

L'article 11 des conditions générales ne trouve dès lors pas à s'appliquer en l'espèce puisqu'il y avait un danger imminent d'effondrement, partiel ou total, de l'immeuble de la rue ...

Il en va de même pour l'article 6 des conditions générales qui prévoit que "sont exclus de l'assurance les dommages ainsi que leurs conséquences causées (...) et) aux biens avoisinants pour lesquels il n'a pas été remis à l'organisme de contrôle, préalablement à l'exécution des travaux, un état des lieux et un récolement dudit état après l'achèvement des travaux, l'un et l'autre établis contradictoirement par un expert qualifié, à moins qu'une dispense n'ait été accordée par la compagnie". En effet, non seulement cet article concerne le dommage causé à l'immeuble de la rue ... pour lequel il n'y aurait pas eu de demande d'indemnisation, mais en outre, il n'est pas contesté que le récolement aurait été transmis à l'organisme de contrôle S, ainsi que le prévoit la disposition précitée (et non à l'as-

suteur ou à l'expert comme le soutiennent les appelantes).

Les pièces déposées suffisent à la cour qui n'estime pas utile de procéder à l'audition du conseil technique de la compagnie.

Compte tenu de ce qu'il est établi que les mesures complémentaires mises en œuvre par l'limitée consistent en des frais de sauvetage qui doivent être pris en charge par la compagnie, il n'est pas nécessaire d'examiner l'éventuel remboursement du coût de ces mesures sur la base des articles 544 et 1382 et suivants du Code civil.

L'appel principal est dénué de fondement.

(...))»

Observations

Le mandat apparent des conseils techniques des assureurs

1. L'arrêt prononcé le 29 mars 2010 par la troisième chambre de la Cour d'appel de Liège fournit une application intéressante de la théorie du mandat apparent en matière d'assurances dans le secteur de la construction¹.
2. Dans cette affaire, un entrepreneur avait souscrit une police "assurance contrôle" en vue de la réalisation d'un parking souterrain.

1. Un pourvoi a été introduit contre cet arrêt. Par un arrêt du 4 novembre 2011 (R.G., nos C.10.0504.F.-C.10.0715.F.), la Cour de cassation rejette le pourvoi. En ce qui concerne l'application de la théorie du mandat apparent, la Cour décide que le moyen manque en fait, en considérant que l'arrêt de la Cour d'appel de Liège répondait, en les contredisant, aux conclusions d'appel de la demanderesse (qui faisaient valoir que la condition d'apparence du mandat dans le chef de l'expert devait être imputable au pseudo-mandant et que tel n'était pas le cas en l'espèce; voy. *infra*, n°s 8 et 11 sur cette question).

Cette police précisait que l'entrepreneur, le bureau d'études ainsi que le maître de l'ouvrage et tous les participants à l'édification de l'ouvrage bénéficiaient de cette assurance et que le contrôle technique des travaux était assumé par le bureau SECO. L'assurance garantissait, pendant la période de construction de l'ouvrage, la réparation pécuniaire des dégâts occasionnés à l'ouvrage assuré par suite de son effondrement et des désordres graves compromettant sa stabilité, ainsi que la réparation pécuniaire à laquelle pouvaient être tenus les différents assurés en raison de dommages causés au maître de l'ouvrage ou à des tiers, soit sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil, soit sur la base de l'article 544 du même Code (troubles de voisinage).

Les "frais de sauvetage" étaient en outre à charge de la compagnie lorsqu'ils découlaient (i) de mesures demandées par la compagnie afin de prévenir ou d'atténuer les conséquences des sinistres garantis ou (ii) des mesures raisonnables prises d'initiative par l'assuré soit pour prévenir un sinistre garanti, soit pour en atténuer les conséquences (pour autant qu'elles soient urgentes ou, s'il s'agit de mesures ayant pour objet de prévenir un sinistre garanti, qu'il y ait un danger imminent)².

