

Tijdschrift voor Aannemingsrecht
L'Entreprise et le Droit

Zesenvestigste jaargang

Quarante-sixième année

2/2014

Inhoud

Sommaire

RECHTSLEER

Betalingen van overheidsopdrachten van werken onder de nieuwe overheidsopdrachtenreglementering door **K. Tobback** en **J. Brondel** 110

RECHTSPRAAK

Rangschikking (na aanvaarding van een verbetering in meer)

Overheidsopdracht – Samenvattende opmetingsstaat – Eén enkele post “betegeling” – Aanvaarde hoeveelheid in meer na verbeteringsvoorstel door meerdere inschrijvers.

Dubbelsporig verbeteringsvoorstel door inschrijver X, van de onvoldoende voorziene hoeveelheid: enerzijds, aanbrengen van een hoeveelheid in meer voor één onderdeel (betegeling badkamer) van de post; anderzijds doch tegen een hogere eenheidsprijs, met invoering van een nieuwe post (betegeling keuken) voorgesteld als aanvulling van een leemte – Terechte niet-aanvaarding van het bestaan van een leemte: de beweerde ontbrekende post bestaat.

Rangschikking van de offertes – Betreffende X, toepassing op het geheel van de aanvaarde hoeveelheid in meer, van de (lagere) eenheidsprijs die hij aangaf voor de originele post – Schending van de gelijkheid tussen de inschrijvers.

(Hof van Cassatie, 24 oktober 2013) –
Noot **N. Michel** 154

DOCTRINE

Betalingen van overheidsopdrachten van werken onder de nieuwe overheidsopdrachtenreglementering par **K. Tobback** et **J. Brondel** 110

JURISPRUDENCE

Classement (après acceptation d'une correction en plus)

Marché public – Mètre récapitulatif – Poste unique “pose de carrelages” – Quantité en plus acceptée après proposition de correction par plusieurs soumissionnaires.

Proposition de correction par le soumissionnaire X, de la quantité insuffisante du mètre, opérée sous deux formes: d'une part, mention d'une quantité en plus dans l'une (carrelage “salle de bains”) des deux parties du poste; d'autre part, mais à un prix unitaire plus élevé, par la création d'un poste nouveau (carrelage “cuisine”) présentée comme la réparation d'une omission – Rejet de la réalité de l'omission, le poste prétendument omis existant dans le mètre.

Classement des offres – Concernant X, application à la totalité de la quantité en plus admise, du prix unitaire (plus bas) qu'il a prévu dans le poste originaire – Violation de l'égalité entre soumissionnaires.

(Cour de cassation, 24 octobre 2013) –
Obs. **N. Michel** 154

Hoofdelijkheid

Deelname aan overheidsopdrachten "design and build" – Combinatie zonder rechtspersoonlijkheid met architect en aannemer – Onverenigbaarheid tussen beroep architect/aannemer – Geen hoofdelijkheid architect/aannemer – Gedeeltelijke nietigverklaring van artikel 51, § 2 KB 15 juli 2011.

(Raad van State, 22 oktober 2013) –

Noot **S. Parys**165

Tienjarige aansprakelijkheid

Gevelbekleding (pleisterwerk) – Isolerende en vochtwerende functie – Groot onroerend werk? Ja.

Scheurvorming en loskomen – Ernstig gebrek? Ja.

(onvoldoende) Vrijwillige herstelling:

- impliciete erkenning van de aansprakelijkheid – Stuiting van de tienjarige termijn;
- als groot werk te beschouwen herstelwerk – Nieuwe tienjarige termijn.

Verergering van de schade na het verstrijken van de tienjarige termijn – Gedekt door de oorspronkelijke aangifte.

Vordering van de opdrachtgever voor contractuele aansprakelijkheid tegen de fabrikant? Ja.

Reparatieoplossing die verbetering aanbrengt ten opzichte van de prognoses van de oorspronkelijke overeenkomst – Uitgesloten van de schadeloosstelling.

(Hof Beroep te Luik, 1 december 2011) –

Noot **R. De Wit**177

Architect (plichten van de -)

Toezichts- en controleplicht – Eigen werkkingsfeer en doelstelling – Onderscheid.

(Hof van Beroep te Gent, 28 oktober 2011).188

Solidarité

Participation aux marchés publics "design and build" – Groupement sans personnalité juridique avec architecte et entrepreneur – Incompatibilité entre professions d'architecte et d'entrepreneur – Pas de solidarité architecte/entrepreneur – Annulation partielle de l'article 51 § 2 du 15 juillet 2011.

(Conseil d'État, 22 octobre 2013) –

Obs. **S. Parys**165

Responsabilité décennale

Revêtement de façade (crépi) – Fonction isolante et hydrofuge – Gros ouvrage? Oui.

Fissuration et décollement – Vice grave? Oui.

Réparation volontaire (insuffisante):

- reconnaissance implicite de responsabilité – Interruption du délai décennal;
- réparation constitutive de gros ouvrage – Nouveau délai décennal.

Aggravation du dommage postérieure à l'expiration du délai décennal – Couverte par la dénonciation initiale.

Action du maître d'ouvrage en responsabilité contractuelle contre le fabricant? Oui.

Solution réparatrice portant amélioration par rapport aux prévisions du contrat initial – Exclue de l'indemnisation.

(Cour d'appel de Liège, 1^{er} décembre

2011) – Obs. **R. De Wit**177

Architecte (devoirs de-)

Devoir de surveillance et de contrôle – Devoirs ayant chacun une finalité et un champ d'application propres – Distinction.

(Cour d'appel de Gand, 28 octobre 2011).188

Architect (erelonen)

Geen schriftelijke overeenkomst – Deontologische tekortkoming – Mondelinge overeenkomst geldig.

Bewijs van het bestaan en de inhoud ervan – Opdrachtgever handelaar – Bewijs met alle middelen van recht.

Erelonen tijdig geprotesteerd – Bepaling van erelonen naar daadwerkelijk geleverde prestaties en gangbaar tarief – Deskundige-onderzoek.

(Hof van Beroep te Gent,
9 november 2012)193

Toe-eigening (uitsteken funderingsplaat over de rooilijn)

Nieuwbouw op grond van X – Ondergrondse onrechtmatige toe-eigening (betonplaat) op aanpalend terrein van Y (later verkocht aan Z) – Akkoord vóór verkoop (maar na toe-eigening) tussen X en Y, over niet-verwijdering – Strikte interpretatie.

Notariële akte – Standaardbeding bij verkoop dat grond verkocht wordt in de staat die de koper goed bekend is – Onwerkzaamheid bij ongebruikelijk verborgen gebrek (zoals een ondergrondse toe-eigening).

Dading tussen X en Z "waarbij Z de toestemming krijgt om een bouwwerk te laten rusten op de betonplaat die uitsteekt, met kwijting voor eventuele schade aan het gebouw van X" – Strikte interpretatie (art. 2048-2049 BW) – Geen verzaking aan de vergoeding van de schade die voortvloeit uit de onrechtmatige toe-eigening.

(Hof van Beroep te Luik,
12 maart 2012)198

Architecte (honoraires)

Absence de contrat écrit – Manquement déontologique – Contrat d'architecte oral valable.

Preuve de l'existence et du contenu – Maître d'ouvrage commerçant – Preuve par toute voie de droit.

Honoraires protestés à temps – Fixation des honoraires suivant les prestations réelles et les tarifs usuels – Expertise.

(Cour d'appel de Gand,
9 novembre 2012)193

Empiètement (socle de fondation au-delà de l'alignement)

Construction neuve sur terrain de X – Empiètement souterrain (dalle de béton) illicite sur fonds voisin de Y – Vente ultérieure à Z – Accord antérieur à la vente (mais postérieur à l'empiètement) entre X et Y, de non enlèvement – Interprétation restrictive.

Acte notarié – Clause standard de vente du terrain dans l'état bien connu de l'acheteur – Inopérante à l'égard d'un vice caché inhabituel (comme un empiètement souterrain).

Transaction entre X et Z "donnant à Z autorisation d'appui sur dalle en béton qui empiète, avec décharge pour dommage éventuel au bâtiment de X" – Interprétation restrictive (art. 2048-2049 C. Civ.) – Pas de renonciation à indemnisation du dommage résultant de l'empiètement illicite.

(Cour d'appel de Liège,
12 mars 2012)198

Betalingen van overheidsopdrachten van werken onder de nieuwe overheidsopdrachtenreglementering

INHOUDSTAFEL

1. Inleiding	112
2. Algemene principes	114
2.1 Toepassingsgebied	114
2.2 Betalingen mogen in beginsel alleen gedaan worden voor verstrekte en aanvaarde diensten	114
2.3 Wijze waarop de prijs wordt betaald	115
3. Wettelijke verplichtingen van de aannemer en het bestuur inzake betalingen	115
3.1 Verplichting van de aannemer om een vorderingsstaat in te dienen	115
3.2 Verplichting tot verificatie van het bestuur	117
3.2.1. Wettelijke verplichtingen van het bestuur tot verificatie en kennisgeving - draagwijdte	117
3.2.2. De termijnen voor nazicht en opstellen van het proces-verbaal: 30 dagen	121
3.2.3. Uitnodiging tot facturatie	122
3.3 Verplichting tot betaling van het bestuur	123
3.3.1 Wettelijke bepaling	123
3.3.2 De betalingstermijn van het bestuur – betaling binnen dwingende termijnen	124
3.3.3 Startpunt van de betalingstermijn	125
3.4 Afwijkingen van de verificatie- en betalingstermijn	126

3.4.1. Wettelijke bepalingen	126
3.4.2. Principieel verbod op afwijkingen	128
3.4.3. Uitzonderingen op het principieel verbod op afwijkingen	128
4 Sancties bij schending van de betalingsverplichtingen door het bestuur	131
4.1 Schending van de verificatieplicht	131
4.1.1 Schending verificatietermijn	131
4.1.2 Onbehoorlijk uitoefenen van de verificatieverplichtingen	139
4.2 Vorderingen van de aannemer bij schending van de betalingsverplichtingen	140
4.2.1 Interest voor laattijdige betaling en vergoeding voor invorderingskosten	141
4.2.2 Schadevergoeding wegens laattijdige betaling	142
4.3 Actiemogelijkheden van de aannemer bij schending van de betalingsverplichtingen	145
4.3.1 Schorsing van de werken of vertraging in het uitvoeringstempo	145
4.3.2 Termijnverlenging	150
4.3.3 Schadevergoeding	151

1 Inleiding

1. In 2011 besloot de Europese regelgever om de bestaande Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties te herschikken en een aantal onderdelen te wijzigen (hierna: "Richtlijn 2000/35/EG").¹ Dit gebeurde door de invoering van de Richtlijn 2011/07/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (hierna: "Richtlijn 2011/07/EU").² De Richtlijn 2011/07/EU zorgde voor nieuwe dwingende voorschriften inzake verificatie en betaling die niet alleen gelden tussen particuliere of openbare ondernemingen, maar ook – en zelfs in belangrijke mate – tussen ondernemingen en overheidsinstanties. De achterliggende doelstelling van deze nieuwe Richtlijn bestaat erin een juridisch en commercieel klimaat te scheppen, dat tijdige betaling bij handelstransacties bevordert om de ondernemingen te beschermen tegen wanbetalers en om zo faillissementen te voorkomen.³

Betalingsachterstand heeft immers zeer nadelige gevolgen voor de liquiditeit en het financiële beheer van ondernemingen. Ondernemingen ervaren soms hoge lasten om de betaling van verschuldigde facturen via gerechtelijke weg af te dwingen. Bovendien heeft betalingsachterstand gevolgen voor het concurrentievermogen en de winstgevendheid van de schuldeiser, wanneer de schuldeiser als gevolg hiervan externe financiering nodig heeft. Zeker in een moeilijk en onzeker economisch klimaat, waar de toegang tot financiering per definitie moeilijker is, neemt het risico op negatieve gevolgen sterk toe.⁴ Een stipte en correcte betaalcultuur realiseren is daarom essentieel voor het creëren van een gezond economisch klimaat als hoofddoelstelling van de Richtlijn 2011/07/EU.

In dit verband legt de Europese regelgever de aanbestedende overheden een bijzondere verantwoordelijkheid op, die strikte verificatie- en betalingstermijnen rechtvaardigt. Volgens Europa is deze bijzondere verantwoordelijkheid van aanbestedende overheden gerechtvaardigd gezien:

- de grotere zekerheid, voorspelbaarheid en continuïteit van hun inkomensstromen;
- de gunstigere voorwaarden waartegen zij financiering kunnen krijgen;
- het minder afhankelijk zijn van stabiele commerciële relaties voor het bereiken van hun doelen.⁵

1 Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, *Pb.L.* 8 augustus 2000, afl. 200, 35.

2 Richtlijn 2011/07/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 1.

3 Deze doelstelling ligt in het verlengde van de oorspronkelijke gedachte van de Richtlijn 2000/35/EG. Zie overweging 7 uit Richtlijn 2000/35/EG, *Pb.L.* 8 augustus 2000, afl. 2000, 35: "Als gevolg van buitensporige betalingstermijnen en betalingsachterstand drukken zware administratieve en financiële lasten op het bedrijfsleven, met name op het midden- en kleinbedrijf. Deze problemen zijn bovendien een belangrijke oorzaak van insolventie, die een bedreiging voor de overlevingskansen van ondernemingen vormt, en doen talrijke arbeidsplaatsen verloren gaan."

