

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.191 van 22 oktober 2013
in de zaak A. 202.007/XII-6727**

In zake:

1. de FEDERATIE VAN DE
ARCHITECTENVERENIGINGEN VAN BELGIË
2. de KONINKLIJKE BEROEPSVERENIGING DER
ARCHITECTEN GEDIPLOMEERD IN DE HOGERE
ARCHITECTUURINSTITUTEN SINT-LUKAS (B.U.A.)
3. de CVBA ARCHITECTEN-COÖPERATIEF
4. Philémon Jean M. WACHTELAER
5. Jan Henri E. KETELAER
6. Philippe Maurice E. MOUSSET
7. Christian Jacques M. DUBOIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Rony Vermeersch
en Leen De Vuyst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij tot tussenkomst:

de VZW NATIONALE CONFEDERATIE VAN HET
BOUWBEDRIJF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Audrey Baeyens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 oktober 2011, strekt tot de nietigverklaring van “artikel 51 §2 van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 [...] in de mate en voor zover dit artikel voorziet in een principiële hoofdelijke aansprakelijkheid van partijen die gezamenlijk een inschrijving indienen, d.w.z. de zinssnede ‘(De deelnemers) zijn dan hoofdelijk verbonden en (...)’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

De vzw Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 18 april 2012. De verzoekende partij tot tussenkomst heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen, de verwerende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 mei 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Audrey Baeyens, die verschijnt voor de verzoekende partij tot tussenkomst, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Rechtskader en voorwerp van het beroep

3.1. Artikel 6 van de wet van 20 februari 1939 ‘op de bescherming van den titel en het beroep van architect’, in werking getreden op 4 april 1939, bepaalt:

“Het uitoefenen van het beroep van architect is onvereinigbaar met dat van aannemer van openbare of private werken.”

3.2. Artikel 51 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ bepaalt:

“§ 2. Elke offerte wordt schriftelijk ingediend.

De offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden. Dit voorschrift geldt voor alle deelnemers als de offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid. De deelnemers zijn dan hoofdelijk verbonden en zijn verplicht de deelnemer aan te duiden die de combinatie zal vertegenwoordigen tegenover de aanbestedende overheid.”

4. De verzoekende partijen merken inzake de omvang van de door hen gevorderde vernietiging het volgende op:

“De door Verzoekende Partijen gevorderde vernietiging van de Bestreden Beslissing is, enerzijds, ingegeven vanuit de eigen rechtspositie van Verzoekende Partijen, belast met een wettelijk monopolie op grond van de Wet van 20 februari 1939 en, anderzijds, uitsluitend gerelateerd aan gunningsprocedures waarbij het ontwerp van de uit te voeren aannemingswerken en de uitvoering van de betreffende aannemingswerken in één voorwerp zijn vervat (wat per definitie het geval is bij een werkenwedstrijd).

Voor zover de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State en het Procedurereglement zulks zouden toelaten, kunnen Verzoekende Partijen zich dan ook vinden in een arrest waarbij de vernietiging, wat betreft haar draagwijdte, tot voormelde situaties zou worden beperkt.”

In het auditoraatsverslag wordt voorgesteld de zinsnede “De deelnemers zijn dan hoofdelijk verbonden” beperkt tot het geval dat de combinatie zonder rechtspersoonlijkheid bestaat uit minstens één aannemer en minstens één architect, te vernietigen.

Ter terechtzitting gaan de verzoekende partijen akkoord met dit voorstel zodat mag worden aangenomen dat dit voor de verzoekende partijen het voorwerp van hun beroep is.

IV. Ontvankelijkheid van de tussenkomst

5. De verzoekende partij tot tussenkomst is een beroepsorganisatie die onder meer de beroepsbelangen van haar leden bouwaannemers behartigt.

Beoordeling

6. In haar laatste memorie beperkt de verzoekende partij tot tussenkomst haar repliek op het standpunt in het auditoraatsverslag dat haar tussenkomst onontvankelijk is bij gebrek aan persoonlijk belang, tot een

verwijzing naar haar eerdere uiteenzetting, zonder de voor haar tussenkomst fatale bevindingen van het auditoraat op enigerlei wijze tegen te spreken.