En l'espèce, à la suite de l'apparition de fissures au droit du mur pignon d'un immeuble voisin du chantier, l'entrepreneur avait procédé au contrebutage de la tranchée creusée devant l'immeuble en versant 140 m³ de sable stabilisé. Le coût de la pose du sable avait été pris en charge par la compagnie d'assurance, laquelle estimait cependant qu'il s'agissait de la seule mesure urgente et nécessaire rentrant dans la définition des "frais de sauvetage" visée dans ses conditions générales. L'entrepreneur considérait au contraire que cette précaution n'était pas suffisante pour stabiliser le bâtiment voisin et pour éradiquer tout danger imminent. À l'initiative de l'expert, il avait pris des mesures de sauvetage complémentaires et estimait que celles-ci devaient également lui être remboursées³.

3. La compagnie d'assurance prétendait, sur ce dernier point, qu'aucune demande visant à prendre de telles mesures complémentaires pour renforcer le pignon n'avait été formulée par elle et que ces différentes mesures complémentaires avaient été prises unilatéralement par l'entrepreneur, au motif uniquement qu'il convenait d'adapter la poursuite des travaux de construction faisant l'objet du marché, à la suite de la réalisation

2. L'assurance contrôle a pour principale fonction de couvrir la responsabilité décennale encourue en vertu des articles 1792 et 2270 du Code civil par tous les intervenants (entrepreneurs, sous-traitants, architectes, ingénieurs et bureaux d'études) à la construction d'un ouvrage. En général, la compagnie n'accorde de fournir cette assurance qu'à la condition que les présentations de conception et ensuite de réalisation de l'ouvrage aient été soumises au contrôle d'un organisme spécialisé (le bureau SECO) mandaté par elle (voy. sur cette assurance, entre autres, A. DELVAUX, "Assurance de la responsabilité dans la construction", vol. 3, "Assurance contrôle", in *Responsabilité - Théorie et pratique*, Wahlenlo, Kluwer, 2001, dossier 75er, pp. 5-34; G. DEMUDE, "De verzekering van de tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten", in *Handboek bouwgebreken*, Vinvoorde, KE Documenta, 1996, p. 65; J.-L. MISRAHI, "Le contrôle technique pour la sécurité de la construction, les constructeurs et la jurisprudence", *Ent. et dr.*, 1984, p. 289; K. THOCH, "Enkele bouwtechnische verzekeringsproblemen", in *Handboek bouwgebreken*, Rev. dr. *imm.*, 1999, p. 240). Cette assurance couvre d'abord la responsabilité des constructeurs pour les dommages survenant à l'ouvrage après la réception (pendant la période de dix ans visée aux articles 1792 et 2270 du Code civil). Certaines garanties sont par ailleurs offertes par la compagnie en cours de dédicatation de l'ouvrage, en cours de dégâts survenant à l'ouvrage lui-même (effondrement de l'immeuble ou désordres affectant sa stabilité, en cours de construction), mais également la responsabilité extraccontractuelle des intervenants et du maître de l'ouvrage (condition que celle-ci résulte des travaux assurés (et contrôlés) et qu'elle survienne avant la réception de l'ouvrage. Ce volet de l'assurance contrôle était celui mis en jeu dans l'affaire commentée).

3. A ce titre, il réclamait le coût de la réalisation d'un pieu dans le sol et de l'enlèvement du sol stabilisé, les honoraires supplémentaires du bureau d'études, les frais liés aux forages supplémentaires des pieux, la surconsommation de matériaux, le recasage sur une hauteur plus importante que prévu par le marché ainsi que les coûts supplémentaires de surveillance et de coordination.

de la seule mesure de sauvetage réellement nécessaire (soit le contrebutage par déversement du sable stabilisé).

Selon la compagnie, aucune *demande* de procéder à ces mesures complémentaires n'avait été formulée, et l'entrepreneur ne rapportait pas la preuve qu'une fois la mesure de sauvetage précitée effectuée, il subsistait encore un péril imminemment nécessitant des travaux suffisamment urgents pour s'abstenir de l'accord de l'assurance.

4. Pour assseoir ses prétentions, l'entrepreneur faisait état de la circonstance que le conseil technique de la compagnie d'assurance avait jugé la réalisation des travaux complémentaires* nécessaire en vue d'assurer la stabilité de l'immeuble sinistré.