4 Overwegingen 3 en 6 uit Richtlijn 2011/07/EU, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 1-2. Zie tevens de Omzendbrief van 12 maart 2009 Overheidsopdrachten Betalingstermijnen en verwijlntresten, *BS* 16 maart 2009, 22.240 en de Toelichting bij het wetsvoorstel betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties voor ondernemingen en aanbestedende overheden (ingediend door de heren Karel Uyttersprot en Jan Jambon en mevrouw Daphné Dumery), *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53 2414/001, 3.

5 Overweging 23 uit Richtlijn 2011/07/EU. Zie tevens de Omzendbrief van 12 maart 2009 Overheidsopdrachten Betalingstermijnen en verwijlntresten, *BS* 16 maart 2009, 22.240, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 3.

Bijgevolg vond de Europese regelgever het wenselijk om voor commerciële transacties voor de levering van goederen of diensten door ondernemingen aan overheidsinstanties specifieke regels in te voeren, die met name voorzien in betalingstermijnen welke doorgaans niet meer dan 30 kalenderdagen bedragen en in ieder geval niet meer dan 60 kalenderdagen.⁶ Om de verwezenlijking van het doel van deze richtlijn niet in gevaar te brengen, vond de Europese regelgever eveneens dat lidstaten erop moeten toezien dat de maximumduur van aanvaardings- of verificatieprocedures bij handelstransacties in de regel niet meer dan 30 kalenderdagen bedraagt.⁷ Deze korte termijnen moeten een halt toeroepen aan de vaak voorkomende praktijk waar aanbestedende overheden vaak lange verificatie- en betalingstermijnen hanteren en vervolgens zeer laattijdig overgaan tot betaling van facturen.⁸

2. De Richtlijn 2011/07/EU diende te worden omgezet in het nationale recht van de lidstaten tegen uiterlijk 16 maart 2013.⁹ In België gebeurde de omzetting door middel van het Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken (hierna: "KB AUR 2013")¹⁰. Dit KB AUR 2013 trad samen met de wet van 15 juni 2006 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: "Overheidsopdrachtenwet 2006")¹¹ in werking op 1 juli 2013 ingevolge het Koninklijk Besluit van 2 juni 2013 tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke uitvoeringsbesluiten (hierna: "KB van 2 juni 2013").¹²

Om de bestaande wetgeving meer in lijn te brengen met de Richtlijn 2011/07/EU, heeft de wetgever recent nog een belangrijke aanpassing van de overheidsopdrachtenreglementering doorgevoerd. Dit gebeurde via het Koninklijk Besluit van 22 mei 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken (hierna: "reparatie-KB van 22 mei 2014").¹³

3. De invoering van de nieuwe reglementering en het reparatie-KB van 22 mei 2014 ging gepaard met een aantal belangrijke aanpassingen en vernieuwingen, onder meer van de betalingsregeling inzake overheidsopdrachten zoals vervat in het Koninklijk Besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en de algemene aannemingsvoorwaarden als bijlage daarbij (hierna: "KB AUR 1996" en "AAV").¹⁴

6 Overwegingen 23 en 24 uit Richtlijn 2011/07/EU, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 3.

7 Overweging 26 uit Richtlijn 2011/07/EU, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 3.

8 Toelichting bij het wetsvoorstel betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties voor ondernemingen en aanbestedende overheden (ingediend door de heren Karel Uyttersprot, Jan Jambon en mevrouw Daphné Dumery), *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53 2414/001, 3.

9 Art. 12 Richtlijn 2011/07/EU.

10 KB van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, *BS* 14 februari 2013, 8.752.

11 Wet van 15 juni 2006 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *BS* 15 februari 2007, 7.355.

12 KB van 2 juni 2013 tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke uitvoeringsbesluiten, *BS* 5 juni 2013, 35.534.

13 KB van 22 mei 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, *BS* 30 mei 2014, 41.989.

14 KB van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, *BS* 18 oktober 1996, 26.830.

4. In deze bijdrage bespreken we op systematische wijze de betalingsverplichtingen van aanbestedende overheden in het kader van opdrachten voor werken. De bespreking van de betalingsverplichtingen van aanbestedende overheden in het kader van opdrachten voor leveringen en diensten maakt geen deel uit van deze bijdrage. We trekken daarbij vanuit de allerlaatste regeling, uitgewerkt in het reparatie-KB van 22 mei 2014. Wij zullen in deze bijdrage ook geregeld terugkomen op de oude Belgische regeling uitgewerkt in het KB AUR 1996 en de AAV. Wij koppelen naar de oude regeling terug, niet alleen omdat deze regeling nog lang uitwerking zal hebben op opdrachten die gepubliceerd zijn vóór 1 juli 2013, maar ook in het kader van onze analyse van de vraag of de nieuwe regeling beter dan vroeger tegemoetkomt aan de doelstellingen van de Europese regelgever.

2 Algemene principes

2.1 Toepassingsgebied

5. De nieuwe betalingsregeling voor overheidsopdrachten van werken is krachtens artikel 5, § 1-§ 3 KB AUR 2013 van toepassing op de opdrachten:

- die onder het toepassingsgebied van titel II Overheidsopdrachtenwet 2006 en titel 2 wet defensie en veiligheid vallen, waarvan het geraamde bedrag groter is dan 8.500 euro;
- die onder het toepassingsgebied van titel III Overheidsopdrachtenwet 2006 vallen, waarvan het geraamde bedrag groter is dan 17.000 euro.

De nieuwe verificatie- en betalingsverplichtingen zijn niet van toepassing op de opdrachten waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of kleiner is dan 8.500 euro. Dit bedrag is 17.000 euro voor de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titel III Overheidsopdrachtenwet 2006 vallen. Deze uitsluiting is terug te vinden in artikel 5, § 4 KB AUR 2013.

2.2 Betalingen mogen in beginsel alleen gedaan worden voor verstrekte en aanvaarde diensten

6. Overeenkomstig artikel 7 Overheidsopdrachtenwet 2006 mogen betalingen alleen gedaan worden voor verstrekte en aanvaarde diensten, waaronder ook, volgens wat in de opdrachtdocumenten is voorzien, de voorraden die aangelegd zijn voor de uitvoering van de opdracht en die door de aanbestedende overheid zijn goedgekeurd.

Er is ook een mogelijkheid om voorschotten¹⁵ te krijgen, in de gevallen en onder de voorwaarden bepaald in artikel 67 KB AUR 2013.

¹⁵ Het begrip 'voorschot' wordt in de huidige reglementering niet gedefinieerd. In het Verslag aan de Koning bij art. 2, 20° KB AUR 2013 wordt evenwel verwezen naar de art. 8 en 23, §3 van de wet van 24 december 1993 en art. 5 KB AUR 1996, waarbij wordt verduidelijkt dat het kenmerk van het voorschot is dat het verstrekt wordt terwijl de betrokken prestaties nog niet zijn uitgevoerd noch aanvaard. Zie Verslag aan de Koning bij art. 2, 20° KB AUR 2013, BS 14 februari 2013, 8.758.

2.3 Wijze waarop de prijs wordt betaald

7. Artikel 66, § 1 KB AUR 2013 bepaalt de verschillende wijzen waarop de prijs wordt betaald. De betaling kan in één keer plaatsvinden na de volledige uitvoering van de opdracht. Zij kan ook gebeuren met betalingen in mindering¹⁶ naargelang de uitvoering van de opdracht vordert en volgens de modaliteiten bepaald in de opdrachtdocumenten. Zodra de uitvoering van een opdracht zodanig is gevorderd dat zij recht geeft op betaling, kan de betaling slechts plaatsvinden indien twee voorwaarden vervuld zijn: de opdrachtnemer moet een schuldvordering indienen bij de aanbestedende overheid en de aanbestedende overheid moet een proces-verbaal opstellen.

Artikel 66, § 2 KB AUR 2013 gaat nader in op de gevolgen voor de betaling wanneer de uitvoering van de opdracht wordt onderbroken op bevel of door toedoen van de aanbestedende overheid. Indien de onderbreking in dat geval minstens 30 dagen duurt, ontvangt de opdrachtnemer een betaling in mindering naar rato van de uitgevoerde prestaties.

3 Wettelijke verplichtingen van de aannemer en het bestuur inzake betalingen

3.1 Verplichting van de aannemer om een vorderingsstaat in te dienen

8. Artikel 95, § 1 KB AUR 2013 bepaalt:

“Zowel voor de betalingen in mindering als voor de betaling van het saldo of de éénmalige betaling van de opdrachtsom, legt de aannemer een gedateerde en ondertekende schuldvordering over die steunt op een gedetailleerde staat van de gerealiseerde werken, welke volgens hem, de gevraagde betalingen rechtvaardigen.

Deze gedetailleerde staat kan omvatten:

- a) de hoeveelheden uitgevoerd op grond van de posten van de samenvattende opmeting;
- b) de hoeveelheden uitgevoerd boven de vermoedelijke hoeveelheden van de posten van de samenvattende opmeting;
- c) de meerwerken uitgevoerd op schriftelijk bevel;
- d) de werken uitgevoerd tegen de door de aannemer voorgestelde en door de aanbestedende overheid nog niet aanvaarde eenheidsprijzen.”

Conform artikel 95, § 1 KB AUR 2013 dient de aannemer voor elke betaling van uitgevoerde werken die hij wenst te ontvangen (dus zowel voor de tussentijdse betalingen naarmate de werken vorderen als voor de saldobetaling), een schuldvordering in te dienen gebaseerd op een gedetailleerde staat van de werken (hierna: “vorderingsstaat”).

De vorderingsstaten bevatten uiteraard in eerste instantie de uitgevoerde hoeveelheden volgens het bestek.

16 Ook het begrip ‘betaling in mindering’ wordt in de huidige reglementering niet gedefinieerd. Art. 2, 19° KB AUR 2013 stelt inzake de omschrijving van het begrip ‘betaling in mindering’ enkel dat het een betaling van een deel van de opdracht na verstrekte en aanvaarde prestaties betreft. Het is evenwel vermeld in art. 8 van de wet van 24 december 1993, in de art. 4, § 2, en 5, § 2 KB AUR 1996 en in art. 15 AAV. Zie Verslag aan de Koning bij art. 2, 20° KB AUR 2013, BS 14 februari 2013, 8.758.

Daarnaast zullen in vorderingsstaten worden opgenomen: de werken boven de vermoedelijke hoeveelheden, de meerwerken uitgevoerd op schriftelijk bevel van het bestuur en de wijzigingswerken, zelfs indien er nog geen door het bestuur aanvaarde eenheidsprijs bestaat. Met betrekking tot die laatste categorie werken lichtte M-A. Flamme reeds toe:

"(...) de gedetailleerde staat van de werken, die de schuldvordering vergezelt voortaan niet alleen het deel der werken uitgevoerd conform de contractuele vooruitzichten zal omvatten, doch ook:

- (...)
- (...)
- tenslotte, en vooral, de niet voorziene werken die dus niet in aanmerking komen om in één van de posten van de opmeting opgenomen te worden en waarvan het bepalen van de eenheidsprijs moeilijk zal verlopen aangezien het bestuur de eisen van de aannemer overdreven acht.

In dit laatste geval is het vanzelfsprekend dat de uitvoering gebeurt vooraleer de nieuwe prijzen worden vastgesteld en dat, gezien deze gemeenschappelijke vaststelling maanden – ja zelfs jaren – uitbleef, de aannemer in het vroegere systeem het gevaar liep dat hij slechts lang nadat de uitvoering plaatsvond, betaald werd.¹⁷

Volgens M-A. Flamme zal voortaan "een eventuele vertraging in hoofde van het bestuur bij het goedkeuren van de door de aannemer "voorgestelde" eenheidsprijzen niet meer in het nadeel van deze laatste uitvallen, vermits de aannemer zijn schuldvordering mag opstellen op basis van prijzen die hij "voorstelt" ook al werden deze nog niet aanvaard. Het (bestuur) mag natuurlijk de aannemer voorlopig betalen, op basis van de door hem billijk geacht nieuwe eenheidsprijzen, met dien verstande evenwel dat men er nog over kan onderhandelen."¹⁸

De aldus uitgevoerde wijzigingswerken waarbij het bestuur en de aannemer (nog) geen overeenkomst hebben gevonden over de prijs, zullen dus evenzeer worden opgenomen in de vorderingsstaat en vergezeld worden van een verklaring van schuldvordering van de aannemer. Ook deze schuldvorderingen van de aannemer dienen geverifieerd en betaald te worden binnen de wettelijk vooropgestelde termijnen.

9. Een aannemer zal dus voor alle betalingen in mindering van de oorspronkelijke aannemingsom, de betaling van werkelijk uitgevoerde hoeveelheden boven de vermoedelijke hoeveelheden van het bestek, de betaling van bijwerken die afgerekend kunnen worden aan de eenheidsprijzen van het bestek en de betaling van wijzigingswerken die afgerekend moeten worden aan nieuwe overeen te komen prijzen, vorderingsstaten indienen vergezeld van een verklaring van schuldvordering. Voor deze betalingen geldt de verificatie- en betalingsregeling van artikel 95 KB AUR 2013.