In die omstandigheden valt de Raad van State de zienswijze van het auditoraatsverslag bij; de verzoekende partij tot tussenkomst laat na op een concrete wijze aan te geven welk persoonlijk belang zij heeft bij het in stand houden van de bestreden bepaling nu met haar tussenkomst zij in hoofdzaak het algemeen belang of het belang van een aanbestedende overheid lijkt te willen behartigen.

De tussenkomst wordt verworpen.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

7. In hun verzoekschrift merken de verzoekende partijen inzake hun belang anticipatief het volgende op.

Een verzoekende partij heeft belang bij het bestrijden van een reglementair besluit wanneer dat besluit op haar kan worden toegepast en het haar situatie in ongunstige zin kan wijzigen.

Eerste verzoekende partij is een vereniging zonder winstoogmerk en vertegenwoordigt volgens haar statuten de belangen van de Belgische architecten op het federale en het internationale niveau.

Tweede verzoekende partij is een vereniging zonder winstoogmerk en een professionele beroepsvereniging die opkomt voor de professionele belangen van haar leden.

Derde verzoekende partij is een samenwerkende vennootschap die als maatschappelijk doel heeft de activiteiten van architecten te verzekeren; architecten moeten zich conform artikel 9 van de wet van 20 februari 1939 laten

verzekeren. Derde verzoekende partij zal zich door het bestreden besluit geconfronteerd weten “met de financiële gevolgen van deze van rechtswege ingevoerde hoofdelijke aansprakelijkheid”.

Vierde tot zevende verzoekende partij zijn natuurlijke personen en architecten; zij worden rechtstreeks en persoonlijk geraakt door het bestreden besluit.

8. De verwerende partij betwist het belang van elke verzoekende partij.

Op de eerste plaats merkt zij op dat het uitgangspunt van de verzoekende partijen dat artikel 51, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 aan potentiële inschrijvers, zoals architecten, een verplichting oplegt om met meerdere personen of ondernemingen, zoals aannemers, op een overheidsopdracht in te schrijven, onjuist is; zij verwijst hiervoor naar haar verweer ten gronde. De bestreden bepaling voorziet enkel en alleen in een hoofdelijke verbintenis in de gevallen waarin meerdere personen of ondernemingen als combinatie intekenen op een opdracht. “Aangezien de hoofdelijke verbondenheid aldus enkel het gevolg kan zijn van de wijze waarop personen/ondernemingen inschrijven op een concrete overheidsopdracht, ontbreekt hoe dan ook elk rechtstreeks causaal verband tussen het beweerde nadeel van de verzoekende partijen en de bestreden bepaling.” De verzoekende partijen worden door de bestreden bepaling niet gedwongen op onwettige wijze in te tekenen op overheidsopdrachten.

Voorts raakt de bestreden bepaling het maatschappelijk doel van eerste en tweede verzoekende partij niet rechtstreeks en ongunstig. De toepassing van de bestreden bepaling is immers een gevolg van een eigen keuze van de architect.

Derde verzoekende partij heeft, zo vervolgt de verwerende partij, evenmin een rechtstreeks belang; haar belang is immers slechts financieel wat noodzakelijkerwijze een onrechtstreeks karakter heeft. Haar belang is ook hypothetisch: artikel 93, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ voorziet in een gelijkaardige regeling als de bestreden bepaling zodat niet duidelijk is waar de zogenaamd hogere schadeclaims die derde verzoekende partij zou lijden vandaan komen; ook is het de eigen keuze van deze verzoekende partij om al dan niet de hoofdelijke aansprakelijkheid te verzekeren; ten slotte kan zij uitgekeerde bedragen recupereren van de andere entiteiten van de combinatie.