5. À la compagnie d'assurance qui ne s'estimait pas liée par les positions de l'expert, la Cour répondit que l'expert s'était présenté comme un mandataire de la compagnie avec laquelle il entretenait des contacts réguliers. Or, dans la mesure où l'expert considérait que les mesures de précaution étaient insuffisantes et qu'il fallait en prendre d'autres d'urgence, la Cour considéra que l'entrepreneur (...) pouvait dès lors légitimement croire que lorsque l'expert de la compagnie *demandait* des travaux, c'était avec l'accord et au nom de celle-ci¹¹.

6. Si la Cour d'appel ne fait certes pas référence expressément à la théorie du mandat apparent, elle répond par ces termes aux conclusions de la compagnie d'assurance qui, se fondant sur cette même théorie, prétendait que ses conditions n'en étaient pas réunies en l'espèce¹².

7. Selon cette théorie¹³, d'origine prétorienne, une personne, le pseudo-mandant, peut être engagée par une autre, le pseudo-mandataire, sans y avoir consenti et même en l'absence de faute de sa part, lorsque la croyance du tiers à l'existence ou à l'étendue des pouvoirs du pseudo-mandataire est légitime. Elle constitue une exception au principe de l'article 1998, alinéa 2, du Code civil¹⁴. Selon ce dernier, si le mandataire agit en dehors des limites de ses pouvoirs – ou sans pouvoir¹⁵ – il agit en réalité sans mandat à l'égard du

4 En sus du contrebutage par déversement du sable stabilisé.

5 La Cour poursuit en décidant qu'en toute hypothèse, même en considérant que les mesures n'auraient pas été demandées par la compagnie, il y avait lieu de considérer qu'elles constituaient des mesures raisonnables prises (cette fois d'initiative et non plus à la demande de la compagnie) par l'assuré pour prévenir un sinistre garant ou pour en atténuer les conséquences et que ces mesures étaient urgentes et nécessaires à la prévention d'un sinistre garanti. Partant, même dans ce cas, la compagnie d'assurance aurait été tenue de prendre en charge le coût de ces mesures complémentaires raisonnables.

6 Voy. e.a. P. WÉRY, "Le mandat", *Rég. not.*, t. IX, livr. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 246-250, n° 209-211; B. TILLEMAN, *Landgeving*, Deurne, Story Scientia, 1997, pp. 223-249, n° 434-461; B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kuwer, 1999, pp. 261-291, n° 434-461; B. TILLEMAN, E. DUSJIN, C. HEBB, P.-J. NAeyaert, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: tussenpersonen (1999-2009)", *T.P.R.*, 2010, pp. 718-745, n° 137-178; J.H. Hebborgs, S. Stuns, E. DeRoort, W. Louwers, I. Smoy, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten (1995-1999)", *T.P.R.*, 2002, pp. 770-779, n° 929-935.

7 Aux termes de cette disposition, "il (le mandant) n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement".

8 Bien que l'article n'envisage que l'hypothèse d'un dépassement de pouvoirs par le mandataire, la même solution prévaut lorsque le mandataire agit alors qu'il ne possède aucun pouvoir (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 241, n° 203).

mandant; l'acte posé est étranger et inopposable¹⁶ au mandant, qui n'est donc pas tenu vis-à-vis du tiers¹⁰.

La jurisprudence a consacré et approfondi, au fil des années, la théorie du mandat apparent afin de protéger ceux qu'elle estimait dignes, c'est-à-dire les tiers qui ignoraient ou pouvaient ignorer la situation réelle.

À l'origine, la théorie du mandat apparent était fondée sur l'article 1382 du Code civil, ce qui impliquait, pour ceux qui voulaient l'invoquer avec succès, de démontrer l'existence d'une "faute" dans le chef du pseudo-mandant¹⁷. Depuis un important arrêt du 20 juin 1983¹⁸, la Cour de cassation a franchi la théorie du mandat apparent de la notion de faute. Cette théorie n'est plus basée uniquement sur la faute du pseudo-mandant mais peut désormais être invoquée "également en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime"¹⁴.

