⁸ Luik 21 december 1999, *RRD* 2000, 190; Bergen 27 november 2006, aangehaald door B. LOUVEAUX, “Inédits du droit de la construction”, *JLMB* 2008, (408) 422; M. DUPONT, “Professions réglementées et sanctions judiciaires et civiles”, *JT* 2015, (626) 631; A. VAN OEVELEN, *Overeenkomsten*, Deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, E, *Aanneming van werk – Lastgeving in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 82, nr. 61.

³⁹ Cass. 13 januari 2012, C.11.0356.F, *Arr.Cass.* 2012, 136, Concl. A. HENKES, *Pas.* 2012, 115, Concl. A. HENKES, *RW* 2012-13, 1378, noot B. VAN DEN BERGH.

⁴⁰ Eigen benadrukking – FP.

Die *prima facie*-conclusie wordt nog versterkt als men de doelstelling van dat artikel en van dat koninklijk besluit in het algemeen erbij betreft. Waarom moet iemand over bepaalde beroepsbekwaamheden beschikken om bepaalde activiteiten te mogen uitvoeren? Zoals hierboven vermeld, verwijst men onder andere naar de wens dat aannemingswerken aan minimale kwaliteitseisen zouden voldoen. Concreet wenst men door middel van dergelijke regelgeving te vermijden dat onbekwame personen handelingen verrichten die het leven of de gezondheid van de bewoners of van anderen in gevaar kunnen brengen. Het is niet meteen duidelijk op welke manier het louter sluiten van een aannemingsovereenkomst het leven of de gezondheid van personen in gevaar kan brengen. Omdat de concrete (onvakkundige) uitvoering van aannemingswerken daarentegen wel dat gevaar kan creëren, lijkt het meer te stroken met de doelstelling van de vermelde regels om na te gaan op het moment van de aanvang van de werken of de aannemer die de werken uitvoert, wel over de nodige beroepsbekwaamheden beschikt.

14. Op het eerste gezicht lijkt het Hof met zijn standpunt ook af te wijken van zijn eerdere rechtspraak. Indien een aannemer reeds op het moment van de contractsluiting over de vereiste toegang moet beschikken, lijkt het niet meer mogelijk voor een aannemer die niet over de vereiste toegang beschikt om geldig in het contract te bedingen dat de werken zullen worden uitgevoerd door onderaannemers die wel over de nodige beroepsbekwaamheden beschikken⁴¹. Een cassatiearrest van 13 januari 2012⁴² liet een dergelijke mogelijkheid nochtans open. Een mogelijke verklaring voor deze *prima facie*-afwijking vormt de toepasselijke wetgeving. In tegenstelling tot de geannoteerde zaak werd de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 13 januari 2012 niet beheerd door het koninklijk besluit van 29 januari 2007, aangezien die aannemingsovereenkomst reeds was gesloten in 2003.

De vraag rijst evenwel of die verklaring ook het verschil qua resultaat kan verantwoorden. Het is niet meteen duidelijk om welke redenen het vermelde koninklijk besluit plots zou verbieden dat een aannemer die op het moment van de contractsluiting niet over de vereiste toegang tot het beroep beschikt, de uitvoering van de afgesproken werken overlaat aan on-

deraannemers die wel over de nodige beroepsbekwaamheden beschikken.

15. Wat er ook van zij, indien men van oordeel is dat het moment waarop de werken een aanvang nemen dienst moet doen als beoordelingstijdstip, is de nietigheid technisch gezien niet de gepaste sanctie. De nietigheid is immers een sanctie voor gebreken die zich voordoen op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst⁴³, en hier zou het gebrek – de afwezigheid van de toegang tot het beroep – pas moeten worden beoordeeld op een later tijdstip. Om die conceptuele leemte op te vullen, heb ik in mijn proefschrift twee bijkomende begrippen voorgesteld, namelijk de “onwerkzaamheid” en de “ondoeltreffendheid”⁴⁴. Een *onwerkzame* rechtshandeling is een rechtshandeling die niet voldoet aan alle vereisten die moeten voldaan zijn op een ogenblik *na* de totstandkoming met als gevolg dat die rechtshandeling niet de beoogde rechtsgevolggen teweegbrengt. Een *ondoeltreffende* rechtshandeling is dan weer een rechtshandeling die – op het beoordelingsmoment, bijvoorbeeld het moment van de rechterlijke uitspraak – uitwerking ontbeert, ongeacht of dat gebrek aan uitwerking het gevolg is van een nietigheidsgrond dan wel van een onwerkzaamheidsgrond. Omdat de afwezigheid van de vereiste toegang tot het beroep in dit geval er mogelijk toe kan leiden dat het contract uitwerking ontbeert en men de toegang tot het beroep m.i. niet moet controleren bij de totstandkoming, kan men hier eerder spreken van een onwerkzame (of ondoeltreffende) dan van een nietige overeenkomst.

