

HET GEMENE RECHT VAN DE OVEREENKOMST VAN AANNEMING VAN WERK EN DE GARANTIEVERBINTENIS

door

Mr. G. BAERT

Advocaat, docent H.A.I. Sint-Lucas

1. Een van de meest betwiste problemen op het vlak van de aanneming van werk van stoffelijke aard, betreft de bevrijdende werking van de aanvaarding van het werk door de aanbestedder, of de meester van het werk, in de terminologie van het B.W.. Reeds in 1961 gaf het Hof van Cassatie, wat betreft de aanneming van bouwwerken, de regel aan: „dat in geval van een contract van *aanneming tot het bouwen van een gebouw*, de aanvaarding van de werken door de besteller van het werk tot gevolg heeft de aannemer te ontheffen van iedere verantwoordelijkheid jegens de besteller van het werk wat betreft de in gezegd gebouw gemaakte bouwfouten, onder voorbehoud van de *verborgen gebreken* en van artikel 1792 B.W.”(1).

2. Met deze beslissing sloot het Hof van Cassatie zich bij de overwegende rechtspraak aan, die van oordeel is dat de goedkeuring van het werk enkel de zichtbare gebreken dekt. Nochtans staat het onbetwistbaar vast, aldus LAURENT, DE PAGE en DEKKERS, dat in het systeem van het B.W., de goedkeuring van het werk de aannemer van alle verdere aansprakelijkheid bevrijdt, mede voor verborgen gebreken, behoudens in geval van bedrog(2). De verlengde aansprakelijkheid na de aanvaarding van bouwwerken is een bijzondere regeling (art. 1792 en 2270 B.W.). De wetgever van 1804 heeft gebroken met het Oud-gewoonterecht, dat voor bepaalde aannemingen van kleine werken een driejarige of éénjarige garantieperiode toepaste.

De Franse rechtsleer en rechtspraak, steunend op de artikelen 1711, zesde lid en 1787 B.W., waren in meerderheid van oordeel dat de

(1) Cass., 18 mei 1961, *R.W.*, 1961-62, 1561; *Pas.*, 1961, I, 1006 en *J.T.*, 1961, 702; zie ook: Cass., 18 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 202, noot W.G. en *J.T.*, 210, noot P. RIGAUX; Cass., 13 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 783 en *T. Aann.*, 1977, 310, noot G. BRICMONT en J.M. PHILIPS.

(2) LAURENT, XXVI, nr. 16; DE PAGE, IV, nr. 883; zie evenwel DEKKERS, R., *Handboek*, II, nr. 1123 en 1124, voetnoot 3.

aanneming van werk met bijlevering van de grondstof een koop uitmaakt. In dat geval bleef de aannemer garantieplichtig voor de verborgen gebreken van het werk en werden op deze overeenkomst de artikelen 1643 en 1648 B.W. toegepast(3). Met deze herinnering aan de Franse rechtsleer en rechtspraak is enkel gezegd dat die kwestie niet zo eenvoudig is. De discussie is algemeen gekend(4).

3. De auteurs over het bouwrecht verdedigen het stelsel van het B.W. van de absoluut bevrijdende werking van de aanvaarding van het werk(5).

Van onze civilisten leerde alleen KLUYSKENS: „dat men niet kan zeggen dat de werkbesteller de gebreken die hij bij een nauwkeurig onderzoek bij de opneming van het werk niet heeft kunnen ontdekken, op dat punt het werk heeft goedgekeurd”(6). Doch KLUYSKENS beroept zich niet op een wettekst of op de wil van de wetgever. Zijn standpunt is afgeleid uit de verplichting van de aannemer om goed en deugdelijk werk te leveren. Ook die verplichting staat niet met zoveel woorden in ons B.W., wel dat de meester van het werk het opgeleverde werk keurt. Die vrije rechtsleer won steeds meer veld(7). Ook een PLANIOL ging ervan uit dat een aannemer van bouwwerk, volgens de algemene beginselen, met de opneming van het gebouw voorgoed van alle verdere aansprakelijkheid voor het werk bevrijd zou zijn(8).

4. De *principiële breuk* met het *stelsel* van het B.W. blijkt uit de beslissing van het Hof van Cassatie van 18 november 1983, dat het *gemene recht* van de aanneming van werk de aannemer niet van verdere aansprakelijkheid voor het vervaardigde werk ontslaat, wat de verborgen gebreken betreft, en in geval van bedrog. In de artikelen 1792 en 2270 B.W. is een voor de constructie van gebouwen eigen bepaling voorgeschreven(9). Het Hof duidt geen artikel van het B.W.

(3) PLANIOL, RIPERT, ROUAST, *Traité*, XI, nr. 928bis; TROPLONG, *Du Louage*, nr. 902.

(4) HANNEQUART, Y., *Le droit de la construction*, nr. 15 e.v.; DE PAGE, IV, nr. 870 e.v..

(5) DELVAUX, J., *Droits et obligations des architectes*, 1930, nr. 202; BRICMONT, G., *La responsabilité des architectes et entrepreneurs*, 1965, nr. 75; FLAMME en LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, 1966, nr. 194; DELVAUX, A., *Traité juridique des bâtisseurs*, 1968, nr. 428.

(6) KLUYSKENS, IV, nr. 352, p. 484.

(7) HANSENNE, J., „La responsabilité des architectes et entrepreneurs”, *T. Aann.*, 1970, 40 e.v.; anders: RIGAUX, P., *Observations*, noot bij Brussel, 6 oktober 1973, *J.T.*, 1974, 43 e.v..

(8) *Traité*, II, 1909, nr. 1909.

(9) Cass., 18 november 1983, *R.W.*, 1984-85, 47 noot en *J.T.*, 1984, 549.

aan, waarin dit gemene recht van de aanneming van werk zou zijn neergelegd(10).