17 C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (klassieke sectoren). 2: De uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2002, 143; M-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten (deel 2) zesde uitgave*, Brussel, Nationale Confederatie van het bouwbedrijf, 1996-1997, 276-277, nr. 3.

18 C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (klassieke sectoren). 2: De uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2002, 143; M-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten (deel 2) zesde uitgave*, Brussel, Nationale Confederatie van het bouwbedrijf, 1996-1997, 276-277, nr. 4.

10. De verplichting om een schuldvordering in te dienen vergezeld van een gedetailleerde staat van de werken geldt ons inziens niet voor schadevergoedingen (bv. op grond van de art. 54 en 55 KB AUR 2013).¹⁹ Dit kan worden afgeleid uit de aanhef van artikel 95, § 1 KB AUR 2013 die de verplichting oplegt voor "betalingen in mindering als voor de betaling van het saldo of de éénmalige betaling van de opdrachtsom". Deze uitsluiting kan ons inziens eveneens worden afgeleid uit artikel 69, § 4 KB AUR 2013 (betreffende "intrest voor laattijdige betaling en vergoeding voor invorderingskosten"): "De bepalingen van dit artikel zijn niet van toepassing op de betalingen die betrekking hebben op schadevergoedingen".

3.2 Verplichting tot verificatie van het bestuur

3.2.1. Wettelijke verplichtingen van het bestuur tot verificatie en kennisgeving – draagwijdte

11. Artikel 95, § 2 KB AUR 2013 bepaalt:

"De aanbestedende overheid beschikt over een verificatietermijn van dertig dagen vanaf de datum van ontvangst van de schuldvordering en de gedetailleerde staat van de gerealiseerde werken bedoeld in paragraaf 1.

De aanbestedende overheid stelt binnen de verificatietermijn de volgende verrichtingen:

1. ze ziet de ingediende staat van de werken na en brengt er eventueel verbeteringen in aan. Wanneer er niet tussen de partijen overeengekomen prijzen in voorkomen, stelt ze deze prijzen ambtshalve vast met behoud van alle rechten van de aannemer;
2. ze maakt een proces-verbaal op met vermelding van de werken die voor betaling zijn aanvaard en het volgens haar verschuldigde bedrag. Ze geeft de aannemer schriftelijk kennis van dit proces-verbaal en verzoekt hem binnen vijf dagen, een factuur in te dienen voor het vermelde bedrag."

12. Nadat de aannemer aan de aanbestedende overheid een gedetailleerde vorderingstaat heeft bezorgd, ligt de bal dus in het kamp van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid moet de staat van de werken van de aannemer nauwkeurig nazien en er eventueel verbeteringen in aanbrengen. Indien de staat van de werken niet overeengekomen eenheidsprijzen bevat, dient de aanbestedende overheid de prijzen desnoods ambtshalve vast te stellen. Daarna moet de aanbestedende overheid het proces-verbaal opstellen met vermelding van het bedrag dat zij zich verschuldigd acht te zijn. Dit proces-verbaal moet vervolgens naar de aannemer worden gestuurd met de vraag om de factuur binnen de 5 kalenderdagen in te dienen.

13. Net als voorheen leggen de nieuwe algemene uitvoeringsregels de aanbestedende overheid niet uitdrukkelijk de verplichting op om de gegrondheid van de wijzigingen te motiveren in het proces-verbaal.

De vraag rijst evenwel wie de bewijslast draagt betreffende de juistheid van de gevorderde bedragen: moet de aannemer bewijzen dat de door hem gevorderde bedragen juist

19 *Contra*: D. VAN ROMPAEY, "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, §1 AAV", *TOGOR* 1999, (314) 318, nr. 6.

zijn, of moet het bestuur bewijzen dat de door de aannemer gevorderde bedragen onjuist zijn?

Vóór de invoering van de nieuwe overheidsopdrachtenreglementering in 2013 werden in de rechtsleer en de rechtspraak beide stellingen verdedigd. Aangezien de nieuwe algemene uitvoeringsregels geen inhoudelijke wijzigingen met zich meebrengen op het vlak van de inhoud van de verificatieplicht van de aanbestedende overheid, is deze verdeelde rechtsleer en rechtspraak nog steeds relevant.

Eerste strekking: de aannemer draagt de bewijslast

14. Een aannemer verweet de aanbestedende overheid de vorderingsstaat te hebben verbeterd zonder enige motivering. De aannemer oordeelde dat de aanbestedende overheid de bewijslast droeg dat de gevorderde bedragen niet juist waren. Het Hof van Beroep van Antwerpen oordeelde in haar arrest van 2 december 1999:

“Overwegende dat appellante [de aannemer] door bedragen op de vorderingsstaat te vermelden haar zienswijze weergeeft over hetgeen aan haar verschuldigd is, terwijl geïntimeerde haar zienswijze weergeeft door verbeteringen aan te brengen; dat appellante [de aannemer] haar vorderingsstaten op ernstige wijze moet indienen, terwijl [de aanbestedende overheid] deze vorderingsstaten op ernstige wijze moet verbeteren; dat zoals bepaald in artikel 15, §1, 2° het bestuur kennis dient te geven van de verbeteringen die zij aanbrengt, doch deze verbeteringen, in tegenstelling tot wat appellante [de aannemer] voorhoudt, niet moeten gemotiveerd worden door een afzonderlijk proces-verbaal dat samen met het proces-verbaal waarin de verbeteringen worden gemeld, wordt verstuurd; dat artikel 15, §1, 2° alleen bepaalt dat het bestuur een proces-verbaal opmaakt “met vermelding van het bedrag dat het bestuur werkelijk verschuldigd acht te zijn (...); dat appellante [de aannemer] die een vorderingsstaat indient en stelt gerechtigd te zijn op nog een saldo van de aannemingsom dient te bewijzen dat de werken die zij vordert werden uitgevoerd”.²⁰

Tegen dit arrest stelde de aannemer cassatieberoep in, maar het cassatieberoep werd verworpen:

“Overwegende dat het arrest vervolgens oordeelt dat appellante [de aannemer] die een vorderingsstaat indient en stelt gerechtigd te zijn op nog een saldo van de aannemingsom, dient te bewijzen dat de werken die zij vordert werden uitgevoerd. Dat het arrest zodoende de regels inzake de bewijslast niet verder schendt.”²¹

Uit deze rechtspraak dient volgens de eerste strekking in de rechtsleer te worden besloten dat, indien het bestuur de vorderingsstaat heeft gewijzigd, zelfs zonder enige motivering, de aannemer moet bewijzen dat de door hem gevorderde bedragen verschuldigd zijn.²²

15. Volgens deze strekking in de rechtsleer wil het voorgaande nochtans niet zeggen dat de aanbestedende overheid een vrijeleide zou hebben om verbeteringen aan te bren-

20 Antwerpen 21 december 1999, 1996/AR/1510, onuitg., geciteerd in C. LENDERS, “Kroniek van rechtspraak: uitvoering van overheidsopdrachten – de algemene aannemingsvoorwaarden (1998-2003)”, *TBO* 2004, (110) 118.

21 Cass. 14 september 2001, AR C.00.0573.N., onuitg., geciteerd in C. LENDERS, “Kroniek van rechtspraak: uitvoering van overheidsopdrachten – de algemene aannemingsvoorwaarden (1998-2003)”, *TBO* 2004, (110) 118.

22 C. LENDERS, “Kroniek van rechtspraak: uitvoering van overheidsopdrachten – de algemene aannemingsvoorwaarden (1998-2003)”, *TBO* 2004, (110) 118.

gen aan de vorderingsstaten zonder daartoe enige grond te hebben. Ter staving wordt dan verwezen naar een arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen van 30 juni 1998, waarin het Hof oordeelde dat een bestuur zich niet mag vergenoegen met het algemene verweer dat de verbeteringen gesteund zijn op daadwerkelijke feiten en te goeder trouw werden aangebracht, "nu de artikelen 15A, 24 en 37²³ van het algemeen lastenkohier bewijsmiddelen aanreiken om het aan appellante verschuldigde bedrag vast te stellen".²⁴ De opgesomde artikelen betroffen eveneens de verplichting van de aanbestedende overheid om, indien werken tegen een andere dan een globale prijs worden uitgevoerd, de diverse elementen tot vaststelling van de te betalen bedragen, op tegenspraak vast te stellen. Deze tegensprekelijke vaststelling kan ook gebeuren bij betwisting over de uitgevoerde werken.

Wij zien niet goed in wat deze rechtspraak anders zou bevestigen dan dat de aanbestedende overheid een bewijsplicht heeft en een motiveringsplicht, wanneer zij de vorderingsstaat van de aannemer verbetert. Dit volgt volgens ons trouwens ook uit het geciteerde arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen van 2 december 1999: "dat appellante [de aannemer] haar vorderingsstaten op ernstige wijze moet indienen, terwijl [het bestuur] deze vorderingsstaten op ernstige wijze moet verbeteren" (*cf. supra*, randnummer 14).

Tweede strekking: ook het bestuur heeft een verantwoordelijkheid ten aanzien van de bewijsvoering

16. De tweede strekking in de rechtsleer vertrekt van het uitgangspunt dat de aanbestedende overheid de bewijslast draagt dat de bedragen op de vorderingsstaat vermeld door de aannemer niet correct zijn. Deze strekking wordt gedragen door overvloedige rechtspraak.

17. Volgens deze rechtsleer is er aan de verificatieverplichting vervat in artikel 95, § 2 KB AUR 2013 een materiële motiveringsplicht verbonden. Het bestuur moet op basis van deze motiveringsplicht objectief kunnen aantonen waarom het oordeelt dat sommige posten van de vorderingsstaat niet in overeenstemming zouden zijn met de fysieke realiteit op de werf en waarom de in de plaats te stellen gegevens dit wel zouden zijn.²⁵

Vertaald naar de termen van het contractenrecht, is de bestuurlijke plicht om nauwgezet en diligent de vorderingsstaten van de aannemer te verifiëren, te herleiden tot de plicht om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren conform artikel 1134 Burgerlijk Wetboek. Deze strekking in de rechtsleer verwijst daarnaast ook naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (de motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel).²⁶ Voor de 'klassieke' administratieve contracten, zoals overheidsopdrachten voor aanneming van werken, wordt immers aanvaard dat een bijzonder rechtskader geldt. Dit rechtskader wordt gekenmerkt door bijzondere wettelijke bepalingen enerzijds en door het doorwerken van de algemene

23 Respectievelijk de gedetailleerde staat van de werken die de aannemer voegt aan – en ter ondersteuning van – de overeenstemmende schuldvordering die hij indient, de door het bestuur ter beschikking gestelde opmeting, en het dagboek der werken.

24 Antwerpen 30 juni 1998, onuitg., geciteerd in C. LENDERS, "Kroniek van rechtspraak: uitvoering van overheidsopdrachten – de algemene aannemingsvoorwaarden (1998-2003)", *TBO* 2004, (110) 118.

25 D. VAN ROMPAEY, "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, § 1 AAV", *TOGOR* 1999, (314) 322-323, nr. 11.

26 D. VAN ROMPAEY, "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, § 1 AAV", *TOGOR* 1999, (314) 320-321, nr. 9.

(rechts)beginselen, waaronder de beginselen van behoorlijk bestuur anderzijds.²⁷ Bijgevolg dient te worden aangenomen dat de beginselen van behoorlijk bestuur, met inbegrip van de materiële motiveringsplicht, ook van toepassing zijn op het contractueel handelen van de aanbestedende overheid.

Als wezenlijke waarborg tegen overheidswillekeur, vloeit deze motiveringsplicht tevens voort uit de verplichtingen voor de aanbestedende overheid om een proces-verbaal van nazicht van de vorderingstaat op te maken (art. 95, § 2, 2° KB AUR 2013), een tegensprekelijk dagboek van de werken bij te houden (art. 83 KB AUR 2013) en tegensprekelijke opmetingen uit te voeren bij opdrachten tegen prijslijst en voor de posten met vermoedelijke hoeveelheden van de gemengde opdrachten (art. 40 KB AUR 2013). Deze verplichtingen houden in dat de aanbestedende overheid aldus binnen het raam van haar instructie- en controlebevoegdheid over de werf de nodige appreciatiedocumenten moet verzamelen en/of redigeren inzake de werkelijk verrichte prestaties en hun waardebeoordeling.²⁸

Wanneer er geen dergelijk proces-verbaal wordt opgesteld, noch een tegensprekelijk dagboek van de werken wordt bijgehouden, noch tegensprekelijke opmetingen worden uitgevoerd, is er immers geen enkel stavingsstuk voorhanden in het licht waarvan de verbetering door de aanbestedende overheid van de vorderingstaat van de aannemer kan worden beoordeeld.