8. Afin qu'il puisse être question de mandat apparent, les conditions suivantes doivent être réunies:

Une situation apparente: il faut tout d'abord être face à une situation apparente, qui ne correspond donc pas à la réalité. Le pouvoir dont serait investi le mandataire doit sembler exister.

Une erreur légitime dans le chef du tiers, victime de l'apparence, quant à l'existence ou quant à l'étendue exacte du pouvoir du mandataire: cette condition comprend, en réalité, deux éléments: (i) un élément subjectif, dit la *bonne foi subjective*: la bonne foi subjective consiste en le fait que la personne qui se prévaut de l'apparence (le tiers) a ignoré que la situation apparente ne correspondait pas à la réalité. Il est ici question de la connaissance personnelle du tiers dans le cas d'espèce. N'est ainsi pas digne de la protection que confère la théorie du mandat apparent le tiers qui savait que la situation apparente ne correspondait pas à la réalité; (ii) un élément objectif, dit la *bonne foi objective*: la bonne foi objective fait référence à une véritable norme de comportement; l'erreur commise par la victime de l'apparence doit être excusable. En d'autres termes, le bon père de famille normalement prudent et diligent aurait-il versé dans la même erreur de croire que la situation

9 La majorité des auteurs, notamment H. De Page (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 441, n° 445) qualifie l'acte ainsi accompli par le mandataire d'impossible au mandant. P. Wéry conteste à l'instar de P. Perel, cette conception. Pour lui, l'acte s'analyse en réalité comme une *res inter alios acta* qui est privée de effet interne à l'égard du mandant (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 242, n° 203).

10 Cette règle vaut pour tout acte, bilatéral ou unilatéral, qu'accomplisse le mandataire sans pouvoir ou en les dépassant. Voy. notamment Cass., 6 novembre 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 1002, qui applique la règle également en présence d'un acte juridique unilatéral (congé donné à un travailleur).

11 Il convenait donc de déseoyer une faute qui répondait à une conception de plus en plus large, puisque la Cour de cassation a même admis, dans son arrêt du 30 mai 1979, que cette faute pouvait consister en le seul fait de créer la situation apparente (Cass., 30 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1123).

12 "Si (...) le mandant a, par un fait qui lui est imputable, laissé croire aux tiers que le mandataire était bien son mandataire dans l'acte qu'il accomplissait, ou s'il lui a confié des pouvoirs dans des conditions telles que l'étendue en demeure imprévisible aux yeux des tiers de bonne foi, il a commis une faute à l'égard de ceux-ci, dont il est responsable. Cette faute donne lieu à réparation, et comme la réparation en nature n'est pas exclue en matière aquilienne

(...), comme, d'autre part, la meilleure forme de réparation pour les tiers consiste précisément, en l'espèce, en la réparation en nature, le mandant sera personnellement tenu de l'acte accompli par le mandataire en dehors des limites de ses pouvoirs, tout comme s'il avait donné mandat de l'accomplir" (H. De Page, *op. cit.*, p. 444, n° 448).

13 Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1258.

14 *Ibid.*

apparente correspondait à la réalité? Le tiers victime de l'apparence a une obligation de s'informer à cet égard¹⁵, son erreur ne pourrait être imputable à sa propre imprudence ou négligence¹⁶. En effet, le tiers de bonne foi est soumis à un devoir d'information et de vérification raisonnable apprécié par le juge du fond *in concreto* en appliquant, à titre de critères de détermination, la nature de l'acte juridique accompli, la qualité du mandataire apparent, les circonstances dans lesquelles l'acte est accompli et, enfin, la qualité du tiers¹⁷.