5. De redelijkheid en de billijkheid van de praetoriaanse gemeenrechtelijke regel van de aanneming van werk van stoffelijke aard, dat de goedkeuring van het werk de verborgen gebreken niet dekt, is op het eerste gezicht zo overtuigend, dat de vraag rijst of de opstellers van het B.W., de Commissie-Tronchet (1800), en de wetgever (1803-1804), wel degelijk de absolute bevrijdende werking van de aanvaarding hebben gewild. LAURENT verklaart daaraan te twifelen, daar de verklaringen van staatsraad BERENGER bij de bespreking van art. 1792 B.W. voor verschillende interpretaties vatbaar zijn(11). DE PAGE blijkt ook weinig belang aan de woorden van BERENGER te hechten. Beiden zijn het erover eens, dat de wetgever het systeem van artikel 1643 en 1648 B.W. niet heeft willen toepassen op de overeenkomst van aanneming van werk, zo de eenvoudige, als de aanneming met bijlevering van de grondstof(12).

Er is evenwel veel meer, wanneer men dit probleem in zijn geheel onderzoekt, dat de zekerheid bijbrengt, dat de wetgever inderdaad met de goedkeuring van het werk partijen voorgoed uit elkaar heeft willen houden, behoudens inzake aanneming van bouwwerken.

6. Vooreerst bedenke men dat de opstellers van het B.W. doordrongen waren van het consensualisme. Wenst de aanbesteder garantie over het werk, het staat hem vrij dit in de overeenkomst te bedingen. Wordt geen garantie bedongen, dan moet de aanvaarding van het werk, de aannemer volledig en voorgoed bevrijden. De meester van het werk heeft met de goedkeuring van het werk erkend, dat hij met de aanvaarde zaak genoegen heeft genomen.

Aan de zijde van de aannemer kunnen geen verbintenissen meer bestaan, die zijn vermogen bezwaren. De persoon en de grond zijn in beginsel vrij en onbezwaard.

De Commissie-Tronchet (1800), had in een bepaling over de aansprakelijkheid van de aannemer voorzien, die haar plaats had gekregen juist voor het tegenwoordige artikel 1797 B.W., en die door de Raad van State in het ontwerp van wetsvoorstel werd aangenomen (31

(10) Zie ook: Cass., 25 oktober 1985, *T. Aann.*, 1986, 204, noot J. EMBRECHTS en R. W., 1988-89, 670, noot C. VAN SCHOUBROECK; Cass., 11 april 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1088, R. W., 1986-87, 2629, noot J. EMBRECHTS, *J.T.*, 1987, 85.

(11) LAURENT, XXVI, nr. 16.

(12) DE PAGE, IV, nr. 883.

december 1803), luidende als volgt: „Si l'ouvrier ne fait pas l'ouvrage convenu, ou s'il ne le fait pas tel et dans le temps qu'il a promis, il est tenu de tous les dommages et intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution de son obligation”(13). De afdeling voor wetgeving van het Tribunaat vroeg om dit artikel weg te laten, daar: „Cet article rentre dans les règles générales des conventions; on propose de le supprimer comme inutile”(februari 1804)(14). Niemand heeft in die bepaling een verlengde aansprakelijkheid na de aanvaarding van het werk gezien. Daarom precies mocht dit artikel weggelaten worden.

7. Bovendien tonen de verschillen tussen de regeling van het B.W. en die van het Oudfranse recht aan, dat de wetgever alle discussies welke voorheen tussen de meester en de aannemer van het werk konden rijzen, heeft willen voorkomen. Het recept was eenvoudig: alle nadelen zijn tot aan de oplevering en goedkeuring van het werk voor rekening van de aannemer, nadien voor die van de meester van het werk. Met de volledige bevrijding van de aannemer door de goedkeuring van het werk, werd dan het evenwicht tussen de belangen van de betrokkenen hersteld.

Alles wijst erop dat de Commissie-Tronchet van gevoelen was dat het weinig zin had of onbillijk was, de aannemer-ambachtsman, *l'ouvrier*, aansprakelijk te stellen voor de zeer zware gevolgen die een gebrek in zijn werk kan meebrengen en die hem zijn levenlang onder een schuldenlast die hij toch niet kan betalen, doet gebukt gaan. Zo hadden de redacteuren van het voorontwerp van B.W. ook geredeneerd in de afdeling „Huur van dienstboden en werklieden”, waarvan artikel 116 luidde: „L'ouvrier-artiste employé à la journée, n'est pas tenu de la malfaçon de son ouvrage”(15). Deze voorloper van artikel 18 W.A.O. werd door de Afdeling voor wetgeving van de Raad van State afgewezen.

De opstellers van het B.W. hadden steeds de maatschappelijke positie van partijen voor ogen (vgl. art. 1799 en 2271 B.W.). Bij de aanneming van werk worden de contractspartijen naar hun status of beroep aangeduid(16).

(13) FENET, II, p. 369, LOCRÉ, VII, p. 159.

(14) LOCRÉ, VII, p. 189, nr. 44.

(15) FENET, II, p. 367.

(16) PLANIOL, II, nr. 1905.

8. Anders dan in het Oudfranse recht:

- moet de aannemer instaan voor alle risico's wegens het verlies van de zaak tot de aanvaarding (art. 1788-1790 B.W.);
- kan de architect of aannemer zich niet vrijtekenen voor de ongeschiktheid van de grond (art. 1792 B.W.);
- kan bij aanneming tegen vaste prijs de aannemer geen verhoging vragen voor meer werk bij onvoorziene moeilijkheden (art. 1793 B.W.);
- wordt de aannemer bij afzegging van het werk door de aanbesteder enkel vergoed voor hetgeen hij bij die aanneming had kunnen winnen, niet voor andere gederfde winst (art. 1794 B.W.);
- gaat bij overlijden van de aannemer de aanneming niet over op zijn erfgenaam; beperkte schadeloosstelling (art. 1795-1796 B.W.);
- de vordering van de aannemer-ambachtsman voor zijn loon en leveringen verjaart door verloop van zes maanden (art. 2271 B.W.).