D. Van Rompaey citeert in zijn artikel "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, § 1 AAV" overvloedige onuitgegeven rechtspraak die deze stelling ondersteunt. Deze rechtspraak bevat een aantal krachtige principes. Zo oordeelde het Hof van Beroep van Brussel in een arrest van 6 mei 1992 dat "het bestuur niet willekeurig kan te werk gaan bij de ambtshalve vaststelling der prijzen" alsook "dat het bestuur moet kunnen verantwoorden waarom het de prijzen reduceert op een bepaalde manier". Voorts haalt deze auteur nog een vonnis van 9 januari 1997 van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Turnhout aan, waarin de bestuurspraktijk van ongemotiveerde schrapingen in de vorderingstaten werd verworpen.²⁹

18. D. Van Rompaey gaat nog verder en ziet zelfs in het voormalige artikel 15, § 1, 2° AAV, waarvan de inhoud nu is overgenomen in artikel 95, § 2 KB AUR 2013, een formele motiverings- en kennisgevingsplicht. Dit leidt hij af uit de expliciete vermelding van het woord "proces-verbaal" in het artikel. Hij oordeelt dat elk dubbel gebruik *a priori* uitgesloten moet worden. Bijgevolg ziet hij in artikel 15, § 1, 2° AAV twee afzonderlijke verplichtingen ten laste van het bestuur: het verbeteren van de vorderingstaat en het opstellen van een proces-verbaal met vermelding van het bedrag dat het verschuldigd acht te zijn. Hij komt vervolgens tot het besluit dat het proces-verbaal dus noodzakelijk een complementaire functie vervult. Meer bepaald zal daarin de verklaring moeten gegeven worden voor de in de vorderingstaat aangebrachte wijzigingen en waarvoor het bestuur dan zal putten uit de voordien tegensprekelijk tot stand gebrachte aantekeningen. Ook uit de redactie van het nieuwe artikel 95, § 2 KB AUR 2013 kan worden afgeleid dat de bedoeling van het

27 K. LEUS, "Deel 1: Overeenkomsten met de overheid of overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang" in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten. Stap voor stap (2de editie)*, Larcier, Brussel, 2013, (507) 527-528.

28 D. VAN ROMPAEY, "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, § 1 AAV", *TOGOR* 1999, (314) 322-323, nr. 11.

29 D. VAN ROMPAEY, "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, § 1 AAV", *TOGOR* 1999, (314) 323-326, nr. 11.

proces-verbaal er niet alleen in bestaat een bepaald verschuldigd bedrag te vermelden, maar ook de staat van de werken te vermelden die voor betaling zijn aanvaard. Anders gezegd, het doel van het proces-verbaal is op een gemotiveerde wijze te kunnen bewijzen wat aanvaard wordt, wat geweigerd wordt en waarom posten geweigerd worden.³⁰

3.2.2. De termijnen voor nazicht en opstellen van het proces-verbaal: 30 dagen

19. De aanbestedende overheid moet overeenkomstig artikel 95, § 2 KB AUR 2013 de staat van de werken van de aannemer nazien, desnoods het bedrag ambtshalve vaststellen en vervolgens het proces-verbaal opstellen binnen de 30 dagen te rekenen vanaf de datum van ontvangst van de schuldvordering en de gedetailleerde staat van de gerealiseerde werken van de aannemer. Deze verificatietermijn van 30 dagen vloeit voort uit de Europese verplichting om de verificatietermijn voor het nazicht van de geleverde diensten in de regel niet meer dan 30 kalenderdagen te laten bedragen.³¹

Door het nazicht binnen deze korte tijdspanne te eisen, wenst de Europese wetgever de aannemer in staat te stellen om te kunnen werken zonder al te veel in de eigen financiële reserves te moeten tasten en/of een beroep te moeten doen op externe financiering.³² Om dezelfde redenen eiste de Belgische wetgever onder het KB AUR 1996 al het 'onverwijld' nazicht.³³

20. Een dergelijke verificatietermijn stemt overeen met de verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren. Een aannemer dient zijn vorderingsstaten in voor de tot dan uitgevoerde werken. Wanneer het bestuur daaraan wijzigingen aanbrengt en daartoe onredelijk lang wacht, *i.e.* in de regel meer dan 30 dagen, verliest de aannemer de mogelijkheid om aan de hand van de fysieke staat van de werken aan te tonen dat het gevorderde overeenstemt met de realiteit. De werf evolueert immers voortdurend door de vorderende werken.

Het tijdig nazicht kadert bijgevolg ook in het recht op tegenspraak voor de aannemer en moet hem de garantie bieden dat hij de mogelijkheid behoudt om tegenspraak te voeren.³⁴

21. Particulieren en ondernemingen kunnen voor opdrachten die vóór 1 juli 2013 zijn bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, het recht op verificatie binnen de 30 dagen niet afdwingen op basis van de Richtlijn 2011/07/EU of het KB AUR 2013. Artikel 12.4 van de Richtlijn 2011/07/EU bepaalt immers: "bij de omzetting van deze richtlijn beslissen de lidstaten over de eventuele uitsluiting van overeenkomsten die voor 16 maart 2013 zijn gesloten". In ons recht is dit effectief gebeurd. Het KB van 2 juni 2013 heft onder meer het KB AUR 1996 op, maar bepaalt in artikel 5: "De voormelde be-

30 D. VAN ROMPAEY, "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, § 1 AAV", *TOGOR* 1999, (314) 326-327, nr. 12.

31 Deze verificatietermijn van 30 dagen vloeit voort uit art. 4, § 5 van de Richtlijn 2011/7/EU: "De lidstaten zorgen ervoor dat de duur van een procedure voor aanvaarding of verificatie als bedoeld in lid 3, onder a), iv) niet meer dan 30 kalenderdagen bedraagt vanaf de datum van ontvangst van de goederen of diensten, tenzij in de overeenkomst en in eventuele aanbestedingsdocumenten uitdrukkelijk anders is overeengekomen en mits daarbij geen sprake is van kennelijke onbillijkheid jegens de schuldeiser in de zin van artikel 7."

32 Overwegingen 3 en 26 uit Richtlijn 2011/07/EU, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 1 en 3.

33 D. VAN ROMPAEY, "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, §1 AAV", *TOGOR* 1999, (314) 328, nr. 13.

34 D. VAN ROMPAEY, "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, §1 AAV", *TOGOR* 1999, (314) 322-323, nr. 11.

sluiten (waaronder het oude AUR, eigen toevoeging) blijven evenwel toepasselijk op de overheidsopdrachten, (...) die vóór 1 juli 2013 zijn bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie of in het Bulletin der Aanbestedingen (...)."

22. Voor de opdrachten die vóór 1 juli 2013 zijn bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, geldt bijgevolg nog het "onverwijld" nazicht zoals vervat in het vroegere artikel 15, § 1, 2° AAV. Desondanks zou voor deze opdrachten de discussie omtrent de invulling van het begrip 'onverwijld' snel kunnen uitdoven.

Immers, na de inwerkingtreding van de Richtlijn 2011/07/EU kan in deze uiteraard inspiratie worden gevonden voor de invulling van het begrip 'onverwijld' en meer bepaald in artikel 4 ervan, "Transacties tussen ondernemingen en overheidsinstanties". Aansluitend kan ook inspiratie gevonden worden in het nieuwe artikel 95, § 2 KB AUR 2013, dat de Richtlijn 2011/07/EU omzet in het Belgisch recht. De Belgische en Europese regelgevers leggen op om de verificatietermijn voor het nazicht van de geleverde goederen te beperken tot 30 dagen. Er valt dus zeer sterk te beargumenteren dat de term 'onverwijld' in artikel 15, § 1, 2° AAV maximaal 30 dagen bedraagt.

Een dergelijke termijn van maximaal 30 dagen stemt ook overeen met de verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren en kadert tevens in het recht op tegenspraak voor de aannemer (*cf. supra*, randnummer 20).³⁵

Ook recente rechtspraak volgt de stelling dat de verificatieplicht van de aanbestedende overheid onder het KB AUR 1996 uitgevoerd moet worden binnen de 30 dagen:

– Rechtbank van Eerste Aanleg van Brugge van 31 januari 2013:

"Artikel 15 §1, 2° AAV schrijft voor dat de aanbestedende overheid die de ingediende staat van de werken na ontvangst van de schuldvordering inziet, "onverwijld" een proces-verbaal dient op te maken met vermelding van het bedrag dat ze werkelijk verschuldigd acht te zijn en de aannemer schriftelijk moet kennis geven van de staat van de werken die voor betaling zijn aanvaard; terzelfdertijd verzoekt de overheid de aannemer om binnen de 5 dagen de factuur op te stellen voor hetzelfde bedrag. De aanbestedende overheid beschikt over 30 dagen om deze verrichtingen uit te voeren; ..."³⁶;

– Rechtbank van Eerste Aanleg van Antwerpen van 18 juni 2013:

"Verweerster beschikt overeenkomstig artikel 15 §1, 2° laatste lid AAV ingeval van betaling van het saldo van de opdracht over een termijn van 30 kalenderdagen om voormelde verrichtingen uit te voeren. (...)"³⁷

3.2.3. Uitnodiging tot facturatie

23. Samen met de kennisgeving door het bestuur aan de aannemer van de staat van de werken die voor betaling wordt aanvaard en van het bedrag dat het bestuur zich verschuldigd acht te zijn, dient het bestuur de aannemer uit te nodigen tot facturatie voor dat bedrag.

35 *Ibid.*

36 Rb. Brugge 31 januari 2013, 12/163/A, onuitg.

37 Rb. Antwerpen 18 juni 2013, 12/1310/A, onuitg.

Wanneer de aannemer voor dat bedrag factureert, behoudt hij al zijn rechten voor het meergevorderde in zijn verklaring van schuldvordering. Dit is uitdrukkelijk zo bepaald wanneer het bestuur de prijzen die nog niet waren overeengekomen, ambtshalve vaststelt overeenkomstig artikel 95, § 2, tweede lid, 1° KB AUR 2013. Evenzeer moet dit gelden wanneer het bestuur de hoeveelheden niet heeft aangenomen.

3.3 **Verplichting tot betaling van het bestuur**

3.3.1 Wettelijke bepaling

24. Na inwerkingtreding van het reparatie-KB van 22 mei 2014 bepaalt artikel 95, §§ 3 - 5 KB AUR 2013:

“§ 3 De betaling van het aan de aannemer verschuldigde bedrag vindt plaats binnen een termijn van dertig dagen vanaf de datum van beëindiging van de in paragraaf 2 bedoelde verificatie, voor zover de aanbestedende overheid tegelijk over de regelmatig opgemaakte factuur beschikt, alsook over de andere, eventueel vereiste documenten.

De in het eerste lid bedoelde betalingstermijn bedraagt zestig dagen voor de opdrachten geplaatst door aanbestedende overheden die gezondheidszorg verstrekken en die specifiek voor dat doel zijn erkend, zij het enkel voor de werken verbonden aan die specifieke activiteit.

§ 4 Wanneer in afwijking van paragraaf 2 in de opdrachtdocumenten is bepaald dat er geen verificatie plaatsvindt, is de betalingstermijn niet langer dan een van de volgende termijnen, al naargelang:

1° dertig dagen na de datum van ontvangst door de aanbestedende overheid van de schuldvordering;

2° indien de datum van ontvangst van de schuldvordering niet vaststaat, dertig dagen na de datum van de ontvangst van de gedetailleerde staat van de gerealiseerde werken;

3° indien de aanbestedende overheid de schuldvordering eerder ontvangt dan de realisatie van de werken, vastgesteld door de gedetailleerde staat van de gerealiseerde werken, dertig dagen na de realisatie van de werken.

§ 5 Voor zover geen toepassing is gemaakt van paragraaf 4 en dus een verificatie plaatsvindt, wordt in geval van overschrijding van de toepasselijke verificatietermijn, de betalingstermijn verminderd naar rato van het aantal dagen overschrijding van de verificatietermijn.

Omgekeerd wordt de betalingstermijn geschorst naar rato van het aantal dagen:

1° overschrijding van de termijn van vijf dagen die door § 2, tweede lid, 2°, aan de aannemer wordt verleend om zijn factuur in te dienen;

2° dat nodig is om het antwoord van de aannemer te ontvangen, wanneer de aanbestedende overheid hem, in het kader van de hoofdelijke aansprakelijkheid, moet ondervragen over het werkelijke bedrag van zijn sociale of fiscale schuld als bedoeld in artikel 30bis, §4 en 30ter, §4, van de wet 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, respectievelijk artikel 403 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.”

Deze bepaling moet samen worden gelezen met artikel 9 KB AUR 2013. Dit artikel voorziet in een aantal strikt geformuleerde uitzonderingen op het verbod op verlenging van de betalings- en verificatietermijn (*cf. infra*, randnummer 32).