4.2. Moet de overeenkomst wel uitwerking ontberen?

16. De cruciale vraag is of het gebrek aan toegang tot het beroep wel tot gevolg moet hebben dat de aannemingsovereenkomst uitwerking ontbeert. De heersende mening leidt dat af uit het openbare orde-karakter van de vestigingswet, al dan niet in combinatie met artikel 2 en 1131 BW.

Elders⁴⁵ heb ik geargumenteed dat strijdigheid met de openbare orde niet steeds tot ondoeltreffendheid moet leiden. Daarmee sluit ik me niet aan bij de meerderheidsstrekking in de doctrine⁴⁶. In sommige gevallen heeft die strijdigheid

41. Ook in deze zaak is bedongen dat de werken niet door de aannemer, maar door een onderaannemer zullen worden uitgevoerd.

42. C.11.0356.F, *Arr. Cass.* 2012, 136, Concl. A. HENKES, *Pas.* 2012, I, p. 115, Concl. A. HENKES, *RW* 2012-13, 1378, noot B. VAN DEN BERGH.

43. Strikt genomen moeten nietigheidsgronden niet worden beoordeeld op het moment van de contractsluiting, maar op het verrichtingsmoment (d.i. het moment waarop de handeling wordt verricht, of concreter, het moment waarop de toestemming wordt verleend). Het onderscheid met het moment van de totstandkoming is bv. relevant wanneer de contracterende partijen in plaats en tijd van elkaar zijn verwijderd. Zie daarover uitgebreid F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nrs. 308 *et seq.* en de verwijzingen daar.

44. F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nrs. 275 *et seq.*

45. F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 250 en de verwijzingen daar. Zie eveneens F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *TBBR* 2017, 374 *et seq.* en de verwijzingen daar (dat artikel is een Nederlandstalige en licht geüpdatete versie van F. PEERAER en S. STIJNS, “La proportionalité de la nullité: l’inefficacité ou un nouveau souffle pour l’inexistence?” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit privé. Etat des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, 221 *et seq.*).

46. Zie o.m. S. STIJNS, *Leerboek*, I, Brugge, die Keure, 2005, 38, nr. 49; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 81, nr. 28; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 79; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2008, 9 *et seq.*, nr. 11; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, T. II, *Les obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2013, 361, nr. 220.

naar mijn mening zelfs helemaal geen impact op de uitwerking van de onderliggende overeenkomst⁴⁷. Wanneer de overtreden rechtsnorm niet uitdrukkelijk voorschrijft dat de schending ervan leidt tot ondoeltreffendheid, beschikt de rechter over een beoordelingsmarge⁴⁸. M.i. moet de rechter aan de hand van de doelstelling van die norm uitmaken of ondoeltreffendheid, gelet op de concrete omstandigheden waarin partijen zich bevinden, een middel is dat op proportionele wijze kan bijdragen tot de verwezenlijking van die doelstelling⁴⁹. Enkel als men die vraag bevestigend beantwoordt, is het gepast om de overeenkomst ondoeltreffend te verklaren. Of de overtreden regel al dan niet van openbare orde is, is daarbij niet relevant.

Artikel 5.60, tweede lid van het wetsvoorstel verbintenissenrecht⁵⁰ stelt voor om die benadering wettelijk te verankeren. Dat artikel luidt immers als volgt: “Een contract dat niet voldoet aan de geldigheidsvereisten is nietig. [tweede lid] Het contract blijft evenwel geldig in de gevallen die door de wet zijn bepaald of wanneer uit de omstandigheden blijkt dat de nietigheidssanctie kennelijk ongeschikt zou zijn, gelet op het doel van de geschonden regel.”