Wat vierde, vijfde, zesde en zevende verzoekende partij betreft merkt de verwerende partij opnieuw op dat “de eventuele hoofdelijke gebondenheid met een aannemer het gevolg is van (de keuzes omtrent) de wijze waarop concreet wordt ingeschreven op een overheidsopdracht”. De bestreden bepaling legt aan architecten geen verplichting op om gezamenlijk met een aannemer op een overheidsopdracht in te schrijven. Ook zij hebben geen rechtstreeks oorzakelijk belang.

9. De verzoekende partijen antwoorden hierop dat hun zogenaamd verkeerd uitgangspunt, namelijk dat architecten gedwongen worden in te schrijven met de hoofdelijke aansprakelijkheid tot gevolg, samenhangt met de grond van de zaak.

Wat de eerste twee verzoekende partijen betreft merken zij voorts op dat de verwerende partij haar exceptie niet concreet uitwerkt.

Wat derde verzoekende partij betreft wijzen zij erop dat deze partij in het kader van haar maatschappelijk doel architecten verzekert die door de bestreden bepaling kunnen worden aangesproken voor de uitvoering van de verbintenissen van de aannemer en dat dit niet te herleiden is tot een zogenaamd

financieel belang. Evenmin kan worden aanvaard dat het om een te hypothetisch belang gaat; het feit dat er een gelijkaardige regeling bestaat belet de rechtsgang van derde verzoekende partij niet; het feit dat derde verzoekende partij niet verplicht is om verzekeringen af te sluiten speelt evenmin een rol aangezien zij als maatschappelijk doel heeft architecten te verzekeren en de bestreden bepaling een structureel risico oplegt aan haar verzekerden; ook het feit dat diegene die hoofdelijk wordt aangesproken finaal niet de volledige schuld moet dragen leidt niet tot een hypothetisch belang aangezien de verzekerde architect kan worden aangesproken voor het geheel van de verbintenissen.

10. De verwerende partij blijft in haar laatste memorie bij haar kritiek dat een architect door de bestreden bepaling niet verplicht wordt tot deelname aan een combinatie waarop de bestreden bepaling van toepassing is. De bestreden bepaling heeft dan ook voor geen van de verzoekende partijen een griefhoudend karakter.

11. In hun laatste memorie merken de verzoekende partijen onder meer op dat derde verzoekende partij als verzekeraar van de verplichte verzekering van architecten belang heeft bij een beperking van de verzekeringsdekking.

Beoordeling

12. De bestreden bepaling stelt een automatische passieve hoofdelijkheid in tussen de deelnemers in een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid. Passieve hoofdelijkheid verhoogt de aanspreekbaarheid van een deelnemer.

De verzoekende partijen stellen terecht dat die van toepassing kan zijn op een architect en hem aldus hoofdelijk verbonden maakt met andere deelnemers, onder andere een aannemer, of dat een architect niet in een dergelijke combinatie mag stappen; om die redenen alleen reeds dient te worden

aangenomen dat er een belang is om die nieuwe regelgeving, weze ze al enigszins opgenomen in bestaande regelgeving, aan te vechten; immers, hoe dan ook wordt de contractvrijheid van de architect beperkt.

13. De eerste twee verzoekende partijen behartigen volgens hun maatschappelijk doel de professionele en persoonlijke belangen van hun leden architecten. Vierde tot zevende verzoekende partij zijn architecten. Dit volstaat, in het licht van randnummer 10, om hun belang te staven.

14. Derde verzoekende partij is verzekeraar van architecten.

De nieuwe regelgeving kan een directe impact hebben op haar verzekeringsactiviteiten nu het de te verzekeren aansprakelijkheid van de architect betreft. Dit is een rechtstreeks belang. Het belang is niet te hypothetisch; dat er reeds een soortgelijke regeling bestaat heeft geen invloed op de mogelijkheid op te komen tegen een nieuwe wilsuiting van de regelgever; het feit dat het derde verzoekende partij vrij staat al dan niet te contracteren, doet haar belang niet teniet aangezien de nieuwe regelgeving ernstige en rechtstreekse invloed kan hebben op de verzekeringsactiviteiten.