3.3.2 De betalingstermijn van het bestuur – betaling binnen dwingende termijnen

25. De Europese en de Belgische wetgever eisen betaling binnen strikte termijnen na ontvangst van de vorderingsstaat om te vermijden dat de aannemer al te veel in de eigen financiële reserves moet tasten en/of een beroep moet doen op externe kredieten om de werken te kunnen uitvoeren.³⁸

Het reparatie-KB van 22 mei 2014 voorziet in beginsel in één betalingstermijn van 30 dagen, te rekenen vanaf de datum van de (feitelijke) beëindiging van de verificatie bedoeld in artikel 95, § 2 KB AUR 2013. Deze betalingstermijn geldt voor zover de aanbestedende overheid over de regelmatig opgemaakte factuur beschikt, alsook over de andere, eventueel vereiste documenten die op de betaling zelf betrekking hebben. Zo kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het antwoord dat de aannemer de aanbestedende overheid, in het kader van de hoofdelijke aansprakelijkheid, verschuldigd zou zijn over het werkelijke bedrag van zijn sociale of fiscale schulden.³⁹ Het reparatie-KB van 22 mei 2014 stapt af van de onderscheiden betalingsregeling voor saldo- en éénmalige betalingen voor opdrachten gesloten vóór en na 16 maart 2013 zoals vervat in het oorspronkelijke KB AUR 2013. Dit onderscheid had immers weinig zin, daar de bepalingen van het oorspronkelijk KB AUR 2013, met inbegrip van de betalingsregels, maar toepasselijk zijn op de opdrachten geplaatst vanaf 1 juli 2013, zijnde de datum van inwerkingtreding van dat besluit. Die opdrachten zijn per definitie gesloten na 16 maart 2013.

Deze termijn bedraagt conform artikel 95, § 3, tweede lid KB AUR 2013, 60 dagen vanaf de datum van de (feitelijke) beëindiging van de verificatie voor opdrachten geplaatst door aanbestedende overheden die gezondheidszorg verstrekken en die specifiek voor dat doel zijn erkend, zij het dat dit enkel geldt voor de werken verbonden aan die specifieke activiteit.

In geval van overschrijding van de toepasselijke verificatietermijn worden deze betalingstermijnen conform artikel 95, § 5, eerste lid KB AUR 2013 verminderd naar rato van het aantal dagen overschrijding van de verificatietermijn (*cf. infra*, randnummer 46).

26. Ingeval voor een bepaalde opdracht niet in een verificatie als bedoeld in artikel 95, § 2 KB AUR 2013 zou zijn voorzien, dan is de betalingstermijn niet langer dan 30 dagen na de datum van ontvangst door de aanbestedende overheid van de schuldvordering.

Indien de opdracht niet in een verificatietermijn voorziet en de datum van ontvangst van de schuldvordering niet vaststaat, bedraagt de betalingstermijn 30 dagen na de datum van de ontvangst van de gedetailleerde staat van de gerealiseerde werken.

Indien er niet in een verificatietermijn zou zijn voorzien en indien de aanbestedende overheid de schuldvordering eerder ontvangt dan de realisatie van de werken, dient de betaling binnen de 30 dagen na de realisatie van de werken te geschieden.

38 Overweging 3 uit Richtlijn 2011/07/EU, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 1.

39 Verslag aan de Koning bij art. 9 reparatie-KB van 22 mei 2014, *BS* 30 mei 2014, 41.993.

3.3.3 Startpunt van de betalingstermijn

27. Het reparatie-KB van 22 mei 2014 wijzigt het vertrekpunt van de betalingstermijn. Voortaan gaat de betalingstermijn van 30 dagen in vanaf de datum van de (feitelijke) beëindiging van de verificatie bedoeld in artikel 95, § 2 KB AUR 2013.

Oorspronkelijk voorzag artikel 15 AAV dat de betaling moest plaatsvinden binnen de betalingstermijn van 60 dagen na indiening van de vorderingsstaat. De regel werd veranderd door het KB AUR 2013. Het KB AUR 2013 voorzag dat de betaling moest plaatsvinden binnen de betalingstermijn van 30 dagen vanaf het verstrijken van de verificatietermijn. De termijn bedroeg 60 dagen voor opdrachten geplaatst door aanbestedende overheden die gezondheidszorg verstrekken. Door deze formulering leek het dat de betalingstermijn in alle gevallen maar begon te lopen na het verstrijken van de volle verificatietermijn van 30 dagen. Dit strookte niet met artikel 4, lid 3, a), iv) Richtlijn 2011/7/EU, waarin de datum van aanvaarding of verificatie als uitgangspunt werd genomen. Het reparatie-KB van 22 mei 2014 bracht verandering aan het KB AUR 2013. Voortaan is de betalingstermijn gekoppeld aan de datum van de (feitelijke) beëindiging van de verificatie. Deze aanpassing heeft uitsluitend voordelen wanneer een aannemer te maken heeft met een ijverige aanbestedende overheid. Als de aanbestedende overheid de verificatie bijvoorbeeld beëindigt op de vijftiende dag van de verificatietermijn, zal de betalingstermijn reeds aanvangen op de zestiende dag. De aannemer hoeft met andere woorden niet langer het verstrijken van de termijn van 30 dagen af te wachten.⁴⁰

Wanneer de aanbestedende overheid zijn verificatieplicht daarentegen te laat nakomt, dan zal de betalingstermijn pas later starten. Dit zal echter weinig tot geen verschil uitmaken met de vroegere regeling, nu overeenkomstig artikel 95, § 5 KB AUR 2013, zoals ingevoerd door het reparatie-KB van 22 mei 2014, de betalingstermijn wordt ingekort met het aantal dagen van de overschrijding van de verificatietermijn en dat conform artikel 9, § 2, tweede lid, 3° KB AUR 2013 de betalingstermijn in geen geval (dus ook niet als de verificatietermijn *de facto* langer is) langer mag zijn dan 60 dagen.

28. Conform de vroegere rechtspraak en rechtsleer is de start van de betalingstermijn onafhankelijk van:

- de datum waarop de vorderingsstaat door de ontwerper van het project werd goedgekeurd⁴¹;
- de verbetering door het bestuur, om reden dat zij niet akkoord ging met het bedrag door de aannemer gevorderd⁴²;
- de aanvraag door het bestuur van een verklaring van schuldvordering, in de hypothese dat de aannemer enkel een gedetailleerde staat van de werken heeft overgemaakt⁴³;
- het uitblijven van een uitnodiging door het bestuur aan de aannemer om een factuur op te maken voor het aanvaarde bedrag⁴⁴;

40 Verslag aan de Koning bij art. 9 reparatie-KB van 22 mei 2014, BS 30 mei 2014, 41.992.

41 Rb. Brussel 19 september 1996, *Res Jur. Imm.* 1996, 103.

42 Rb. Brussel 7 juni 1984, *T.Aann.* 1985, 39.

43 Gent 18 april 1986, *RW* 1986-87, 2374 en *T.Aann.* 1987, 92.

44 Antwerpen 25 november 2011, *OOO* 2012, afl. 2, 294.

- het opstellen van een factuur door de aannemer of de ontvangst van de factuur door het bestuur⁴⁵;
- de weigering door het bestuur om het gevorderde bedrag te aanvaarden. In dat geval mag het bestuur de betaling niet tot in het oneindige uitstellen, maar moet zij, desnoods ambtshalve, een prijs voorstellen, met behoud van de rechten van de aannemer.⁴⁶

Daarentegen doet de verzending van de vorderingsstaat aan de architect of het studie-bureau of de kwaliteit-kwantiteitsbewaker, of andere, de betalingstermijn niet lopen.⁴⁷

De betalingstermijn geldt evenzeer wanneer de schuldvordering van de aannemer onnauwkeurigheden zou bevatten en ze ter verbetering moet worden teruggestuurd.⁴⁸ Artikel 95 KB AUR 2013 houdt immers rekening met de mogelijkheid dat het bestuur niet akkoord gaat met de inhoud van de vorderingsstaat van de aannemer, evenwel zonder dat discussies daaromtrent of het vaststellen van gebreken een verlenging van de betalingstermijn met zich meebrengt. De aanbestedende overheid kan dus niet van de aannemer eisen dat er een nieuwe vorderingsstaat zou worden opgesteld (*cf. infra*, randnummer 32 e.v.).⁴⁹

3.4 Afwijkingen van de verificatie- en betalingstermijn

3.4.1. Wettelijke bepalingen

29. Artikel 9, §§ 2-3 KB AUR 2013 bepaalt:

“§ 2. Volgende afwijkingen door de opdrachtdocumenten zijn verboden en elk andersluidend beding wordt voor niet-geschreven gehouden:

1° het verlengen van de betalingstermijnen bepaald in de artikelen 95, §§ 3 tot 5, 127 en 160, dit onverminderd het bepaalde in artikel 68;

2° het verlengen van de verificatietermijnen bepaald in de artikelen 95, §2, 120, tweede lid, en 156, eerste lid;

Onverminderd de paragrafen 1 en 4, is het eerste lid, 1°, niet toepasselijk mits is voldaan aan de volgende voorwaarden:

1° de opdrachtdocumenten voorzien uitdrukkelijk in een langere betalingstermijn en;

45 Bergen 9 oktober 2009, *T.Aann.* 2010, afl. 3, 267 (in het bijzonder 270), noot I. COOREMAN en K. PHILIPS.

46 Antwerpen 25 november 2011, *OOO* 2012, afl. 2, 294.

47 M-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten (deel 2) zesde uitgave*, Brussel, Nationale Confederatie van het bouwbedrijf, 1996-1997, 283.

48 M-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten (deel 2) zesde uitgave*, Brussel, Nationale Confederatie van het bouwbedrijf, 1996-1997, 287 e.v.

49 Verslag aan de Koning bij art. 9 reparatie-KB van 22 mei 2014, *BS* 30 mei 2014, 41.993: “Wat betreft de aan het vertrek van de betalingstermijn gestelde voorwaarde dat de aanbestedende overheid tegelijk over de regelmatig opgemaakte factuur alsook over de andere eventueel vereisten documenten zou beschikken, wordt er voor alle duidelijkheid nog op gewezen dat met de ‘andere vereiste documenten’ niet zozeer verificatiedocumenten worden bedoeld – die dienen overeenkomstig artikel 95, §§ 1 en 2, immers reeds bij de schuldvordering te zijn gevoegd – dan wel eventuele documenten die op de betaling zelf betrekking hebben.”

2° deze afwijking is objectief gerechtvaardigd op grond van de bijzondere aard of eigenschappen van de opdracht en, op straffe van nietigheid, uitdrukkelijk gemotiveerd in het bestek en;

3° de betalingstermijn is in geen geval langer dan zestig dagen.

Onverminderd de paragrafen 1 en 4, is het eerste lid, 2°, niet toepasselijk mits is voldaan aan de volgende voorwaarden:

1° de opdrachtdocumenten voorzien uitdrukkelijk in een langere verificatietermijn; en

2° deze afwijking is objectief gerechtvaardigd op grond van de bijzondere aard of eigenschappen van de opdracht en, op straffe van nietigheid, uitdrukkelijk gemotiveerd in het bestek; en

3° de verlenging bevat jegens de opdrachtnemer geen kennelijke onbillijkheid als bedoeld in paragraaf 3.

§ 3 Een contractuele bepaling of een praktijk die jegens de opdrachtnemer een kennelijke onbillijkheid behelst, zal met betrekking tot de datum of termijn voor verificatie of betaling, de intrestvoet voor betalingsachterstand of de vergoeding van invorderingskosten voor niet-geschreven worden gehouden.

Bij de beoordeling van de vraag of een contractuele bepaling of een praktijk jegens de opdrachtnemer een kennelijke onbillijkheid behelst, worden alle omstandigheden in aanmerking genomen, inzonderheid:

1° elke aanmerkelijke afwijking van de goede handelspraktijken die in strijd is met de goede trouw en de eerlijke behandeling;

2° de aard van de werken, leveringen of diensten;

3° de vraag of de aanbestedende overheid objectieve redenen heeft om af te wijken van de in de artikelen 95, § 2, 120, tweede lid, en 156, eerste lid, bedoelde verificatietermijn alsook van de in de artikelen 95, §§ 3 tot 5, 127 en 160 bedoelde betalingstermijn.

Voor de toepassing van deze paragraaf:

1° worden als kennelijk onbillijk beschouwd, contractuele bedingen en praktijken die de betaling van intrest voor betalingsachterstand uitsluiten;

2° worden als vermoedelijk kennelijk onbillijk beschouwd, de contractuele bedingen en praktijken die een vergoeding van invorderingskosten uitsluiten.”

30. Artikel 95, § 5, tweede lid KB AUR 2013 bepaalt:

“Omgekeerd wordt de betalingstermijn geschorst naar rato van het aantal dagen:

1° overschrijding van de termijn van vijf dagen die door § 2, tweede lid, 2°, aan de aannemer wordt verleend om zijn factuur in te dienen;

2° dat nodig is om het antwoord van de aannemer te ontvangen, wanneer de aanbestedende overheid hem, in het kader van de hoofdelijke aansprakelijkheid, moet ondervragen over het werkelijke bedrag van zijn sociale of fiscale schuld als bedoeld in artikel 30bis, § 4, en 30ter, § 4, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, respectievelijk artikel 403 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.”

3.4.2. Principieel verbod op afwijkingen

31. Net zoals onder de oude regeling, mag krachtens artikel 9, § 2, eerste lid, 1° KB AUR 2013⁵⁰ in beginsel niet afgeweken worden van de betalingstermijnen. Elk andersluidend beding wordt voor niet-geschreven gehouden. Het verbod op de verlenging van de betalingstermijnen geldt onverminderd het bepaalde in artikel 68 KB AUR 2013. Dit artikel voorziet meer bepaald in de schorsing van de betalingstermijn in geval van verzet tegen de betaling of van derdenbeslag ten laste van de opdrachtnemer. Sedert de invoering van het KB AUR 2013 is krachtens artikel 9, § 2, eerste lid, 2° KB AUR 2013 ook een verlenging van de verificatietermijn verboden.