17. In deze zaak kan de vraag dus als volgt worden geherformuleerd: “Is de ondoeltreffendheid een proportionele sanctie voor een aannemingsovereenkomst die gesloten is door een aannemer die niet op het moment van de contractsluiting, maar wel op het moment dat de werken werden aangevat, beschikte over de vereiste beroepsbekwaamheden, en waarbij reeds bij de contractsluiting is afgesproken dat de

werken door een onderaannemer zullen worden uitgevoerd?” Net als elders⁵¹ houdt het proportionaliteitsbeginsel hier in dat (1) de ondoeltreffendheid een geschikt middel moet zijn om een (legitieme) doelstelling te bereiken, (2) er geen minder ingrijpende even effectieve maatregel is en (3) de nadelen die met de ondoeltreffendheid gepaard gaan niet disproportioneel zijn in verhouding tot het nagestreefde doel. “Ondoeltreffendheid” moet met andere woorden doeltreffend, noodzakelijk (of subsidiair) en evenredig (*sensu stricto*) zijn⁵².

Hierboven is gebleken dat de voornaamste doelstelling van de programmawet van 10 februari 1998 erin bestaat om minimale kwaliteitsgaranties te bieden⁵³, zodat de veiligheid van de bouwwerken kan worden gegarandeerd. Hieronder argumenteer ik dat “ondoeltreffendheid” niet in alle omstandigheden doeltreffend, noodzakelijk en evenredig (*sensu stricto*) is, en naar mijn mening wellicht evenmin in de geannoteerde zaak.

18. Er zijn situaties denkbaar waarin die sanctie geen doeltreffend middel is om die doelstelling te bereiken, zelfs integendeel. Als een overeenkomst uitwerking ontbeert, kan niemand de uitvoering ervan verkrijgen (noch *in natura*, noch bij equivalent). In deze zaak heeft dat tot gevolg dat de aannemer, die de gebrekkige parketvloer heeft gelegd, zich zou kunnen beroepen op het feit dat hijzelf geen toegang heeft tot het beroep om te ontsnappen aan een veroordeling om die gebreken te herstellen^{54,55}. Dat staat haaks op het normdoel, aangezien het bieden van minimale kwaliteitsgaranties

⁴⁷. In dezelfde zin A. LELEUX en S. VANVREKOM, “La nullité du contrat d’entreprise et l’accès à la profession de l’entrepreneur” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit privé. Etat des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, (91) 107, nr. 16; J. VAN MEERBEECK, “Le juge et l’ordre public: livres propos quant à l’impact des normes régionales sur le bail à l’aune de la théorie des nullités” in N. BERNARD (ed.), *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales (urbanisme, salubrité, PEB)*, Brussel, la Charte, 2015, (155) 177 et seq.; J. VAN MEERBEECK, “Repenser la théorie moderne des nullités” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit des contrats*, Limal, Anthemis, 2017, (7) 14 et seq., nrs. 13 et seq.; N. BERNARD en L. DEBROUX, “La nullité du contrat de bail en cas de violation des normes de salubrité” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit des contrats*, Limal, Anthemis, 2017, (129) 148 et seq., nrs. 17 et seq.

⁴⁸. P. WÉRY, *Droit des obligations*, Volume 1, *Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 316, nr. 324. Voor een voorbeeld, zie Cass. 26 mei 2006, C.05.0378.F, *Arr. Cass.* 2006, 1191 en *TBBR* 2007, 476, noot P. WÉRY.

⁴⁹. Cf. C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge”, *Ann. fac. dr. Lg.* 1962, (243) 268: “Aussi le juge prononcera-t-il la nullité, même en l’absence d’un texte qui l’y autorise expressément, s’il apparaît, eu égard à la gravité de l’infraction, que le but et le caractère de la règle violée ou la nature des choses requièrent, en raison, le recours à cette sanction. Il en sera ainsi notamment, quand l’acte méconnaît une défense ou une injonction que la loi formule en termes énergiques ou quand les parties ont négligé l’accomplissement de formalités substantielles, c’est-à-dire indispensables à la réalisation des fins que le législateur s’est proposé d’atteindre.”; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, Diegem, Kluwer, 1997, 329.

⁵⁰. Wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2019-20, nr. 174/001, ook beschikbaar via www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/0174/55K0174001.pdf.

⁵¹. Over het proportionaliteitsbeginsel in het Belgisch privaatrecht, zie W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel. Veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 549-552, nrs. 217-219 en de verwijzingen daar.