15. De excepties worden verworpen.

VI. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

16. De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 6 van de wet van 20 februari 1939 ‘op de bescherming van den titel en van het beroep van architect’, van de artikelen 4, 10 en 30, laatste lid, van het door de Nationale Raad van de Orde der Architecten vastgestelde Reglement van beroepsplichten van 16 december 1983 goedgekeurd door het koninklijk besluit

van 18 april 1985, van artikel 10 van de Grondwet en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel.

Hierbij betogen zij onder meer het volgende.

Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 6 van de wet van 20 februari 1939, dat de onverenigbaarheid instelt tussen het uitoefenen van het beroep van architect met dat van aannemer van openbare of private werken, blijkt dat de bestaansreden van dit artikel is dat er gemakkelijk een tegenstelling van belangen is tussen een architect en een aannemer omdat “de eerste de natuurlijke toezieners van de tweede moet zijn”. De wetgever heeft beoogd, in het belang van zowel het beroep van architect als van de opdrachtgever, het ontwerpen van en het toezicht op het werk, enerzijds, en de uitvoering ervan, anderzijds, van elkaar te willen loskoppelen. Deze bepaling raakt de openbare orde. Het is de architect niet toegestaan om overeenkomsten te sluiten waarbij, specifiek ten aanzien van een aannemer, zijn juridische onafhankelijkheid in het gedrang wordt gebracht. “De onverenigbaarheid tussen het beroep van architect en aannemer is de keerzijde van het monopolie dat aan de architect is toegekend wat betreft de bijstandsverplichting, zoals deze is opgelegd in artikel 4 van de Wet van 20 februari 1939. Het is immers absoluut noodzakelijk dat bij de uitvoering van de aannemingswerken, een daadwerkelijke en onafhankelijke controle op de uitvoering van deze aannemingswerken wordt verzekerd, wat op gespannen voet staat indien de toezichthoudende architect tegelijk aannemer is of met hem verbonden is.”

Volgens de rechtsleer en rechtspraak, zo vervolgen de verzoekende partijen, strekt het verbod van cumul van het beroep van architect en van aannemer zich evenzeer uit tot de situatie waarbij de architect binnen een rechtspersoon of vereniging zich verbindt tot een belangengemeenschap met de aannemer.

Inzake opdrachten die het opmaken van een ontwerp én de uitvoering ervan omvatten zoals een werkenwedstrijd of een wedstrijdofferteaanvraag en een promotieovereenkomst, houdt de bestreden bepaling in dat er van rechtswege een hoofdelijkheid wordt ingesteld tussen een aannemer en een architect. “Deze hoofdelijke aansprakelijkheid heeft tot gevolg dat de architect ten aanzien van de aanbestedende overheid aansprakelijk wordt gesteld voor de goede uitvoering van de aannemingswerken, als het ware in de hoedanigheid van aannemer, terwijl de architect op grond van artikel 6 van de Wet van 20 februari 1939 geen activiteiten als aannemer mag uitvoeren.” De bestreden bepaling gaat verder dan de hoofdelijkheid bij de tijdelijke handelsvennootschap; bij die laatste is de hoofdelijkheid niet van openbare orde of van dwingend recht, bij de bestreden bepaling wel.

17. De verwerende partij wijst er op de eerste plaats op dat de bestreden bepaling niets bepaalt over het voorwerp van een opdracht of de wijze waarop een opdracht moet worden geconcipieerd, noch regelt door wie en op welke wijze een offerte moet worden ingediend; evenmin legt ze aan potentiële inschrijvers een verplichting op om gezamenlijk op een opdracht in te schrijven. Dat de bepaling zou raken aan de principes van onafhankelijkheid van de architect en van onverenigbaarheid van de rollen van aannemer en architect is dan ook onjuist.