Men bedenke dat de aannemer ook het risico draagt van de daad van zijn personeel en onderaannemers, al kon hij onmogelijk hun knoeiwerk voorkomen of opheffen (art. 1797 B.W.)(17).

9. Let men op de bijzondere bescherming en bevoordeling van de meester van het werk in de regeling van het B.W., dan is het systeem van de volstrekt bevrijdende kracht van de goedkeuring van het werk inderdaad billijk. De verliezen die de „werkman” kan lijden, zijn proportioneel met het werk dat hij op zich heeft genomen te volvoeren.

Daarbij komt dat in het systeem van het B.W. de aanbesteder van een gebouw of groot werk de bouwpatroon, architect of aannemer, gedurende tien jaar na de goedkeuring van het werk kan aanspreken voor het geheel of gedeeltelijk teniet gaan van dat werk, door een gebrek in de bouw, zelfs door de ongeschiktheid van de grond, en voor alle verdere schade (art. 1792 en 2270 B.W.).

Het is juist dat in het B.W. een onderscheid is gemaakt tussen de eenvoudige aanneming en de aanneming met bijlevering van de grondstof (art. 1711, zesde lid, 1787 en 1788 B.W.), doch dit onderscheid heeft enkel betrekking op de eigendomsoverdracht(18), en het risico: *res perit domino*.

(17) DELVAUX, P.H., „La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de Cassation”, *J.T.*, 1987, 417 e.v..

(18) LOCRÉ, VII, p. 160, nr. 4.

Ten onrechte heeft zekere rechtsleer en rechtspraak op grond van die bepalingen aangenomen dat de werkman die mede de grondstof levert, aansprakelijk is voor de verborgen gebreken in het werk, zoals een verkoper (art. 1643 B.W.). Daarbij is het niet steeds duidelijk of in die stelling het enkel gaat om verborgen gebreken in de materialen, dan wel eveneens in de samenstelling(19). Met DE PAGE mag worden aangenomen dat de bijlevering van de materialen door de aannemer, niets aan de rechtsaard van de overeenkomst van aanneming van werk verandert. Zij blijft een overeenkomst om iets te doen(20).

TROPLONG geeft het voorbeeld van een wijnboer die voor de komende wijnoogst houten tonnen heeft laten maken. Enige jaren later blijkt de wijn in die tonnen verzuurd te zijn, wegens een gebrek in het hout van de aannemer, dat gestoken was. De aannemer kan op grond van artikel 1643 en 1648 B.W. worden aangesproken in garantie voor die tonnen en alle schade die de wijnboer door het verlies van de wijn heeft geleden. De vordering tot garantie moet, behoudens plaatselijke gebruiken, binnen een korte tijd worden aangelegd(21). In het systeem van het B.W. draagt de wijnboer het verlies.

10. Het is niet zo verwonderlijk dat het systeem van het B.W. reeds vanaf den beginne werd aangevochten. Daarbij ging het meestal om schade aan gebouwen, die als licht gebrek werd bestempeld, of betrof het schade aan grote en kleine werken in een gebouw. Zo spreekt het cassatiearrest van 18 mei 1961 enkel van een contract van aanneming tot het bouwen (t.a.p.). In het cassatiearrest van 18 november 1983, waar het enkel ging over de verjaring van de vordering uit artikel 1792 B.W., en wat de feiten betreft niet gesproken werd van lichte gebreken of kleine werken, heeft het Hof beslist terzake van het gemene recht van de aannemingsovereenkomst (t.a.p.).

Wanneer nu het geschil voor de rechter wordt gebracht, soms jaren na de aanvaarding van het werk, heeft men alleen oog voor het schadegeval en het financieel verlies dat de consument lijdt. De risico's die de aannemer heeft gedragen, de inspanningen welke hij heeft geleverd, de kwaliteit van de materialen die hij heeft moeten gebruiken, zelfs de geringe aannemingsom, komen volledig op de achtergrond te staan. *Imperitia culpa annumeretur*. Dus is de aanne-

(19) FLAMME en LEPAFFE, *a.w.*, nr. 33; DEKKERS, II, nr. 1124; Brussel, 24 januari 1961, *Pas.*, 1962, II, 125.

(20) DE PAGE, IV, nr. 870.

(21) *Du Louage*, nr. 992.

mer of de architect, of zijn beiden, garantieplichtig. Worden de bepalingen van artikel 1792 B.W. door de meerderheid van de rechtspraak in acht genomen? Wat is nog een klein werk of een licht gebrek in bouwzaken? Zo er geen dadelijk gevaar is voor het geheel of gedeeltelijk vergaan van het gebouw of groot werk, dan kan dit toch „op de lange duur” teniet gaan ingevolge lichte gebreken!

Is het precies niet die spanning tussen de vereisten van artikel 1792 B.W. en de toepassing van die bepaling door de hoven en rechtbanken, die het Hof van Cassatie ertoe genoopt heeft te beslissen, dat volgens het gemeen recht van de aanneming van werk, de goedkeuring de verborgen gebreken niet dekt?

11. Men mag uit deze pretoriaanse regel niet afleiden, dat het gemene recht van de aanneming van werk de aannemer steeds en voor alle verborgen gebreken tot garantie verplicht.