L'imputabilité de l'apparence au pseudo-mandant: la situation apparente doit être rattachée au comportement fautif ou non de pseudo-mandant. Cette condition supplémentaire, proposée par P.-A. Foriers¹⁸, a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 janvier 2000¹⁹, aux termes duquel "une personne peut être responsable à l'égard d'un tiers des actes accomplis par une autre personne qui, quant à ses actes, suscite l'apparence qu'elle est le mandataire de la première personne pour autant que cette apparence soit imputable à cette dernière²⁰". Dans un arrêt du 25 juin 2004²¹, la Cour affine ce critère. Elle approuve la position exprimée par la Cour d'appel dans la décision dont pourvoi selon laquelle "pour qu'une situation soit imputable au pseudo-mandant, il faut que celui-ci ait librement, par son fait, contribué à créer une apparence trompeuse de mandat ou ait librement laissé se développer celle-ci alors qu'il aurait pu la faire cesser. Librement, c'est-à-dire sans contrainte et en ayant eu conscience ou dû avoir conscience de la situation. Ce que l'on veut éviter, c'est en effet que le pseudo-mandant soit étranger à l'apparence ou que l'apparence se soit développée contre son gré, alors qu'il se trouvait dans l'impossibilité d'y remédier"^{22 23}.

9. Lorsque les conditions de la théorie du mandat apparent sont réunies, on n'applique pas la sanction de l'article 1998, alinéa 2, du Code civil. En réalité, dans les rapports entre mandant et tiers, "le juge attribuera à l'apparence les effets juridiques qui se seraient attachés à la situation si elle avait été conforme à la réalité"²⁴. L'on fait comme si la situation apparente correspondait à la réalité; le mandant sera tenu vis-à-vis du tiers. Notons enfin

- 15 En ce sens, Gand, 3 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 1268 qui précise qu'il est requis que le tiers ne sache pas et, compte tenu des circonstances concrètes, ne devait pas savoir que la situation apparente ne correspondait pas à la réalité. Il repose donc sur le tiers une obligation normale et raisonnable de contrôle dont l'étendue et la profondeur diffèrent selon les circonstances et l'importance de l'acte. Voy. également B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 273-287, nos 442-455.
- 16 R. Kruithof, "La théorie de l'apparence dans une nouvelle phrase", *R.C.L.B.*, 1991, p. 71; Liège, 5 janvier 2007, *J.T.*, 2007, p. 263.
- 17 B. TILLEMAN, *op. cit.*, pp. 273-287, nos 442-455.
- 18 Voy. P.-A. FORIERS, "L'apparence, source autonome d'obligations, ou l'application du principe général de l'exécution de bonne foi", *J.T.*, 1988, pp. 545-546. L'auteur y précise notamment qu'"il faut, à mon sens, que l'apparence puisse être imputable au pseudo-mandant ou, de manière plus générale, au véritable titulaire du droit. À défaut, il serait difficilement concevable qu'il puisse être tenu par les conséquences de la situation apparente" (*ibid.*, p. 546).
- 19 Cass., 20 janvier 2000, *R.D.C.*, 2000, p. 483, obs. P.-A. FORIERS.
- 20 *Ibid.*
- 21 Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1162.
- 22 *Ibid.*
- 23 D'aucuns ajoutent une dernière condition: celle de l'existence d'un préjudice qu'encourrait le tiers victime de l'apparence si l'on ne tenait pas compte de la situation apparente (Voy. entre autres B. TILLEMAN, *op. cit.*, pp. 288-289, no 457; P.-A. FORIERS, "L'apparence, source autonome d'obligations, ou l'application du principe général de l'exécution de bonne foi", *op. cit.*, p. 543; Avec R. Kruithof et P. Wéry, nous estimons qu'il ne s'agit pas d'une condition de fond de l'apparence (R. Kruithof, *op. cit.*, p. 68, note 88; P. Wéry, *op. cit.*, p. 249, no 210 selon lequel "l'apparence est, en effet, une source de l'obligation comme telle, distincte de la responsabilité acquiescente. Si le dommage n'est pas une des conditions de fond de l'apparence, il importe toutefois que le tiers contractant rapporte la preuve d'un intérêt à agir, mais c'est là une condition de recevabilité commune à toute action en justice").
- 24 P. Wéry, *op. cit.*, p. 250, no 211.

que seul le tiers victime de l'apparence, et non le mandant ou le mandataire, peut se prévaloir de la théorie du mandat apparent²⁵.