Artikel 6 van de wet van 20 februari 1939 dat de wettelijke onverenigbaarheid tussen architect en aannemer invoert, moet restrictief worden geïnterpreteerd. De schending ervan is een feitenkwestie die *in concreto* moet worden beoordeeld. Van een schending kan pas sprake zijn “indien uit de concrete omstandigheden van een welbepaalde zaak, blijkt dat de architect daadwerkelijk zelf aannemingswerken heeft uitgevoerd, dan wel niet op autonome wijze zijn opdracht heeft vervuld”. De verzoekende partijen tonen niet aan dat de bestreden bepaling noodzakelijkerwijze een schending van artikel 6 van de wet van 20 februari 1939 inhoudt. Hoofdelijkheid is een technische en artificiële constructie; de rechtsband die de ene schuldenaar ten aanzien van de

schuldeiser heeft, kan verschillen van de rechtsband die een andere schuldenaar ten aanzien van de schuldeiser heeft; de schuldenaars blijven onderling dan ook tot hun deel gehouden. “Toegepast op de situatie waarbij een architect en een aannemer gezamenlijk inschrijven impliceert hoofdelijkheid dus louter dat de architect zich verbindt tot zekerheid van de uitvoering van de verplichtingen van de aannemer (en vice versa), zonder dat dat noodzakelijkerwijze wil zeggen dat de architect, in geval van in gebreke blijven van de aannemer, ook effectief zelf aannemingswerken moet (laten) uitvoeren. Bij gebreke aan de mogelijkheid tot uitvoering in natura – gelet op de wettelijke onverenigbaarheid van de activiteiten van aannemer en architect – zal de architect in dergelijk geval enkel gehouden zijn tot vergoeding van de schade van de aanbestedende overheid ingevolge de tekortkomingen van de aannemer. De aannemer zal vervolgens op grond van art. 1213 BW het deel van de schade waarvoor hij aansprakelijk is, moeten vergoeden aan de architect.” “Het essentiële rechtsgevolg van hoofdelijkheid is immers enkel dat de schuldeiser de schuldenaar voor het geheel van zijn met anderen (vrijwillig aangegane) verbintenissen kan aanspreken, maar heeft geen impact op de aard van de rechtsband met de schuldeiser. De hoofdelijke aansprakelijkheid in hoofde van de aannemer en architect betekent dus niet automatisch dat de architect de hoedanigheid van aannemer zou verwerven.”

Voorts, zo betoogt de verwerende partij, is het uitgangspunt van de verzoekende partijen onjuist aangezien er geen verplichting bestaat tot gezamenlijke inschrijving door een aannemer en een architect voor overheidsopdrachten die zowel het ontwerp als de uitvoering van een bouwproject omvatten; een aannemer en een architect moeten bij dergelijke opdrachten niet altijd gezamenlijk inschrijven. De bestreden bepaling schrijft ook geen gezamenlijke inschrijving voor. Zo is het volgens de verwerende partij juridisch perfect mogelijk voor een projectontwikkelaar, een bouwpromotor of een andere projectvennootschap alleen op een dergelijke opdracht in te schrijven en zich er, ten aanzien van de aanbestedende overheid, toe te verbinden om de gehele opdracht (ontwerp en uitvoering) uit te voeren; indien die rechtspersoon zelf geen aannemingswerken of ontwerpwerkzaamheden die behoren tot het monopolie van

de architect uitvoert, doch daarvoor afzonderlijke overeenkomsten sluit met een architect (voor het ontwerpgedeelte van de opdracht) en een aannemer (voor het uitvoeringsgedeelte van de opdracht), komt artikel 6 van de wet van 20 februari 1939 daaraan zelfs niet te pas. Zo ook kan een inschrijver een beroep doen op onderaannemers of zich beroepen op de economische en financiële draagkracht of technische bekwaamheid van derden; zo ook kan een financier een aannemer en een architect elk afzonderlijk bij onderaanneming engageren. Ook de figuur van de bouwpromotor is een piste die de onafhankelijkheid van de architect intact laat; de promotor verbindt zich tot een resultaatsverbintenis en sluit daartoe afzonderlijke overeenkomsten met een architect en een aannemer. Ten slotte voegt de verwerende partij hier aan toe dat een bestek een samenwerking onder de vorm van een gezamenlijke inschrijving niet mag opleggen omdat er geen artificiële beperkingen mogen worden opgelegd die de rechtsvorm van mogelijke inschrijvers beperkt.