Het Hof van Cassatie besliste uitdrukkelijk dat het gemene recht van de aanneming van werk, met de oplevering van het vervaardigde werk door de aannemer, en de opneming ervan door de aanbesteder, de aannemer van verdere aansprakelijkheid ontslaat(22). De aanvaarding dekt de zichtbare gebreken. Zou het verborgen gebrek niet van die aard moeten zijn, dat de meester van het werk had mogen weigeren dat werk goed te keuren, indien hij het gebrek had gekend? Uiteraard moet het gaan om een werk waarvoor de meester gedurende een zekere tijd garantie nodig heeft om de kwaliteiten ervan te kunnen kennen.

Voor het bestaan van een garantieverbintenis, aldus B. GROSS, zijn er vijf vereisten:

- 1° Een contract onder bezwarende titel.
- 2° De behoefte aan bescherming van de schuldeiser van het hoofdvoorwerp van het contract.
- 3° De gewaarborgde moet de zaak normaal gebruikt hebben.
- 4° De gewaarborgde die wist of moest weten dat de zaak gebrekkig was, verliest de waarborg.
- 5° De goede of kwade trouw van de waarborgplichtige is voor het bestaan van de garantie zonder belang, maar gebeurlijk wel voor het beloop van de schadeloosstelling(23).

(22) Cass., 18 november 1983, *t.a.p.*.

(23) GROSS, B., *La notion de garantie dans le droit des contrats*, Parijs, 1964, p. 128 e.v..

12. De garantie strekt ertoe de gewaarborgde *zekerheid* te geven dat de goedgekeurde zaak inderdaad de eigenschappen heeft die men is overeengekomen. Een groot werk zoals een gebouw, wordt geacht voldoende duurzaam gezet te zijn, wanneer het na verloop van tien jaren hecht is gebleven (art. 1792 B.W.). De duur van de garantie en de benodigde tijd om de vereiste zekerheid te verkrijgen, zijn correlaat. De garantie kan dan ook niet langer duren dan de garantieperiode (arg. art. 1648 en 2270 B.W.), reden waarom de vordering op grond van verborgen gebreken binnen een korte tijd moet ingesteld worden, al naar de aard van de gebreken en de gebruiken van de plaats (art. 1643 en 1648 B.W.). Het is hier niet de gelegenheid om op desbetreffende bekende twistpunten in te gaan. De vraag is, hoelang de garantie uit het gemeen recht van de aanneming van stoffelijk werk kan duren? Sommigen menen, dat naar de regels van het gemeen contracten- en verbintenissenrecht, de aannemer gedurende dertig jaar kan gehouden zijn(24). Dit was precies de reden, waarom LAURENT besloot: „Il faut donc s'en tenir à l'interprétation que l'on a donnée au Conseil d'Etat, et admettre que la vérification couvre toujours la responsabilité de l'ouvrier”(25).

13. De vrees van LAURENT voor de macht van de rechters, maakte hem even afkerig van een overeenkomstige toepassing van artikel 1648 B.W. betreffende de verborgen gebreken van de zaak bij de koop, op de aanneming van het werk (t.a.p.). De mening dat artikel 1648 B.W. geen uitzonderingsbepaling inhoudt, die enkel voor de verkoop geldt, won evenwel ook in de Belgische rechtsleer steeds meer veld(26).

Dient hier niet te worden aangenomen, dat zoals inzake vrijwaring voor verborgen gebreken bij de verkoop, zowel de algemene verjaring van dertig jaar (art. 2262 B.W.), als de tienjarige verjaring (art. 1304 B.W.), zijn uitgesloten(27)? DEKKERS is van oordeel, dat de driejarige of eenjarige verjaring van het Oudfranse gewoonterecht terzake van kleine werken, b.v. vloerleggen, kan worden toegepast(28). Bij ontstentenis van enige wettelijke regeling, lijkt het

(24) JASSOGNE, Chr., „La garantie découlant des contrats d'entreprise: plus de 25 ans d'hésitations en doctrine et jurisprudence”, *Ann. Dr. Liège*, 1988, 251 e.v..

(25) LAURENT, XXVI, nr. 16, p. 21.

(26) FORIERS, F.A., „La responsabilité de l'entrepreneur après réception. Réflexions à propos de l'arrêt de la Cour de Cassation du 25 octobre 1985”, *T. Aann.*, 1988, nr. 9, p. 261 e.v.; HERBOTS, J., *De verval- en verjaringstermijnen in de wet Breyne*, nr. 18.

(27) DE PAGE, IV, nr. 182.

(28) *Handboek*, II, nr. 1124.

geraden zich aan de artikelen 1643 en 1648 B.W. te houden. Er zou inderdaad, zoals P.A. FORIERS voorstelt, niet mogen aangenomen worden dat artikel 2270 B.W., gelet op de algemene bewoordingen, een gemeenrechtelijke verjaringstermijn terzake van aannemingen van werk van stoffelijke aard stelt(29)? Het plasticplatenarrest van 25 oktober 1985 (t.a.p.), illustreert deze problematiek.

14. Gelet op de samenloop van de gemeenrechtelijke en de tienjarige garantie uit artikel 1792 B.W., werd onderstreept dat de rechter voortaan een veel strikter toepassing van dit artikel dient te maken. In de artikelen 1792 en 2270 B.W. is inderdaad een voor de aanneming van constructie van gebouwen *eigen bepaling* neergelegd, die de aansprakelijkheid van de architect en de aannemer voor een termijn van tien jaar na de aanvaarding van het werk regelt, ten aanzien van al dan niet zichtbare gebreken, die ernstig genoeg zijn om de stevigheid van het gebouw in gevaar te brengen(30). Zij streeft een dubbele bescherming na, die van de opdrachtgever van het werk en die van de openbare veiligheid welke stevige gebouwen vergt(31). Zij strekt ook, met artikel 2270 B.W., tot bescherming van de belangen van de architect en de aannemers, die na verloop van tien jaren, ontslagen zijn van garantie voor de grote werken die zij hebben gemaakt of geleid.