⁵². Zie uitgebreid F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *TBBR* 2017, (374) 384 et seq., nrs. 26 et seq. Voor bijdragen waarin die algemene vraag – in andere contexten – wordt beantwoord, zie F. PEERAER, “De financiële crisis en de wrange nasmaak van de gevolgen van de nietigheid van een overeenkomst tot overdracht van aandelen” (noot onder Cass. 13 januari 2017), *TRV-RPS* 2018, 45 et seq.; F. PEERAER, “Nietigheid en een illegale veranda: als een tang op een varken?” (noot onder Antwerpen 25 april 2018 en Antwerpen 3 oktober 2018), *Limb. Rechtsl.* 2019, 219 e.v.

⁵³. Zie de parlementaire voorbereidingsstukken die geciteerd worden in vn. 20.

⁵⁴. Omgekeerd zou die sanctie de bouwheer de mogelijkheid geven om zich te allen tijde te bedenken, aangezien die sanctie ervoor zorgt dat de aannemer niet de uitvoering van de overeenkomst kan verkrijgen en zijn verhoopte winst dus niet kan afdwingen (uiteraard moet de bouwheer dan nog steeds een vergoeding betalen voor de waarde van het geleverde werk).

⁵⁵. In bepaalde omstandigheden is het niet uitgesloten dat het leggen van een gebrekkige vloer als een (buiten)contractuele fout van de aannemer kan worden aangemerkt, maar daarmee is de bouwheer slechts beperkt gebaat in de mate dat die geen herstel in natura kan afdwingen. In principe strekt een aansprakelijkheidsvordering op buitencontractuele grondslag slechts tot vergoeding van het negatief belang (en dus niet van het positief belang), zodat de bouwheer het gebeurlijke verschil tussen beide vergoeding zonder goede reden misloopt.

gebaat is bij het herstel van dergelijke gebreken (en niet bij het afwijzen van een vordering tot uitvoering). Als de aannemer (op dat ogenblik) zelf niet over de nodige toegang tot het beroep beschikt, kunnen de werken worden uitgevoerd door een derde die daar wel over beschikt⁵⁶. Dat belet uiteraard niet dat het gebrek aan uitwerking toch doeltreffend kan zijn, bijvoorbeeld indien de aannemer in rechte eist dat de bouwheer het beloofde voorschot betaalt. Dat zou op zich nog wel kunnen bijdragen tot het verwezenlijken van de doelstelling om minimale kwaliteitsgaranties te bieden: door de vordering van de aannemer tot betaling van het voorschot af te wijzen, kan mogelijk worden verhinderd dat gebrekkige werken worden uitgevoerd.

Om de doeltreffendheid van de sanctie te kunnen inschatten, lijkt het cruciaal om te weten of partijen reeds uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst, en zo ja, of die prestatie(s) nog *in natura* kan (kunnen) worden teruggevorderd. Indien dat niet het geval is en de bouwheer bijvoorbeeld zonder de nodige beroepsbekwaamheden bepaalde werkzaamheden heeft verricht, dan lijkt het normdoel in principe onbereikbaar. Men kan immers niet meer vermijden dat gebrekkige werken worden uitgevoerd als die werkzaamheden intussen hebben plaatsgevonden. In dergelijke gevallen lijkt de ondoeltreffendheid haar doel voorbij te schieten. Als “het kwaad is geschied”, lijkt er niets anders op te zitten dan de geldigheid van de overeenkomst op privaatrechtelijk vlak te tolereren⁵⁷. Dat betekent (uiteraard) niet dat de normschending zonder gevolg moet blijven. In dat geval kunnen nog steeds publiekrechtelijke maatregelen worden getroffen, zoals strafsancities. Wat de toegang tot het beroep betreft, kan worden verwezen naar artikel 16 van de programmawet van 10 februari 1998. Krachtens § 1 wordt ieder die zonder te beschikken over de basiskennis van het bedrijfsbeheer en/of de beroepsbekwaamheid een beroepsactiviteit uitoefent waarvan de uitoefening overeenkomstig dat hoofdstuk van die wet is geregeld, bestraft met een geldboete van 250 tot 10.000 EUR⁵⁸.