Artikel 9, § 2 KB AUR 2013 beoogt met de invoering van dit verbod op verlenging van de verificatie- en betalingstermijn – net zoals dit reeds het geval was met artikel 3 KB AUR 1996 – te verhinderen dat het evenwicht tussen de rechten en de verplichtingen van het bestuur en de opdrachtnemer wordt verstoord.⁵¹

3.4.3. Uitzonderingen op het principieel verbod op afwijkingen

32. Het tweede en derde lid van artikel 9, § 2 KB AUR 2013 omvatten enkele nieuwe bepalingen waarmee wordt voorzien in een aantal strikt geformuleerde uitzonderingen op het verbod om de verificatie- en betalingstermijn te verlengen.⁵² Dit is een belangrijke nieuwigheid ten opzichte van het vroegere artikel 3 KB AUR 1996, waar de termijnen waarbinnen volgens artikel 15 AAV de betalingen werden geregeld, in geen geval door het bestek verlengd konden worden.

33. Voor de verlenging van de verificatie- en betalingstermijn gelden vooreerst de algemene (gemeenschappelijke) geldigheidsvoorwaarden. De verlenging moet aldus uitdrukkelijk voorzien zijn in de opdrachtdocumenten en opgenomen in een specifieke lijst vooraan in het bestek. Ook moet de verlenging objectief te rechtvaardigen zijn door de bijzondere aard of eigenschappen van de opdracht, waarbij deze motieven op straffe van nietigheid in de opdrachtdocumenten moeten weergegeven worden. Deze laatste voorwaarde impliceert aldus dat de beslissing tot verlenging door de aanbestedende overheid gedragen moet worden door feitelijk en juridisch juiste motieven.⁵³ De wetgever lijkt met de zin “de bijzondere aard of eigenschappen van de opdracht” een-

50 De bepalingen van art. 9, §§ 2 en 3 KB AUR 2013 betreffende het verbod op verlenging van de betalings- en verificatietermijnen, zijn eveneens van toepassing op bepaalde soorten overheidsopdrachten die krachtens artikel 6 KB AUR 2013 zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van dit KB. Het betreft enkele gevallen van onderhandelingsprocedure voor de opdrachten voor leveringen, rekening houdend met de volledig buiten de norm vallende voorwaarden van de modaliteiten voor het sluiten van de opdrachten in kwestie, alsook, ongeacht de procedure, de opdrachten voor financiële diensten, en de gezondheids- en sociale diensten alsook de in art. 33, § 2 van de wet van 15 juni 2006 bedoelde opdrachten voor juridische diensten. Uit het Verslag aan de Koning bij art. 5 reparatie-KB van 22 mei 2014 blijkt de bedoeling van de wetgever om niet enkel de bepalingen van art. 9, §§ 2 en 3 KB AUR 2013 van toepassing te laten verklaren op voormelde opdrachtcategorieën, maar tevens de in die bepalingen vermelde artikelen inzake de betalingsregels.

51 I. COOREMAN en L. PEETERS, “Betalingen en uitvoeringsmoeilijkheden bij overheidsopdrachten van werken: de toepassing van artikel 15 en artikel 16 algemene aannemingsvoorwaarden (AAV)”, *O&O* 2011, afl. 1, (63) 66, nr. 15.

52 Het verbod op verlenging van de verificatie- en betalingstermijn en de strikt geformuleerde uitzonderingen erop vloeien voort uit art. 4, §§ 5 en 6 van de Richtlijn 2011/07/EU. De Europese wetgever bepaalt in art. 4, § 5 van de Richtlijn 2011/07/EU dat er van de verificatietermijn enkel kan worden afgeweken wanneer dit in de overeenkomst of in eventuele aanbestedingsdocumenten uitdrukkelijk anders is overeengekomen en mits daarbij geen sprake is van kennelijke onbillijkheid ten aanzien van de schuldeiser. Conform artikel 4, § 6 van de Richtlijn 2011/07/EU is een afwijking van de vastgestelde betalingstermijn enkel mogelijk wanneer dit in de overeenkomst uitdrukkelijk anders is overeengekomen en de bijzondere aard of eigenschappen van het contract dit objectief rechtvaardigen. De betalingstermijn mag volgens de Richtlijn 2011/07/EU in geen geval meer dan 60 dagen bedragen.

53 B. GHEYSENS, “Hoofdstuk I – Algemene bepalingen: artikel 9” in S. VAN GARSSÉ (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten. Koninklijk besluit van 14 januari 2013*, Brussel, Politeia, 2013, (58) 65, nr. 3.

zelfde bedoeling te hebben gehad als de bijzondere eisen van de beschouwde opdracht waarvan sprake in artikel 3, § 1, tweede lid KB AUR 1996. Onder de oude regeling werden afwijkingen die voornamelijk de bedoeling hadden om de aanbestedende overheid ten koste van de aannemer extra liquiditeit te verschaffen als niet noodzakelijk beschouwd wegens de bijzondere eisen van de opdracht.⁵⁴ Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde op haar beurt dat afwijkingen die enkel en alleen verband houden met de organisatie en coördinatie van de werfwerkzaamheden evenmin noodzakelijk zijn wegens de bijzondere eisen van de opdracht.⁵⁵ Aangezien zowel de nieuwe als de oude regeling vertrekken van hetzelfde uitgangspunt, blijft deze rechtspraak en rechtsleer ons inziens relevant.

Aangezien de motieven om af te wijken van de vooropgestelde verificatie- en betalingstermijnen op straffe van nietigheid in de opdrachtdocumenten weergegeven moeten worden, zal een aanbestedende overheid, die wenst af te wijken van deze termijnen, op dezelfde manier tewerk moeten gaan als wanneer zij wenst af te wijken van andere artikelen die de harde kern uitmaken van de algemene uitvoeringsregels. Afwijkingen zijn mogelijk onder de beperkende voorwaarde dat deze uitdrukkelijk en afdoende gemotiveerd worden in het bestek op grond van de bijzondere eisen van de opdracht (formele motiveringsplicht). Wanneer niet aan deze beperkende voorwaarden is voldaan, is de afwijking nietig.⁵⁶

34. Daarnaast gelden voor de verlenging van de verificatie- en betalingstermijn nog enkele specifieke voorwaarden. Artikel 9, § 2, tweede lid, 3° KB AUR 2013 legt een absolute begrenzing van de betalingstermijn vast op 60 dagen. Vervolgens mag de verlenging van de betalingstermijn, alsook de verlenging van de verificatietermijn op grond van artikel 9, § 2, derde lid, 3° KB AUR 2013, geen kennelijke onbillijkheid bevatten ten opzichte van de opdrachtnemer.

35. Alle contractuele bedingen en praktijken met betrekking tot de datum of de termijn voor verificatie of betaling kunnen als kennelijk onbillijk worden beschouwd waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van de opdracht en in het bijzonder met:

- elke aanmerkelijke afwijking van de goede handelspraktijken die in strijd is met de goede trouw en de eerlijke behandeling;⁵⁷
- de aard van de werken;
- de vraag of de aanbestedende overheid objectieve redenen heeft om af te wijken van de verificatie- of betalingstermijn.

Elke kennelijk onbillijke bepaling of praktijk wordt voor niet-geschreven gehouden. Aangezien de wetgever zowel spreekt over bepalingen als over praktijken, lijkt deze regel

54 A. ECKHOUT, "Afwijkingen van Algemene Aannemingsvoorwaarden" in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2008-2009*, Brussel, EBP Publishers, 2009, (205) 206, nr. 21.

55 Antwerpen 2 mei 2000, *AJT* 2001-02, 35.

56 C. DE KONINCK, P. FLAMEY en J. BOSQUET, "De uitvoering van overheidsopdrachten na het KB van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken", *RW* 2012-13, afl. 42, (1642) 1647, nr. 21.

57 Voor een goed begrip van het begrip 'kennelijk' kan worden verwezen naar art. II-9:405 van de Common Frame of Reference (zie overweging 28 van de Richtlijn 2011/07/EU, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 4). Uit de begeleidende commentaar in het kader van dit art. II-9:405 kan worden afgeleid dat voornamelijk standaardbepalingen geïnterpreteerd worden. Clausules die tot stand komen na individuele onderhandelingen worden niet geïnterpreteerd.

zich niet te beperken tot de opdrachtdocumenten zelf. Dit verbod geldt voortaan ook uitdrukkelijk voor de handelingen van de aanbestedende overheid erna, in de fase van de uitvoering.

36. Vóór de invoering van het reparatie-KB van 22 mei 2014 stelden sommige auteurs dat het niet kennelijk onbillijk zou zijn om in het bestek een bepaling op te nemen waarbij de verificatietermijn wordt verlengd indien de ingediende schuldvordering niet alle documenten zou bevatten die nodig zijn om het werkelijk verschuldigde bedrag te kunnen bepalen. Daarbij zou evenwel vereist zijn dat de ontbrekende stukken effectief van belang zijn voor de verificatie en dat aan de betrokken opdrachtnemer een redelijke termijn zou worden geboden om de ontbrekende stukken alsnog te bezorgen.⁵⁸

De wetgever heeft in het reparatie-KB van 22 mei 2014 deze stelling onderschreven. Het Verslag aan de Koning luidt:

“dat de aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten eisen kan opnemen omtrent eventuele andere documenten die de aannemer bij zijn schuldvordering zou moeten voegen en die noodzakelijk zouden zijn voor de verificatie ervan door de aanbestedende overheid. Wanneer de aannemer in gebreke blijft een voldoende gedetailleerde staat van de gerealiseerde werken of de andere vereiste documenten te bezorgen, heeft de aanbestedende overheid het recht de schuldvordering te weigeren en zal uiteraard ook de verificatietermijn geen aanvang kunnen nemen.”⁵⁹

Ons inziens gaat deze interpretatie van artikel 95, § 1 KB AUR 2013 te ver en kan een dergelijke bepaling de billijkheidstoets niet doorstaan omdat ze de deur openzet voor overheidswillekeur. De aanbestedende overheid kan dan immers eenzijdig de verificatietermijn verlengen en zo de dwingende verificatietermijn omzeilen door te beslissen dat de documenten van de aannemer niet volstaan om het verschuldigde bedrag te bepalen. Of documenten volstaan om het verschuldigde bedrag te bepalen, is immers een zeer bediscussieerbaar onderwerp en kan er niet aan in de weg staan dat de aanbestedende overheid moet overgaan tot betaling van het bedrag dat zij bij betwisting ambtshalve heeft vastgesteld binnen de verificatietermijn.

Ook lijkt de Europese regelgever niet de bedoeling te hebben gehad om de verificatietermijn te verlengen in functie van de verkregen documenten. In de voorafgaande overwegingen van de Richtlijn 2011/07/EU wijst de Europese regelgever in het kader van de mogelijkheid om de verificatietermijn te verlengen enkel naar het voorbeeld van de bijzonder complexe contracten.⁶⁰ Een verlenging van de verificatietermijn gekoppeld aan het verkrijgen van bepaalde documenten werd niet in de Richtlijn opgenomen.

Tot slot zijn wij van mening dat de Belgische wetgever met zijn vernieuwde regeling alle kanten opgaat. Enerzijds benadrukt het Verslag aan de Koning bij het reparatie-KB van 22 mei 2014 het uitzonderlijk karakter van de mogelijkheid tot verlenging van de verificatietermijn. Een verlenging zou enkel gerechtvaardigd zijn in het kader van bijzonder ingewikkelde contracten. Daarbij wordt gedacht aan de bouw van een waterzuiveringsstation of de ontwikkeling van een ICT-systeem. Courante opdrachten, zoals de aankoop

58 B. GHEYSSENS, “Hoofdstuk I – Algemene bepalingen: artikel 9” in S. VAN GARSSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten. Koninklijk besluit van 14 januari 2013*, Brussel, Politeia, 2013, (58) 66, nr. 4.

59 Verslag aan de Koning bij art. 9 reparatie-KB van 22 mei 2014, BS 30 mei 2014, 41.993.

60 Overweging 26 uit Richtlijn 2011/7/EU, Pb.L. 23 februari 2011, afl. 48, 3.

van kantoorbenodigdheden, vallen hier uiteraard niet onder.⁶¹ Anderzijds laat het reparatie-KB van 22 mei 2014 dan weer een verlenging toe op grond van een beoordeling door het bestuur zelf van de vraag of de door de aannemer voorgelegde stavingsstukken afdoende zijn. Dit lijkt ons niet coherent, zelfs in strijd met de bedoeling van de Europese regelgever. Een dergelijke mogelijkheid dient ons inziens te worden uitgesloten.

37. Artikel 95, § 5, tweede lid KB AUR 2013 voegt een nieuwe bepaling toe volgens welke de betalingstermijn van de aanbestedende overheid met het aantal dagen wordt geschorst dat nodig is om het antwoord van de aannemer te ontvangen, wanneer deze moet worden geïnterpelleerd over het werkelijke bedrag van zijn sociale of fiscale schuld als bedoeld in de regelgeving betreffende de hoofdelijke aansprakelijkheid van de aannemers. Deze termijn wordt eveneens geschorst in geval van overschrijding van de termijn van vijf dagen die aan de aannemer wordt verleend om zijn factuur in te dienen.