Volgens FORIERS is die eigen bepaling: „... exorbitante du droit commun”, en mag zij niet uitgebreid worden tot gebreken die de stevigheid van bouwwerken niet in die mate aantasten, dat de openbare veiligheid, de veiligheid van personen, er niet door in gevaar is gebracht. Om welke reden van openbare orde, zou artikel 1792 B.W. van toepassing zijn op gebreken, die enkel het gebruik of de bestemming betreffen(32)?

15. Zodanige uitlegging van artikel 1792 B.W. lijkt fel overtrokken. De tienjarige garantie van artikel 1792 B.W. strekt onbetwistbaar in de eerste plaats tot bescherming van de belangen van de meester van het werk. Dat is het voorwerp van dit wetsvoorschrift. De bescherming van de openbare veiligheid ligt elders (veiligheidsvoorschriften strafrechtelijk gesanctioneerd; de Architectenwet van 1939; art. 1382

(29) FORIERS, P.A., *a.w.*, nr. 10, p. 269.

(30) Cass., 18 november 1983, *t.a.p.*

(31) Cass., 18 oktober 1973, *t.a.p.*; Cass., 11 april 1986, *R.W.*, 1986-87, 2629, noot J. EMBRECHTS, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1088 en *J.T.*, 1987, 85.

(32) FORIERS, P.A., *a.w.*, 275.

B.W. enz.). Met de *Pandectes Belges* dient te worden vastgesteld dat: „une préoccupation d'intérêt public est venu obscurcir les principes”(33).

Voor de toepassing van artikel 1792 B.W. is niet vereist dat het geheel of gedeeltelijk vergaan van een gebouw dat bij aanneming werd opgericht, mede de openbare veiligheid in gevaar brengt.

16. Dat het Hof van Cassatie niet uitdrukkelijk een onderscheid tussen de eenvoudige aanneming van werk en de aanneming met bijlevering van de grondstof heeft gemaakt, kan geen grond voor verdere betwistingen opleveren. Het Hof maakt immers geen onderscheid tussen verborgen gebreken in de materialen en verborgen gebreken die te wijten zijn aan de constructie.

Het Hof van Cassatie heeft de verdere aansprakelijkheid die de aannemer voor verborgen gebreken moet dragen niet aan een van de organieke artikelen op de „Bestekken en Aannemingen” geknoopt. LAURENT en DE PAGE hebben zich niet vergist. De beslissing van het Hof van Cassatie is een nieuwe regel.

17. POTHIER schreef dat de overeenkomst van aanneming van werk van stoffelijke aard: „... n'est assujetti à aucune forme par le Droit civil, et se réagit par les seules règles du Droit naturel”(34). Voor de opbouw van het systeem van het B.W. was evenwel heel wat meer vereist dan de beginselen van het natuurrecht. De regeling van de aanneming van werk in het B.W. is de vrucht van een juridische cultuur van vele eeuwen.

De bevrijding van de aannemer, na de goedkeuring van zijn werk, volledig en voorgoed, behoudens in geval van bedrog, steunt op een redelijke verdeling van de lasten, en op de behoefte aan maatschappelijke bescherming van de aannemersstand. De arbeid gaat voor het geld.

Is het niet logisch dat degene die een zaak heeft laten vervaardigen, de gevolgen moet dragen van een gebrek in die zaak, dat hij noch de aannemer van het werk heeft kunnen zien?

18. Hoe moet die verdere aansprakelijkheid nadat de overeenkomst haar uitwerking heeft gekregen, worden begrepen?

Bij de verkoop is de oorzaak van de garantie het verborgen gebrek

(33) *P.B.*, Tw. *Architecte*, nr. 52.

(34) *Traité du Louage*, nr. 394.

in de zaak als zodanig. De oorzaak van de tienjarige garantie van de architect en de aannemers is het gebrek in de bouw als zodanig, waardoor het gebouw of groot werk geheel of gedeeltelijk teniet is gegaan of dreigt teniet te gaan. De artikelen 1792 en 2270 B.W. spreken niet van schuld en laten geen bevrijdingsbedingen in de overeenkomst toe. Men kan zich immers logischer wijze niet verbinden tot het ontwerpen of maken van een bouwwerk dat na tien jaar normaal gebruik stevig en deugdelijk moet blijven én tegelijkertijd bedingen dat geen garantie zal worden gegeven voor het vergaan ervan, binnen de garantieperiode, door een gebrek in de bouw.

Dat de aannemer volgens het gemene recht van de aanneming aansprakelijk blijft voor de verborgen gebreken, betekent dat de aannemer nog gedurende een zekere tijd na de goedkeuring van het werk tot garantie is gehouden.

Uiteraard zal de eiser in garantie de overeenkomst moeten bewijzen en aantonen dat hij, bij de aanvaarding van het werk, het gebrek niet kon ontdekken⁽³⁵⁾.

Daar geen wetsbepaling de aannemer wegens verborgen gebreken als zodanig garantiplichtig stelt, kan de garantie uit het gemene recht van de aanneming van werk enkel uit *schuld* voortvloeien. De aannemer zal evenwel slechts vrijuit gaan, indien hij kan bewijzen dat hij contractueel niet tot garantie was gehouden, of dat het voor hem onmogelijk was het gebrek te voorkomen of op te heffen, of dat de vordering te laat is aangelegd.