10. En droit des assurances, l'existence d'un mandat apparent est fréquemment invoquée avec succès par l'assuré, qui a pu légitimement croire à l'existence d'un mandat dans le chef du producteur de l'assurance²⁶. Cette solution est d'ailleurs explicitement consacrée, en matière de paiement de la prime par l'assuré, par l'article 13, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre aux termes duquel "à défaut d'être fait directement à l'assureur, est libératoire le paiement de la prime fait au tiers qui le requiert et qui apparaît comme le mandataire de l'assureur pour le recevoir".

11. L'appréciation de la réunion des conditions du mandat apparent constitue une question de fait soumise au pouvoir souverain du juge.

En l'espèce, la compagnie d'assurances prétendait que la condition d'imputabilité de la situation apparente n'était pas remplie.

La Cour d'appel refusa de faire droit à cette argumentation: la compagnie d'assurance avait dépêché sur place un expert, lequel s'était prévalu à plusieurs reprises auprès de l'entrepreneur de ce qu'il entretenait des contacts avec- et recevait des instructions de la compagnie d'assurance. Il précisait même à l'entrepreneur avoir été "mandaté" par celle-ci. Dans ces conditions, c'est à bon droit que la Cour d'appel conclut à l'existence d'un mandat apparent: la compagnie d'assurance avait, sinon créé l'apparence, du moins librement laissé se développer celle-ci alors qu'elle aurait pu la faire cesser. Cette dernière aurait dû avoir conscience de ce que son expert pouvait apparaître aux yeux des tiers comme son mandataire et aurait dû mettre un terme à cette situation.

12. Ce faisant, la Cour d'appel confirme la tendance amorcée dans sa jurisprudence par un arrêt du 9 janvier 1998²⁷, dans une affaire dans laquelle le conseil technique de l'assureur avait signé avec la partie adverse une transaction au cours d'une réunion d'expertise judiciaire.

La Cour avait considéré que, nonobstant l'absence de tout mandat exprès dans le chef du conseil technique, le demandeur avait légitimement pu croire à la réalité et à l'étendue des pouvoirs de ce conseil technique. Par application de la théorie du mandat apparent, la compagnie d'assurance fut donc contrainte d'exécuter la transaction intervenue.

13. Engagée sur le fondement du mandat apparent, la compagnie d'assurance dispose toutefois en théorie d'un recours contre l'expert ou le conseil technique sur la base de sa responsabilité contractuelle en cas de dépassement par lui de ses pouvoirs ou sur l'

25 B. TILLEMAN, *op. cit.*, p. 290, no 458; P. Wéry, *op. cit.*, p. 250, no 211; Bruxelles, 10 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 176.

26 Voy. M. FONRAINE, *Droit des assurances*, 4e éd., coll. Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 540, no 858 et réf. citées. Voy. encore récemment Liège, 10 mars 2008, *Juif. obs.*, 2010, p. 121; la Cour précise que lorsqu'un courtier est mandaté par une entreprise d'assurance pour remettre des cartes vertes provisoires, ce courtier n'inclut pas la garantie "casco"; le client qui a reçu une confirmation verbale du courtier quant à l'existence de cette garantie, peut estimer que son courtier l'a induit en erreur et que l'assureur est tenu en vertu de l'apparence d'un mandat dans le chef du courtier; il revient toutefois à l'assuré de démontrer que cette apparence est imputable à la compagnie.

27 Bruxelles, 9 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1827.

base de sa responsabilité extracontractuelle en cas d'absence de pouvoir lui confié, à condition de pouvoir démontrer la réunion des conditions d'exercice respectives de ses actions²⁸.