De wetgever heeft met de invoering van het reparatie-KB van 22 mei 2014 deze incidenten aldus niet langer gekoppeld aan een verlenging van de verificatietermijn, maar aan een schorsing van de betalingstermijn. Er is een logische verklaring voor deze wijziging: een factuur impliceert namelijk dat de verificatietermijn reeds is beëindigd.⁶²

4 Sancties bij schending van de betalingsverplichtingen door het bestuur

4.1 Schending van de verificatieplicht

4.1.1 Schending verificatietermijn

38. Zowel bij tussentijdse betalingen als bij saldo- en éénmalige betalingen beschikt de aanbestedende overheid in de regel over een verificatietermijn van 30 dagen (*supra*, randnummers 19 tot en met 21).

De vraag is wat het gevolg is wanneer de aanbestedende overheid nalaat om binnen deze termijn de gedetailleerde staat van de werken te onderzoeken, er verbeteringen in aan te brengen, een proces-verbaal op te stellen van het bedrag dat zij zich verschuldigd acht te zijn en een staat op te maken van de werken die volgens haar voor betaling kunnen worden aanvaard. Vóór de inwerkingtreding van het KB AUR 2013 waren er twee grote strekkingen in de Belgische rechtspraak. De vraag is of deze discussie nog relevant is onder de gelding van de nieuwe regelgeving, in het bijzonder door de toelichting in het Verslag aan de Koning bij artikel 95 KB AUR 2013 dat de verificatietermijn niet op straffe van verval is voorgeschreven. Het lijkt alsof de Belgische wetgever heeft zich willen afzetten tegen de eerste strekking in de rechtspraak. Niettemin bestaat er ons inziens een goede juridische grondslag om deze rechtspraak mogelijk te maken onder de nieuwe wetgeving, zij het in gematigdere vorm. Hierna bespreken wij deze strekkingen en ons standpunt in detail.

39. Volgens een deel van de rechtspraak heeft de niet-naleving van de verificatieverplichting het verval van het recht om de vorderingsstaat te betwisten tot gevolg.

61 Verslag aan de Koning bij art. 5 reparatie-KB van 22 mei 2014, BS 30 mei 2014, 41.990.

62 Verslag aan de Koning bij artikel 9 reparatie-KB van 22 mei 2014, BS 30 mei 2014, 41.994.

Het Hof van Beroep te Bergen heeft dienaangaande een duidelijk standpunt ingenomen.⁶³ De onderliggende feiten van deze zaak vielen nog onder de toepassing van de AAV vastgelegd bij het Ministerieel Besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten (hierna: "MB 1977").⁶⁴ Toen gold nog niet dat bij saldobetalingen de verificatietermijn 30 kalenderdagen bedroeg na de ontvangst van de staat van de werken. Wel stond in het toenmalige artikel 15 MB 1977 dat de betalingstermijnen niet verlengd konden worden door het bijzonder bestek en dat elke strijdige bepaling voor niet-geschreven wordt gehouden. Het Hof van Beroep te Bergen heeft in haar uitspraak de volgende principes geponneerd:

- de aanbestedende overheid dient binnen de betalingstermijn die start vanaf de datum van de ontvangst van de verklaring van schuldvordering, nazicht te doen. Indien zij niet akkoord gaat, dient zij haar betwisting aan de aannemer over te maken door de vorderingstaat te corrigeren, een proces-verbaal over te maken van het bedrag dat zij zich verschuldigd acht te zijn, opgave te doen van de staat van de werken die voor betaling worden aanvaard en de aannemer uit te nodigen tot het opstellen van een factuur voor het bepaalde bedrag;
- doet de aanbestedende overheid dat niet, dan verliest zij het recht om de staat te betwisten en heeft de aannemer recht op het gevorderde bedrag. Een laattijdige betwisting kan niet meer worden aanvaard.

De principes inzake verificatie van de eindafrekening vervat in dit arrest vinden ons inziens eveneens toepassing op tussentijdse vorderingsstaten. Discussies over betalingen moeten immers niet uitgesteld worden tot na het einde van de werken, maar moeten ter bescherming van het recht op tegenspraak van de aannemer gevoerd worden tijdens de uitvoering van de werken. Anders verliest de aannemer elke mogelijkheid om aan de hand van de fysieke staat van de werken aan te tonen dat het gevorderde overeenstemt met de realiteit. De werf verandert per slot van rekening continu door de vorderende werken.⁶⁵

40. Ook de Rechtbanken van Eerste Aanleg van Brugge en Antwerpen hebben geoordeeld dat de afwezigheid van tijdig protest de aanvaarding van de vorderingstaat en aldus het verval van het recht om te betwisten impliceert:

- In een vonnis van 31 januari 2013 oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg van Brugge:

"Art. 15 §1, 2° AAV schrijft voor dat de aanbestedende overheid die de ingediende staat van de werken na ontvangst van de schuldvordering inziet, "onverwijld" een proces-verbaal dient op te maken met vermelding van het bedrag dat ze werkelijk verschuldigd acht te zijn en de aannemer schriftelijk moet kennis geven van de staat van de werken die voor betaling zijn aanvaard; terzelfdertijd verzoekt de overheid de aannemer om binnen de 5 dagen factuur op te stellen voor hetzelfde bedrag. De aanbestedende overheid beschikt over 30 dagen om deze verrichtingen uit te voeren;(...).

63 Bergen 9 oktober 2009, *T.Aann.* 2010, afl. 3, 267, noot I. COOREMAN en K. PHILIPS.

64 MB van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten, *BS* 8 september 1977, 10.931.

65 D. VAN ROMPAEY, "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, §1 AAV", *TOGOR* 1999, (314) 322-323, nr. 11.

De term “onverwijld” sluit aan bij het beginsel van het “tijdig” protest van een betalingsaanvraag tussen handelaars. Indien een vraag tot betaling niet tijdig wordt geprotesteerd wordt deze geacht door de schuldenaar te zijn aanvaard.

(..).

Art. 3 KB 26.309.1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessie voor openbare werken (AUR) bepaalt uitdrukkelijk dat de termijnen voorzien in art. 15 niet kunnen worden verlengd.

De betalingstermijn is van openbare orde, elke andersluidend beding (vb. In het bestek) wordt voor niet geschreven gehouden. Zelfs onderhandelingen tussen de overheid en de aannemer of de vraag van de overheid tot het overmaken van bijkomende stukken hebben geen opschortende of stuitende werking. Indien de overheid meent bijkomende stavingsstukken nodig te hebben, dan dient zij ervoor te zorgen dat het onderzoek is afgerond binnen de wettelijk voorziene termijn voor betaling of nazicht.”⁶⁶

- In een vonnis van 18 juni 2013 oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg van Antwerpen:

“Verweerster beschikt overeenkomstig artikel 15 § 1, 2° laatste lid AAV ingeval van betaling van het saldo van de opdracht over een termijn van 30 kalenderdagen om voormelde verrichtingen uit te voeren. (...)

Het protest van verweerster is derhalve laattijdig zodat thans de juistheid van het gevorderde bedrag zoals vermeld in de verklaring van schuldvordering niet meer ter discussie staat vermits verweerster geacht wordt de eindvorderingsstaat ten bedrage van 67.388,80 euro aanvaard te hebben.

Verweerster stelt derhalve ten onrechte dat er geen sanctie voorzien is voor de overschrijding van de termijnen voorzien in artikel 15 AAV, dat de termijnen enkel richtinggevend zijn en dat eiseres bij overschrijding van de termijnen enkel recht heeft op de verwijlinteresten. (...)”⁶⁷

- 41.** Andere rechtspraak meent dan weer dat de verificatieverplichting niet is voorgeschreven op straffe van verval. Volgens deze rechtspraak blijft de aanbestedende overheid haar betwistingsrecht behouden.

- In een vonnis van 25 juli 2012 oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg van Brussel:

“de omstandigheid dat de aanbestedende overheid haar opmerkingen betreffende de vorderingsstaat niet binnen de termijnen van artikel 15, § 1, 2°, van de AAV heeft laten gelden, betekent enkel dat de schuldvordering in haar geheel betaalbaar wordt, en dat nalatigheidsinteressen verschuldigd zijn, en houdt geenszins een impliciete schuldenkenning in. Het bestuur beschikt immers ook na het verstrijken van die termijnen over de mogelijkheid om zijn schuld te betwisten, zij het dat het bestuur in dat geval gehouden kan zijn tot vergoeding van de schade die de aannemer lijdt ten gevolge van de laattijdige betaling. Noch het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, noch de Belgische

66 Rb. Brugge 31 januari 2013, 12/163/A, onuitg.

67 Rb. Antwerpen 18 juni 2013, 12/1310/A, onuitg.

Staat, zijn handelaars van wie kan worden aangenomen dat de afwezigheid van protest gelijk staat met de aanvaarding van de schuldvordering”.⁶⁸

- In een tussenvonnis van 10 september 2012⁶⁹ oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg van Doornik:

“En tout état de cause, le tribunal estime que la jurisprudence (arrêt de la Cour d'Appel de Mons du 9 octobre 2009) vantée par la demanderesse n'est pas applicable dans les circonstances de la cause au vu du «retard» de 61 jours calendrier, mis par la défenderesse pour dresser le PV mentionnant la somme admise par elle au paiement ainsi qu'au vu de l'importance des postes devant être vérifiés.”⁷⁰

In het eindvonnis in deze zaak herhaalde de Rechtbank haar standpunt:

“Dès lors qu'il est déjà décidé en l'espèce (voir le jugement du 10 septembre 2012 rejetant la jurisprudence de la Cour d'appel de Mons, après voir exposé son contenu) que le dépassement par la défenderesse du délai de soixante jours ne l'empêchait pas de vérifier encore la déclaration de créance; la circonstance que la demanderesse ait adressé une facture (pour le montant contesté), sans néanmoins qu'elle ait été sollicitée, avant le 6 juillet 2010 ne modifie pas le raisonnement qui précède.”⁷¹

Deze Rechtbank is aldus van mening dat de loutere omstandigheid dat de aanbestedende overheid met vertraging het proces-verbaal heeft opgesteld met daarin vermelding van wat onbetwistbaar verschuldigd is, hem in principe niet verbiedt de aangerekende bedragen te betwisten.

- 42.** Weliswaar kunnen tegen de rechtspraak van de eerste strekking de volgende valabele argumenten worden aangevoerd.

In een arrest van 11 september 2000 heeft het Hof van Beroep van Antwerpen geoordeeld dat:

“een vorderingsstaat die aanleiding heeft gegeven tot een overeenstemmende factuur die zonder voorbehoud door het opdrachtgevend bestuur werd betaald, impliciet door dit bestuur goedgekeurd werd en dit bestuur daardoor te kennen heeft gegeven akkoord te zijn met de aangerekende bedragen en aldus erkend heeft dat de posten waarop die bedragen betrekking hebben op dat ogenblik ook effectief uitgevoerd zijn.

Weliswaar belet deze impliciete goedkeuring van de vorderingsstaten – ook in het PV van voorlopige oplevering werden m.b.t. de aangerekende bedragen geen opmerkingen gemaakt – niet dat het opdrachtgevend bestuur nog altijd mag bewijzen dat het ten onrechte betalingen gedaan heeft doch dan rust wel op dit bestuur de bewijslast van het onverschuldigd karakter van de gedane betaling”.⁷²

De aanbestedende overheid mocht evenwel volgens het Hof van Beroep te Antwerpen die vorderingsstaten niet “vrijblijvend” goedkeuren, om dan plots bij de eindafrekening

68 Rb. Brussel 25 juli 2012, 10/10879/A, onuitg.

69 Dat in een komend nummer van dit tijdschrift zal worden gepubliceerd.

70 Rb. Doornik 10 september 2012, 11/1158/A, onuitg.

71 Rb. Doornik 24 juni 2013, 11/1158/A, onuitg.

72 Antwerpen 11 september 2000, *T.Aann.* 2001, 144.

allerlei bezwaren over de aangerekende bedragen te maken, zonder dat zij de gegrondheid van haar bezwaren kon beoordelen.⁷³

Indien de aanbestedende overheid, na goedkeuring en betaling van een vorderingsstaat, nog de mogelijkheid heeft om achteraf het bewijs te leveren dat dit ten onrechte was, moet dit normaal nog meer gelden wanneer de aanbestedende overheid heeft nagelaten de vorderingsstaat te betwisten en te betalen binnen de voorgeschreven termijnen.