De invoering van de garantie in het gemene recht van de aanneming van werk van stoffelijke aard zal voor gevolg hebben dat de aannemers stelselmatig in de overeenkomsten bevrijding zullen bedingen. In de eeuw van het verplicht onderwijs bestaat blijkbaar aan zodanige waarschuwing een maatschappelijke behoefte.

(35) STORME, M., *De bewijslast in het Belgische privaatrecht*, nr. 138.

RÉSUMÉ

LE DROIT COMMUN DU CONTRAT D'ENTREPRISE ET L'OBLIGATION DE GARANTIE

Les auteurs belges restant fidèles aux principes du Code Napoléon, Laurent au siècle passé, puis De Page aux XX^{ème} siècle, ont toujours défendu, en matière de contrat d'entreprise, le système du Code civil selon lequel la réception de l'ouvrage supprime toute responsabilité du *conductor operis*, hors le cas spécial prévu par les articles 1792 et 2270 C. civ.. Selon la doctrine classique, il n'y a même pas lieu dans le droit commun du contrat d'entreprise de distinguer entre le cas où l'ouvrier fournit à la fois la matière et son travail, et celui où il ne fournit que son travail. Ce principe, quasi unanimement admis en doctrine, était presque aussi unanimement rejeté par la jurisprudence. Celle-ci considère que la réception ne peut couvrir que les vices apparents, et non les vices cachés, et se fonde sur les principes généraux du droit et sur l'équité. Depuis les années 1960, la Cour de Cassation belge, manifestement entraînée par l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Cassation de France, s'est ralliée, en plusieurs arrêts et en des termes de plus en plus clairs, à la thèse de la majorité des cours de tribunaux. Aujourd'hui, le débat semble être définitivement vidé en faveur de l'équité et de la logique. Ce droit commun du contrat d'entreprise en dehors du texte du Code civil, n'est plus à discuter.

Ainsi la question se pose, si nos bons civilistes se sont trompés. Comment expliquer que les Laurent, les De Page, n'ont pas découvert ce droit commun du contrat d'entreprise?

Dans cet article, l'auteur expose que la doctrine classique n'a jamais porté le débat sur le terrain de l'équité et de la logique du système du Code civil en ce qui concerne le partage qu'il fait des bonnes et mauvaises chances de toute entreprise des travaux.

Par voie d'une analyse article par article des textes adoptés par le législateur ainsi que des articles de l'avant-projet non adoptés ou non repris dans la rédaction définitive, il arrive à la conclusion que les rédacteurs du Code civil, précisément pour des raisons d'équité et de logique, se sont distanciés du droit ancien et de la doctrine de Pothier concernant la garantie dans le contrat de louage d'ouvrage. En mettant la charge de tous les risques au compte de l'entrepreneur ou l'ouvrier, et en favorisant le maître de l'ouvrage en toutes circonstances, et ce contrairement au droit ancien, l'équité et la logique ont fait adopter le système de l'effet exonératoire absolu de la réception des travaux. La Commission-Tronchet a fait ce choix délibérément et en connaissance de cause afin de protéger les «ouvriers», après la vérification, contre les suites imprévisibles et ruineuses des vices cachés dans leurs ouvrages. Le législateur a mis ce risque à charge de celui qui a commandé l'ouvrage et a pu le vérifier et en profiter. Ce fut un choix. Aujourd'hui, nous sommes tous convaincus que cette rupture avec la tradition a été trop révolutionnaire. Le droit de l'entreprise se règle principalement par les us et coutumes. Nos éminents auteurs ne se sont donc pas trompés; c'est le droit coutumier qui a triomphé des nouveautés du système du Code civil. L'auteur souligne que ce changement de système n'est qu'une solution partielle. Celle-ci crée un nouveau déséquilibre. Comme en France, il appartient au législateur d'adapter le droit de l'entreprise et de trouver un nouvel équilibre. L'introduction par voie prétorienne d'une théorie générale de garantie dans le contrat d'entreprise peut créer une source nouvelle de difficultés et d'injustices.

ZUSAMMENFASSUNG

DAS GEMEINRECHT HINSICHTLICH DER VEREINBARUNG ÜBER DIE ANNAHME EINER ARBEIT UND DIE GARANTIEVERPFLICHTUNG

Die innige Verbundenheit der belgischen Rechtslehre mit den Prinzipien der Code Napoleon ist eine Tatsache. So haben im vorigen Jahrhundert Laurent und in dieser Zeit De Page hinsichtlich der Vereinbarung über die Annahme einer Arbeit materiel-ler Art das System des BGB verteidigt und gewahrt, nach dem die Annahme der Arbeit den *conductor operis* von jeglicher Haftung befreit, vorbehaltlich des Sonderfalles einer zehnjährigen Garantie seitens der Architekten und Bauunternehmer (Art. 1792 & 2270 BGB). Die klassische Rechtslehre macht dabei sogar keinen Unterschied zwischen der schlichten Annahme einer Arbeit und der Annahme mit Zulieferung der Materialien durch den Bauunternehmer.