19. Zelfs als het gebrek aan uitwerking doeltreffend is, dan nog dient die sanctie op maat te worden gemaakt en niet verder te gaan dan nodig is⁵⁹. Vaak zal het niet nodig zijn om de gehele overeenkomst alle uitwerking te ontzeggen, maar slechts bepaalde rechtsgevolgen. Als de bouwheer vordert

dat de gebreken worden hersteld maar de aannemer niet over de nodige beroepsbekwaamheden beschikt, dan volstaat het dat de vordering tot uitvoering *in natura* door de schuldenaar wordt afgewezen. Uitvoering door een derde (die wel toegang tot het beroep heeft wat die activiteiten betreft) of uitvoering bij equivalent (zoals de betaling van een geldsom) zouden dan nog steeds tot de mogelijkheden behoren. Het is immers zo dat de afwijzing van een dergelijke vordering niet vereist wordt door de doelstelling van de overtreden norm en dat die afwijzing het onwenselijke gevolg heeft dat de aannemer onterecht een excuus heeft om zijn belofte niet (volledig) na te komen.

In dit concrete geval zou de sanctie, als ze doeltreffend was, een erg beperkte omvang hebben. Net omdat afgesproken is dat de werken niet zullen worden uitgevoerd door de aannemer, maar door onderaannemers, lijkt het maar doeltreffend om de afspraak uitwerking te ontnemen indien (en in de mate dat) de werkzaamheden zouden worden verricht door onderaannemers die evenmin over de vereiste toegang tot het beroep zouden beschikken. Sterker nog, eigenlijk zou men in een dergelijk geval op basis van de uitleggingsregel *potius ut valeat* (art. 1157 BW⁶⁰) wellicht tot de conclusie moeten komen dat de contractuele afspraak zo moet worden geïnterpreteerd dat het werk enkel zal worden overgelaten aan onderaannemers die over de vereiste toegang tot het beroep beschikken.

20. Als blijkt dat de sanctie kan bijdragen tot de verwezenlijking van het normdoel, rijst vervolgens de vraag of zij wel noodzakelijk is. Voor de uitzonderlijke gevallen waarin de sanctie in deze context doeltreffend zou zijn, lijkt dat niet meteen problematisch. Andere maatregelen, zoals de vermelde strafsancities, kunnen dan worden gecombineerd met een doeltreffende en op maat gemaakte vermogensrechtelijke sanctie⁶¹.

21. Indien de sanctie alle voorgaande stappen heeft doorstaan, is niet uitgesloten dat zij nog steeds onevenredige gevolgen teweegbrengt en bijgevolg niet proportioneel is. De concrete omstandigheden van de zaak die bij de vorige stappen nog niet aan bod zijn gekomen, kunnen ervoor zorgen dat de toepassing van die sanctie ongepast is.

In deze context zou dat bijvoorbeeld het geval kunnen zijn in de volgende situatie. Een aannemer weigert de afgesproken

^{56.} Zie uitgebreid over de uitvoering door een derde: S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, 497 *et seq.*

^{57.} Zie uitgebreid F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *TBBR* 2017, (374) 383 *et seq.*, nrs. 24 *et seq.* In dezelfde zin A. LELEUX en S. VANVREKOM, “La nullité du contrat d’entreprise et l’accès à la profession de l’entrepreneur” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit privé. Etat des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, (91) 107, nr. 16. Cf. C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge”, *Ann.fac.dr.Lg.* 1962, (243) 268: “On se gardera [d'] admettre [la nullité], lorsqu'elle paraît mal adaptée au milieu de fait où elle aurait à opérer. Mieux vaut alors tolérer l'efficacité de l'acte comme un moindre mal, sauf à user d'une autre sanction pour réprimer l'atteinte qu'il porte au droit.”

^{58.} Voor een toepassing in de rechtspraak, zie bv. Corr. Waals-Brabant 28 juli 2014, *Res Jur.Imm.* 2014, 352.

^{59.} Zie uitgebreid F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nrs. 346 *et seq.* en de verwijzingen daar.

^{60.} Dat artikel luidt als volgt: “Wanneer een beding voor tweeërlei zin vatbaar is, moet men het veeleer opvatten in de zin waarin het enig gevolg kan hebben, dan in die waarin het geen gevolg kan teweegbrengen.”

^{61.} Voor een voorbeeld waarin men kan twijfelen aan het noodzakelijk karakter van de nietigheid, zie F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *TBBR* 2017, (374) 387, nr. 35.

werken uit te voeren, aangezien hij op dat ogenblik niet over de nodige beroepsbekwaamheid beschikt. De bouwheer vordert de uitvoering *in natura*. In principe zou die vordering moeten worden afgewezen, maar wat als de bouwheer intussen wel de vereiste toegang tot het beroep heeft? In dat geval kan het disproportioneel zijn om te besluiten dat de overeenkomst uitwerking ontbeert^{62,63}.