De verwerende partij besluit dan ook dat een eventuele schending van de wettelijke principes van onverenigbaarheid en onafhankelijkheid niet voortvloeit uit de bestreden bepaling maar uit de concrete manier waarop een architect met een aannemer zou inschrijven op een opdracht die zowel het ontwerp als de uitvoering van het bouwproject omvat.

18. De verzoekende partijen antwoorden onder meer dat de bestreden bepaling, doordat ze zo ruim gesteld is, ook de opdrachten treft die zowel de ontwerp- als de uitvoeringswerkzaamheden omvatten en zo in conflict komt met artikel 6 van de wet van 20 februari 1939.

Voorts beklemtonen zij dat de in de bestreden bepaling voorgeschreven hoofdelijkheid noodzakelijkerwijze de onafhankelijkheid van de architect bij de uitoefening van zijn opdracht in het gedrang brengt. Zij wijzen op artikel 1200 van het Burgerlijk Wetboek dat luidt:

“Er bestaat hoofdelijkheid tussen schuldenaars, wanneer zij verplicht zijn tot een en dezelfde zaak, zodat ieder voor het geheel kan worden

aangesproken, en de betaling door een van hen gedaan, de overige schuldenaars jegens de schuldeiser bevrijdt.”

Uit deze bepaling leiden de verzoekende partijen af dat elk van de hoofdelijk verbonden schuldenaars voor de totaliteit van de aangeane verbintenis, dit wil zeggen zowel ontwerp als uitvoering, kan worden aangesproken door de schuldeiser. Concreet betekent dit, aldus de verzoekende partijen, dat de bestreden bepaling tot gevolg heeft dat de architect in geval van het ingebrekeblijven van de aannemer, in rechte wordt verplicht tot hetzij de uitvoering van de aannemingswerken, dit wil zeggen de uitvoering *in natura* van de verbintenis van de aannemer, hetzij tot een schadeloosstelling, dit wil zeggen de vergoeding bij equivalent van de schade die door de aanbestedende overheid is geleden als gevolg van het ingebrekeblijven van de aannemer. Dit rechtsgevolg schendt artikel 6 voornoemd.

Voorts merken de verzoekende partijen op, wat de opmerking van de verwerende partij betreft dat een aannemer en een architect niet gezamenlijk moeten inschrijven, dat de verwijzing door de verwerende partij naar de figuur van het zich door een inschrijver beroepen op de financiële, economische en technische geschiktheden van anderen hier niet aan de orde is daar dit een kwestie is eigen aan de selectiefase. Evenmin biedt een constructie waarbij de architect optreedt als onderaannemer van de aannemer soelaas omdat de architect dan volledig afhangt van de aannemer en er geen contract is met de aanbestedende overheid. Ook de figuur van de bouwpromotie biedt geen uitkomst in geval deze overeenkomst tussen de promotor en de aanbestedende overheid niet als een koopovereenkomst kan worden gekwalificeerd, dit wil zeggen wanneer de aanbestedende overheid als bouwheer optreedt.

“De door de Bestreden Beslissing opgelegde beperkingen aan de contractuele wilsvrijheid van de architect om in het kader van een opdracht waarin zowel het ontwerp als de uitvoering zijn omvat, de wederzijdse verbintenissen en aansprakelijkheden vast te leggen, houdt bijgevolg op zichzelf reeds een schending in van artikel 6 van de Wet van 20 februari 1939.”

19. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij nogmaals dat wanneer de aannemer in gebreke is, de architect bij de ingevoerde hoofdelijkheid wettelijk slechts kan worden aangesproken in schadevergoeding voor de verbintenissen van de aannemer zodat er van schending van artikel 6 van de wet van 20 februari 1939 geen sprake kan zijn. De architect kan nooit worden veroordeeld tot het effectief uitvoeren van de verbintenis van de aannemer.

Voorts merkt zij opnieuw op dat de bestreden bepaling geen verplichting oplegt aan een aannemer en een architect tot gezamenlijke inschrijving. De bestreden bepaling kan worden vermeden door tal van andere constructies.