Dieses Prinzip, das von der Rechtslehre fast einstimmig angenommen wurde, wurde von der Mehrheit der Rechtsprechung, schon im vorigen Jahrhundert, verworfen. Die belgische Rechtsprechung urteilt, daß die Annahme einer Arbeit nur die sichtbaren Fehler dieser Arbeit decken kann. Aufgrund der allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes oder des Ankaufs, und überhaupt aus Redlichkeitsgründen, verwirft die Rechtsprechung das System nach dem die Annahme einer Arbeit auch die verborgenen Mängel deckt. Seit den 60-er Jahren hat das belgische Kassationsgericht, ungezweifelt durch die Entwicklung der Rechtsprechung am französischen Kassationshof beeinflusst, in verschiedenen Urteilen und in immer deutlicheren Worten, den Standpunkt der Mehrheit der Höfe und Gerichte genehmigt und auf das Gemeinrecht der Vereinbarung über die Annahme einer Arbeit als solches gegründet. Diese Widersprüchlichkeit zwischen der Rechtslehre und der Rechtsprechung erweist sich heute als endgültig geschlichtet zugunsten der Redlichkeit und der Vernunft. So wird es allerdings im allgemeinen empfunden. Die Garantie aus dem Gemeinrecht der Vereinbarung über die Annahme einer Arbeit läßt sich nicht mehr anfechten, obwohl sie sich auf keinen Gesetztext gründen kann. Damit erhebt sich die Frage ob unsere große Zivilrechtler wie Laurent und De Page sich geirrt haben. Wie erklärt man, daß sie diese Garantieverpflichtung aus dem Gemeinrecht über die Annahme einer Arbeit nicht entdeckt haben?

In diesem Artikel erörtert der Verfasser, wie die klassische Rechtslehre das System der völlig befreienden Wirkung der Annahme einer Arbeit an der Redlichkeit und der Logik in Bezug auf die guten und schlechten Chancen, die die Vereinbarung über die Annahme einer Arbeit, nach den Regeln des BGB, für den Bauherrn oder für den Bauunternehmer mit sich bringen kann, nie geprüft hat. Durch die Analyse des Textes des BGB, eines Artikels nach dem anderen, ebenso wie der Artikel des Vorentwurfs des BGB, die vom Gesetzgeber nicht akzeptiert oder nicht im BGB aufgenommen wurden, kommt er zur Schlußfolgerung, daß die Verfasser des BGB gerade aus Gründen der Redlichkeit und Vernunft das System der Garantie aus dem altfranzösischen Recht preisgegeben haben. Indem alle bei der Annahme einer Arbeit vorkommenden Risiken, Nachteile und Rückschläge dem Bauunternehmer zur Last gelegt werden und die Bauherren in jeder Hinsicht völlig geschützt werden, wider die Regeln des altfranzösischen Rechtes, hat die Vernunft und die Redlichkeit die Verfasser des BGB dazu genötigt, den Bauunternehmer bei der Annahme einer Arbeit durch den Bewerber einer Submission endgültig von jeglicher Haftung zu befreien. Die Kommission-Tronchet hat diese neue Regelung bewußt gewählt um den

Bauunternehmer von jeglicher Haftung für die unvorhergesehenen Folgen die ein verborgener Mangel in der genehmigten Sache mit sich bringen kann, und wodurch der Bauunternehmer Konkurs machen kann, zu befreien.

Der Gesetzgeber hat dieses Risiko auf denjenigen der die Arbeit bestellt hat, der es einer gründlichen Überprüfung unterwerfen kann, und der deren Vorteile genießt, übertragen.

Heutzutage herrscht das Gefühl vor, daß dieser Bruch mit der Tradition viel zu radikal gewesen ist. Das Annahmerecht ist tatsächlich ein Stoff der vorwiegend von Bräuchen und Gewohnheiten beherrscht wird. Der Verfasser folgert also, daß unsere Zivilrechtler sich nicht geirrt haben, aber daß in Wirklichkeit das Gewohnheitsrecht mittels der Rechtsprechung über das System des BGB gesiegt hat.

Der Verfasser befürchtet allerdings, daß die Umkehrung des Systems des BGB, nun zugunsten des Konsumenten die die Rolle eines Bauherrn nicht mehr auf sich nehmen will, zur Quelle neuer Schwierigkeiten und neuen Unrechtes wird. Wie in Frankreich geschehen ist, soll der Gesetzgeber die Regeln hinsichtlich der Vereinbarung über die Annahme einer Arbeit den Bedürfnissen dieser Zeit anpassen.

SUMMARY

THE CASE LAW CONCERNING THE CONTRACTING OF WORK AGREEMENT AND THE DUTY OF GUARANTEE

The close relationship between Belgian jurisprudence and the underlying principles of the *Code Civil* is an established fact. It explains why Laurent, in the course of the last century, and De Page in recent times, have defended and consolidated the *Code Civil* rules concerning the acceptance of work of a material nature, under which acceptance of the work frees the *conductor operis* from any liability for all time, except for the special case of the ten-year guarantee to which architects and contractors are subject (Articles 1792 and 2270 of the Civil Code). In this context, the traditional authors do not even draw any distinction between acceptance of work in the strict sense of the term and acceptance of work including the supply of materials by the contractor.

However, this principle, which is acknowledged by virtually all the leading authors, has been rejected by the majority of courts, even as early as the last century. The Belgian courts consider that the acceptance of work can only cover the visible defects revealed by that work. The courts have rejected the system under which acceptance of the work also covers hidden defects, on the basis of the general principles of the law of contracts and of the law relating to the sale of goods on the one hand, and considerations of equitableness on the other hand. From the 1960s onwards, the Belgian *Cour de Cassation*, influenced no doubt by developments in the case law of its French counterpart, has approved the stance adopted by the majority of the courts in a large number of decisions, basing its viewpoint on the general principles of the law relating to the contracting of work agreement as such. This contradiction between the leading authors and the courts appears to have been settled with a victory for equitableness and common sense. At least this is the general feeling on this subject. The guarantee derived from the general principles of the law relating to the contracting of work can no longer be in doubt, even though it has no statutory basis. This prompts the question whether our leading civil law authors, such as Laurent

and De Page, have been mistaken. What possible explanation can there be for their failure to discover the duty of guarantee as it arises from the general principles of the contracting of work agreement?