14. Il ne fait de doute que cette décision incitera les compagnies d'assurance à la plus grande prudence dans les rapports qu'elles entretiennent avec les experts et conseils techniques, lorsque ceux-ci ne sont pas investis du pouvoir de décider en leur nom et pour leur compte ou que ce pouvoir est limité. En présence d'une incertitude quant à l'étendue ou à l'existence des pouvoirs de l'expert ou du conseil technique désigné par la compagnie, seule une attitude proactive, explicite et non équivoque envers le tiers afin de faire immédiatement cesser la situation apparente dont elle aurait pris connaissance, permettrait d'éviter qu'elle ne soit engagée sur le fondement de la théorie du mandat apparent.

Benoit KOHL

*Professeur à l'Université de Liège
Professeur invité à l'Université de Paris II (Pantheon-Assas)
Avocat au barreau de Bruxelles*

Romain SALZBURGER
*Maître de conférences et assistant à l'Université de Liège
Avocat au barreau de Liège*

Opdrachtdocumenten (tegenstrijdigheid tussen -)

HOF VAN BEROEP TE GENT, kamer 9ter, 11 februari 2011, inzake BVBA A. D. en consorten t. NV S. en consorten
 ■ (Wv) Voorzitter: P. Marceen
 ■ Pi-Meesters: R. Honoré, I. Cooreman en P. Lagae.

SLEUTELWOORDEN

- Overheidsopdracht – Tegenstrijdigheid plan/bijzonder bestek (mbt. isolatiedikte) – Ontdekking bij nazien van de offertes.
- Onterechte ambtshalve rechtzetting van de offerteprijzen door aanbestedende overheid (AO):
- Uitvoeringsregel (voorrang plan op bijzonder bestek, art. 24 AAV) niet toepasselijk bij de gunningfase
- Aanvulling van "leemten" en verbetering van "vergistinger" door de inschrijver:
 - in de opmetingsstaat (art. 96 KB 8 januari 1996, hierna KB nr. 1) – Geen verplichting en niet toepasselijk bij tegenstrijdigheid;
 - in het bestek of aanvullende documenten (bijzonder zware leemten en vergissingen, art. 98 KB nr. 1) – Niet toepasselijk bij tegenstrijdigheid.
- Regel van goed bestuur – Gelijke behandeling van de inschrijvers – Analogische toepassing van verzoek tot verantwoordiging inzake abnormale prijzen in de inschrijving (art. 110 S 3 KB nr. 1) – Geoorloofde contactopname met (alle) inschrijvers tot aanduiding van de voor hun offerte gekozen isolatiedikte.
- Openbare aanbesteding – Wering van laagste regelmatige inschrijver t.g.v. onterechte ambtshalve rechtzetting – 10% forfaitaire schadevergoeding – Anaclocisme? Neen.
- Vordering in vrijwaring van de AO tegen ontwerper belast met het opstellen van de opdrachtdocumenten en nazicht van de offertes? Ja.

SAMENVATTING

De regel uit artikel 24 AAV waarbij het plan voorrang heeft op het bestek heeft specifieke betrekking op de uitvoeringsfase en is dan ook niet toepasselijk op een problematiek dat stelt en dient opgelost te worden tijdens de gunningfase waarbij, zoals blijkt uit artikel 85 het KB nr. 1, het bestek bepalend is voor het opmaken van de offerte terwijl de plannen en zodanig zelfs niet vermeld zijn.

Voornoemd KB nr. 1 omvat geen specifieke regeling voor het oplossen van de moeilijkheid die de AO ondervindt bij de vergelijking van de offerte, ten gevolge van de ontdekking van een tegenstrijdigheid in de toean aan de inschrijvers voor het opmaken van hun offerte ter beschikking gestelde documenten, in casu tussen plan en bestek die elk een andere isolatiedikte aangeven.

Een tegenstrijdigheid is immers niet gelijk te stellen met een leemte of een vergissing. De artikel 96 (en 98) van het KB nr. 1 hiervoor bepaalde regels zijn dan ook niet toepasselijk, geval van tegenstrijdigheid.

Verder vloeit trouwens niet uit artikel 96 (KB nr. 1) voort dat de inschrijver als het ware de verplichting zou hebben leemten of vergissingen (in de opmetingsstaat) vast te stellen, die een fout zou beaanan indien hij ze niet zou ontdekken waarbij de AO zelf de door de inschrijver