Beoordeling

20. Artikel 51, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 stelt dat, wanneer een offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid, alle deelnemers aan die combinatie hoofdelijk verbonden zijn.

Dit betekent dat zo een aannemer en een architect behoren tot die deelnemers, zij hoofdelijk verbonden zijn tot de verbintenissen van de offerte.

De omstandigheid dat andere wijzen van deelneming bestaan die buiten de in de bestreden bepaling beoogde constructie vallen, en waarbij de in de bestreden bepaling vastgestelde hoofdelijkheid dan niet van toepassing is, houdt niet in dat de verzoekende partijen zich niet kunnen richten tegen de bestreden bepaling daar deze hoe dan ook hun contractsvrijheid beperkt, minstens tot interpretatiemoeilijkheden wat de constructie tot deelneming betreft, aanleiding kan geven.

21. Volgens artikel 1200 van het Burgerlijk Wetboek is een verbintenis passief hoofdelijk wanneer ze meerdere schuldenaren telt die ieder voor het geheel, dit is de volle schuld, gehouden zijn.

22. Artikel 6 van de wet van 20 februari 1939 bepaalt dat het uitoefenen van het beroep van architect onverenigbaar is met dat van aannemer van openbare of private werken.

Met deze onverenigbaarheid heeft de wetgever zowel in het belang van de bouwheer als in het algemeen belang en het belang van het architectenberoep, het ontwerpen van en de controle op het werk enerzijds en de uitvoering van het werk anderzijds, van elkaar willen losmaken. Een daadwerkelijke controle op de uitvoering van de werken wordt onmogelijk indien de controlerende architect tegelijk de aannemer is of met hem verbonden is.

23. De aanbestedende overheid kan volgens de door de bestreden bepaling ingevoerde hoofdelijkheid de architect aanspreken om de verbintenis van de in gebreke blijvende aannemer uit te voeren. Weliswaar zou kunnen worden aangenomen dat de architect, precies gelet op de wettelijke onverenigbaarheid, de verbintenis van de aannemer niet *in natura* mag uitvoeren en dat er dus sprake moet zijn van een vervangende schadevergoeding, doch juridisch heeft de architect zich wel verbonden tot de uitvoering van de verbintenis *in natura* en is er, bij niet-overeenkomst, een gerechtelijke tussenkomst noodzakelijk om deze verbintenis om te zetten in een schadevergoeding.

Bovendien komt zelfs in het geval van een plaatsvervangende schadevergoeding de onafhankelijkheid van de architect op substantiële wijze in het gedrang. Immers, wanneer, bij in gebreke blijven van de aannemer, op de architect de verbintenis rust hetzij tot de uitvoering van de verbintenis van de aannemer, hetzij tot een plaatsvervangende schadevergoeding, wordt de controle-opdracht van de architect op de uitvoering van de aannemer essentieel bezwaard door de wetenschap in hoofde van de architect dat zo hij een foute uitvoering door de aannemer vaststelt, hij, buiten elke fout van hem om, kan worden aangesproken voor die foute uitvoering. Dit tast de onafhankelijkheid van de architect ernstig aan, die immers in beginsel in opdracht van de bouwheer werkt en niet van de aannemer.

De omstandigheid dat de architect de schadevergoeding zou kunnen recupereren van een solvabele aannemer, doet uiteraard niets af van voorgaande vaststelling inzake de aantasting van de onafhankelijkheid.

24. Het middel is gegrond. Gelet op de strekking van het middel, de aanvaarde onwettigheid en het belang van de verzoekende partijen is het passend de nietigverklaring te beperken zoals opgenomen in het dispositief.

BESLISSING

1. Het verzoek van de vzw Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf tot tussenkomst wordt verworpen.

2. De Raad van State vernietigt in artikel 51, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ de zinsnede “De deelnemers zijn dan hoofdelijk verbonden”, beperkt tot het geval waarin de combinatie van deelnemers waarvan sprake in dat artikel, bestaat uit minstens één aannemer en minstens één architect.

3. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

4. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 1225 euro.

De verzoekende partij tot tussenkomst wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 oktober 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Dierk Verbiest