In the article, the author demonstrates that at no time did the traditional authors assess the principle that acceptance of the work had the absolute effect of removing all liability in the light of considerations of equitableness and logic as regards the opportunities and risks which the contracting of work agreement may carry for the person commissioning the work or for the contractor. By analysing the wording of the *Code Civil* Article by Article on the one hand, and the Articles contained in the draft version of the *Code Civil* which the legislator failed to adopt or which were not incorporated in the Code on the other hand, the author arrives at the conclusion that the drafters of the Code abandoned the guarantee system as it was applied under pre-revolutionary French law precisely on grounds of equitableness and considerations of common sense. By transferring all risks and disadvantages involved in the work to the contractor, and by affording complete protection to the person commissioning the work — which is contrary even to the rules of pre-revolutionary French law — common sense and considerations of equitableness compelled the drafters of the *Code Civil* to free the contractor from all liability once the person commissioning the work has accepted it. The Tronchet Committee consciously opted for this system in order to be able to free the contractor from all liability for the unforeseen circumstances which a hidden defect in the approved object can entail and through which the contractor could be ruined. The legislator has imposed that risk on the person who commissioned the work, was able to subject it to a thorough examination and is in a position to enjoy all the benefits thereof.

At present, the general feeling is that this break with tradition has been far too radical. The law relating to contracted work is an area of the law which has been shaped mainly by custom and use. This prompts the author to conclude that our leading authors on civil law, Laurent and De Page, were not mistaken, but that in practice customary law has prevailed over the *Code Civil* system through the courts. However, the author adds that this kind of reversal of the *Code Civil*, this time for the benefit of the consumer, will be a source of renewed difficulties and injustice. As happened in France, the legislator needs to adapt the rules on contracting of work agreements to the demands of the present era.

RESUMEN

La conexión de la doctrina belga con los principios del Code Napoléon es cosa probada. Es así que, en cuanto al contrato de adjudicación de obras materiales, Laurent (en el siglo pasado) y De Page (en la época actual) han defendido y mantenido el sistema del Código civil, según el cual la contratación de la obra le libera definitivamente al *conductor operis* de toda responsabilidad adicional, salvo en el caso particular de la garantía de diez años de los arquitectos y contratistas de obras (artículos 1792 y 2270 del Código civil). En este contexto, la doctrina clásica ni siquiera hace una diferencia entre la contratación de obras simple y la contratación en que el contratista también suministre el material.

Este principio, que fue adoptado casi unánimemente por la doctrina, fue sin embargo rechazado por la mayoría de la jurisprudencia, en el siglo pasado ya. La jurisprudencia belga juzga que la contratación de la obra sólo puede cubrir los vicios

visibles de la obra en cuestión. En virtud de las reglas generales del derecho de contratos o de la compra, y en realidad por motivos de equidad, la jurisprudencia rechaza el sistema según el cual la contratación de la obra también cubre los vicios ocultos. Desde los años 60, sin ninguna duda bajo la influencia de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo francés, el Tribunal Supremo belga ha aprobado, en distintas sentencias y en términos siempre más claros, y fundado en el derecho común del contrato de adjudicación de obras como tal, la posición de la mayoría de los tribunales. Esa contradicción entre la doctrina y la jurisprudencia parece haberse resuelta definitivamente a favor de la equidad y del sentido común. Esa es, al menos, la impresión general. Ya no se puede contestar la garantía del derecho común del contrato de adjudicación de obras, aunque no puede fundarse en ningún texto de ley.

Por consiguiente, surge la pregunta si se equivocaron nuestros grandes civilistas, tales como Laurent o De Page. ¿Cómo se puede explicar que no descubrieron esa obligación de garantía del derecho común del contrato de adjudicación?

En este artículo, el autor demuestra que la doctrina clásica nunca ha verificado la equidad y la lógica del sistema del efecto liberador absoluto de la contratación de la obra, con respecto a las buenas y malas oportunidades que puede contraer, para el maestro de obras o para el contratista, el contrato de adjudicación de obras, según las reglas del Código civil. Analizando, artículo por artículo, el texto del Código civil así como también los artículos del anteproyecto del Código civil que no fueron adoptados por el legislador o que no fueron incluidos en el Código civil, llega a la conclusión de que los autores del Código civil abandonaron el sistema de la garantía del derecho francés antiguo, precisamente por motivos de equidad y de sentido común. Cargándole al contratista con todos los riesgos, desventajas y ventajas que puede traer la contratación de una obra y protegiéndole totalmente al maestro de obras en todos los aspectos, incluso en contradicción con las reglas del derecho francés antiguo, el sentido común y la equidad empujaron a los autores del Código civil a dispensarle definitivamente al contratista de toda responsabilidad adicional, después de la contratación de la obra por el adjudicador. La comisión Tronchet optó conscientemente por esa regulación para poder dispensarle al contratista de toda responsabilidad de las consecuencias imprevisibles que pueden ser causadas por un vicio oculto en el negocio admitido y que pueden arruinarle al contratista. Et legislador ha trasladado este riesgo a la persona que ha mandado la obra, que ha podido examinarla detenidamente y que también puede beneficiar de sus ventajas. Hoy en día, hay una tendencia a opinar que esa ruptura con la tradición fue excesivamente radical. En efecto, el derecho de contratación es una materia dominada principalmente por los usos y costumbres. De esta manera, el autor llega a la conclusión que no se equivocaron nuestros civilistas Laurent y De Page, sino que, en realidad, el derecho consuetudinario ha logrado prevalecer, por medio de la jurisprudencia, sobre el sistema del Código civil.

Pero, según el autor, la inversión del sistema del Código civil, se convertirá en una fuente de nuevas dificultades e injusticia, ahora en provecho del consumidor, que ya no quiere desempeñar el papel de maestro de obras. Como se ha hecho en Francia, el legislador tiene que adaptar las reglas sobre el contrato de adjudicación de obras a las necesidades de la época actual.