Wanneer men met de heersende mening aanneemt dat de afwezigheid van de vereiste toegang tot het beroep in principe tot absolute nietigheid leidt, kan men de bovenstaande redenering conceptueel vertalen als een geval van rechtsmisbruik⁶⁴. Ook als de toepasselijke regelgeving van openbare orde (of van dwingend recht) is, kan er sprake zijn van rechtsmisbruik⁶⁵.

22. In deze zaak kunnen er vraagtekens worden geplaatst bij de proportionaliteit van de nietigheid (of ondoeltreffend-

heid) – in de veronderstelling dat de sanctie doeltreffend en noodzakelijk is (wat m.i. zeer betwifelbaar is). De concrete omstandigheden van deze zaak wijzen erop dat nietigheid (of ondoeltreffendheid) misschien niet meteen nodig is. Het risico op kwalitatieve gebreken lijkt afgedekt door het feit dat het bestek zelf vermeldt dat de uitvoering door onderaannemers zal gebeuren. Daarnaast beschikte de aannemer, op het moment dat de werken een aanvang namen, over de vereiste beroepsbekwaamheden. De stelling dat de aannemer reeds op het moment van de contractsluiting over die beroepsbekwaamheden moet beschikken, lijkt niet meteen te kunnen steunen op de doelstelling van de overtreden norm. In die omstandigheden is het niet meteen duidelijk om welke reden de afwezigheid van de toegang tot het beroep op het moment van de contractsluiting een impact moet hebben op de contractuele afspraak en moet verhinderen dat die afspraak uitwerking kan krijgen.

BESLUIT

23. De beslissing van het Hof van Cassatie mag, gelet op de nagenoeg unanieme heersende mening, niet verbazen. Toch kan men vragen stellen bij het oordeel dat een aannemingsovereenkomst absoluut nietig is indien de aannemer op het moment van de contractsluiting niet over de nodige toegang tot het beroep beschikt. Hoewel in bepaalde, wellicht uitzonderlijke gevallen nietigheid (of, algemener, “ondoeltreffendheid”) inderdaad gepast kan zijn, lijkt die sanctie in deze zaak om drie redenen minder opportuun. Ten eerste kan worden getwijfeld aan de wenselijkheid om reeds bij de totstandkoming na te gaan of de aannemer over de ver-

eiste toegang tot het beroep beschikt. Ten tweede is het niet meteen duidelijk waarom de geschonden regel zich verzet tegen de aannemingsovereenkomst indien die reeds bij de totstandkoming aangeeft dat de uitvoering door onderaannemers zal gebeuren. Tot slot belet de verregaande mate van uitvoering dat de nietigheid (of “ondoeltreffendheid”), in deze concrete omstandigheden, nog effectief kan bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstelling die de toenmalige⁶⁶ vestigingswet nastreefde. Zelfs als de overtreden bepaling de openbare orde raakt, lijkt nietigheid met andere woorden niet steeds nodig.

^{62.} Cf. het bestreden arrest, dat oordeelt dat het instellen van een vordering tot nietigverklaring in deze omstandigheden – met name doordat de aannemer op het ogenblik dat de werken een aanvang namen over de nodige toegang tot het beroep beschikte – rechtsmisbruik uitmaakt.

^{63.} In dat geval zou men kunnen stellen dat de nietige of onwerkzame overeenkomst intussen geregulariseerd is, zodat ze op het moment waarop de rechter uitspraak doet wel doeltreffend is. Zie over de regularisatie of convalescentie: F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nrs. 407 *et seq.*, 478 *et seq.* en 606 *et seq.* Naar mijn mening zijn er geen principiële beperkingen aan het toepassingsgebied van de regularisatie: ook bij regels die strekken tot bescherming van het algemeen belang, kan zij toepassing vinden (*ibid.*, nr. 607).

^{64.} Cf. E. DE DUVE, “De la nullité des conventions: quelques rappels” (noot onder Cass. 27 september 2018), *JT* 2019, (528) 531, nr. 8.

^{65.} Cass. 22 september 2008, S.05.0102.N; Cass. 2 april 2015, C.14.0281.F. Zie kritisch over dat arrest L. CORNELIS, *Openbare orde. Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 182 *et seq.*, nrs. 3.56 *et seq.*

^{66.} Wat het Vlaamse Gewest betreft, is die wet intussen opgeheven: zie *supra*, nr. 5.