Verder zou de rechtspraak van het Hof van Beroep van Bergen van 9 oktober 2009 ook in strijd kunnen worden geacht met het beginsel dat de bedragen die worden betaald naar aanleiding van het goedkeuren van vorderingsstaten slechts "voorschotten zijn die dienen te worden verrekend". Volgens M.-A. Flamme kunnen de aldus betaalde hoeveelheden herzien worden op basis van een eindopmeting, voor zover deze nog op ontegensprekelijke wijze kan gebeuren.⁷⁴ Ook C. Lenders bevestigt dat "de verbetering, zij het de aanvaarding van tussentijdse vorderingsstaten om toe te laten aan de aannemer zijn voorschotten te factureren, (...) geen definitieve goedkeuring van deze vorderingsstaten (is)". Hij verwijst ook naar het hiervoor geciteerde arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen van 11 september 2000 en besluit dat "de aanvaarding van een vorderingsstaat (niet leidt) tot een onherroepelijke schulderkenning. De aanbestedende overheid kan bij het einde van de opdracht en het opmaken van de eindopmeting reeds betaalde en aanvaarde hoeveelheden betwisten".⁷⁵

Deze argumenten kunnen ons inziens niet tot gevolg hebben dat men dan moet teruggrijpen naar de tweede strekking. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel maakt ons inziens ten onrechte niet de analogie met de handelaar, die geacht wordt niet geprotesteerde facturen te hebben aanvaard. De Belgische en Europese regelgeving van de laatste 10 jaar onderwerpt overheden immers meer en meer aan de verplichting om diligent en snel te handelen en te antwoorden. Dit betreft eveneens een verplichting die op handelaren rust. Hiervoor kan verwezen worden naar de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties⁷⁶ en de Richtlijn 2011/07/EU. Deze wetgeving maakt eveneens de analogie tussen de betalingsverplichtingen van de handelaar en de overheid. In overweging 28 van de Richtlijn 2011/07/EU⁷⁷ alsook in artikel 9, § 3, tweede lid, 1° KB AUR 2013 wordt voor de invulling van het begrip 'onbillijke bedingen' zelfs expliciet verwezen naar handelspraktijken.

Ook de aanbestedende overheid heeft de wettelijke verplichting binnen de termijn van 30 kalenderdagen tot nazicht van de vorderingsstaten, alsook om binnen de termijn van 30 kalenderdagen vanaf de datum van de beëindiging van de verificatie tot betaling over te gaan. De aanbestedende overheid heeft aldus eigenlijk de verplichting om de vorderingsstaten te protesteren binnen voormelde termijnen, wanneer zij er niet mee akkoord gaat.

73 I. COOREMAN en L. PEETERS, "Betaling en uitvoeringsmoeilijkheden bij overheidsopdrachten van werken: de toepassing van artikel 15 en artikel 16 algemene aannemingsvoorwaarden (AAV)", *OOO* 2011, afl. 1, (63) 66; I. COOREMAN en K. PHILIPS, "L'acceptation implicite des créances dans les marchés publics", noot onder Bergen 9 oktober 2010, *T.Aann.* 2011, (275) 283.

74 M.-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten (deel 2) zesde uitgave*, Brussel, Nationale Confederatie van het bouwbedrijf, 1996-1997, 274.

75 C. LENDERS, "Kroniek van rechtspraak: uitvoering van overheidsopdrachten – de algemene aannemingsvoorwaarden (1998-2003)", *TBO* 2004, afl. 3, (110) 119.

76 Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, *BS* 7 augustus 2002, 34.281.

77 Overweging 28 uit Richtlijn 2011/07/EU, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 4.

Deze gebondenheid van de aanbestedende overheid steunt op de vertrouwensleer. Gelet op de wettelijke verplichtingen in hoofde van de aanbestedende overheid, wordt het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt bij de aannemer dat het stilzwijgen een toestemming uitmaakt.⁷⁸

Deze rechtspraak van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Brussel miskent ons inziens een duidelijke evolutie in de Europese regelgeving om de verificatie- en de betalingsverplichtingen ten laste van de aanbestedende overheid steeds strenger en dwingender te maken.

43. Wij zijn van oordeel dat onder het KB AUR 1996 het juridisch zeer verdedigbaar is te stellen dat het niet 'onverwijld' nazien van de tussentijdse vorderingsstaat, het verval van het recht van de aanbestedende overheid om deze nog te betwisten, tot gevolg heeft.

Wij zijn van oordeel dat de grondslag voor het verval moet gezocht worden in de principes inzake vervaltermijnen, krachtens dewelke het verstrijken van een termijn van verval bevoegdheidsverlies van het bestuur meebrengt.⁷⁹ Er is sprake van een vervaltermijn, wanneer het doel van de termijnstelling erin bestaat, louter door het verstrijken van een termijn, rechtszekerheid te willen verschaffen.⁸⁰ Het doel van de verificatie van de tussentijdse vorderingsstaten vervat in het vroegere artikel 15 AAV kan men afleiden uit de aard van de gevolgen die door de wetgever uitdrukkelijk werden gehecht aan bepalingen in het bestek tot verlenging van de verificatie- en betalingstermijnen: het "voor niet-geschreven gehouden" zijn van de bepaling. Artikel 3, § 1, laatste lid KB AUR 1996 bepaalt immers dat de termijnen waarbinnen volgens artikel 15 AAV de betalingen worden geregeld (*i.e.* de verificatie- en betalingstermijnen) in geen enkel geval konden worden verlengd, zelfs niet indien de bijzondere eisen van de opdracht dit noodzakelijk zouden maken:

"Welke de opdracht ook moge zijn, de termijnen waarbinnen volgens artikel 15 AAV de betalingen worden geregeld, kunnen in geen geval door het bestek worden verlengd. Elke tegenstrijdige bepaling in het bestek wordt voor niet geschreven gehouden."

Dit verbod op verlenging van de verificatie- en betalingstermijnen om eender welke reden in het bestek geldt *a fortiori* ook erna, in de fase van de uitvoering.

De wetgever wilde overduidelijk de nodige rechtszekerheid scheppen voor de aannemer. De wetgever wilde in het kader van overheidsopdrachten namelijk voorzien dat de financiering van de werken kan gebeuren met een ongehinderde cashflow van de bouwheer naar de aannemer.⁸¹ Ook is een strikte naleving van de verificatietermijn van groot belang voor de aannemer om zekerheid te verkrijgen over zijn financiële situatie. Een proces-verbaal van verificatie van schuldvordering en een bijhorend facturatieverzoek kan voor een aannemer een doorslaggevend element vormen om bijvoorbeeld een kre-

78 I. COOREMAN en K. PHILIPS, "Betalingen bij overheidsopdrachten – de toepassing van artikel 15 van de algemene aannemingsvoorwaarden" in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL, B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP Publishers, 2011, (911) 920-921, nrs. 21 ev. en E. DIRIX en G.-L. BALLON, *De factuur*, Mechelen, Kluwer, 2012, 169, nr. 336 e.v.

79 I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 79, nr. 147.

80 I. OPDEBEEK, "De redelijketermijn" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (397) 400, nr. 543 en I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 92, nr. 174.

81 F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, Parijs, LGDJ, 1981, 414 en D. VAN ROMPAEY, "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, §1 11 AAV", *TOGOR* 1999, (314) 328, nr. 13.

dietverstrekker te overtuigen van zijn kredietwaardigheid.⁸² De kredietwaardigheid is eveneens van groot belang om potentiële klanten te overtuigen van een toekomstige samenwerking.

Aangezien de termijnen voorzien in de voormalige betalingsprocedure ons inziens vervaltermijnen betreffen en het verstrijken van een termijn van verval bevoegdheidsverlies van het bestuur meebracht, was het bestuur destijds onbevoegd om nog een beslissing te nemen na het verstrijken van de termijn. Wij sluiten ons bijgevolg aan bij de eerste strekking.

44. Wij pleiten evenwel voor een meer gematigde toepassing van de eerste strekking in de rechtspraak en menen dan ook dat een middenweg moet bewandeld worden. Wanneer de verificatie niet (tijdig) wordt uitgevoerd, verliest de aanbestedende overheid het recht om de vorderingsstaat nog te betwisten en dient de aanbestedende overheid over te gaan tot betaling van het bedrag opgenomen in de vorderingsstaat. De betaling zal evenwel geschieden onder voorbehoud van recht van de aanbestedende overheid om er later, voor tussentijdse staten bij de eindafrekening of in een gerechtelijke procedure en voor eindstaten in een gerechtelijke procedure, op terug te komen. Zo wordt de continue stroom aan financiële middelen van de aannemer gewaarborgd, zonder dat de aanbestedende overheid, die misschien meer termijn nodig heeft om te verifiëren, definitief de mogelijkheid verliest om te corrigeren. Deze tussenweg heeft in elk geval het voordeel dat de aanbestedende overheid er niet beter aan toe is wanneer ze haar verificatieverplichtingen niet of niet tijdig naleeft dan wanneer zij haar verificatieverplichting wel tijdig naleeft. Zowel in geval van niet (tijdige) als tijdige verificatie, dient de aanbestedende overheid over te gaan tot betaling. In het eerste geval zal ze het in de vorderingsstaat volledige gevorderde bedrag dienen te betalen. In het tweede geval zal ze het door haar verschuldigd geachte bedrag dienen te betalen. Zoals gezegd, behoudt de aanbestedende overheid niettemin in beide gevallen het recht tot betwisting van de betaalde bedragen.

45. Met de invoering van het KB AUR 2013 lijkt de Belgische wetgever de rechtspraak van onder meer het Hof van Beroep van Bergen een halt te willen toeroepen (cf. *supra*, randnummers 39 en 40). In het Verslag aan de Koning bij het oorspronkelijke artikel 95 KB AUR 2013 wordt namelijk uitdrukkelijk gesteld:

“Paragraaf 2 is aangepast rekening houdende met artikel 4, § 3, a, iv), § 5 en § 6, van Richtlijn 2011/7/EU, volgens dewelke de voorafgaande verificatietermijn maximaal dertig dagen mag bedragen. Deze termijn kan nochtans worden verlengd op voorwaarde dat de opdrachtdocumenten (met inbegrip van de overeenkomst) daartoe een uitdrukkelijke bepaling bevatten en mits die verlenging jegens de aannemer geen kennelijke onbillijkheid behelst als bedoeld in artikel 9, § 2. Evenwel is niet voorzien in een sanctie waardoor de termijn zou vervallen. De verificatietermijn is dus niet bepaald op straffe van verval.”

46. Indien de toelichting in het Verslag aan de Koning bij artikel 95 KB AUR 2013 erop neer zou komen dat er geen sanctie zou zijn gesteld op de niet-naleving van de verificatietermijn, dan zou deze interpretatie in strijd zijn met de Richtlijn 2011/07/EU. Dit kan en mag niet de bedoeling zijn van de Belgische wetgever.

82 D. VAN ROMPAEY, “De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, §1 11 AAV”, *TOGOR* 1999, (314) 328, nr. 13.

De Europese regelgever heeft de verificatietermijn wel degelijk als een bindende termijn beschouwd, die niet zonder sanctie overschreden kan worden. De Europese regelgever verduidelijkt in de voorafgaande overwegingen aan de Richtlijn 2011/07/EU dat de Lidstaten erop moeten toezien dat de maximumduur van aanvaardings- of verificatieprocedures bij handelstransacties in de regel niet meer dan 30 kalenderdagen bedraagt:

“Om de verwezenlijking van het doel van deze richtlijn niet in gevaar te brengen, moeten de lidstaten erop toezien dat de maximumduur van aanvaardings- of verificatieprocedures bij handelstransacties in de regel niet meer dan 30 kalenderdagen bedraagt. Niettemin moet voor verificatieprocedures een langere maximumtermijn dan 30 kalenderdagen kunnen worden toegestaan, bijvoorbeeld bij bijzonder complexe contracten, wanneer dit in de overeenkomst of in de aanbestedingsdocumenten uitdrukkelijk is overeengekomen en wanneer zulks niet kennelijk onbillijk jegens de schuldeiser is.”⁸³

Volgens de Europese regelgever is een strikte aanvaardings- of verificatieprocedure van cruciaal belang om de verwezenlijking van het doel van de Richtlijn 2011/07/EU niet in gevaar te brengen, zijnde de tijdige betaling van het uitgevoerde werk. Op die manier wenste de Europese regelgever een juridisch en commercieel klimaat te scheppen waarin een stipte betalingscultuur bij handelstransacties tussen ondernemingen en overheidsinstanties wordt gerealiseerd. Dit is immers essentieel voor het creëren van een gezond economisch klimaat. In dit verband heeft de aanbestedende overheid volgens de Europese regelgever overigens een bijzondere verantwoordelijkheid. Bij overheidsinstanties bestaat er immers grotere zekerheid, voorspelbaarheid en continuïteit van de inkomensstromen. Daarenboven zijn overheidsinstanties minder afhankelijk van stabiele commerciële relaties dan ondernemingen voor het bereiken van hun doelen.⁸⁴

Een strikte naleving van een korte verificatietermijn kadert ons inziens eveneens in het recht op tegenspraak. Hoe langer de verificatietermijn, hoe moeilijker het immers voor de aannemer wordt om te bewijzen dat hij recht heeft op het gevorderde bedrag (de werf evolueert voortdurend).

We zijn bijgevolg van mening dat, zelfs met de formulering in het Verslag aan de Koning bij artikel 95 KB AUR 2013, de tussenweg kan en moet worden bewandeld. De juridische grondslag daarvoor is gelegen in de bovenstaande overwegingen van de Richtlijn 2011/07/EU.⁸⁵

47. Met het reparatie-KB van 22 mei 2014 heeft de Belgische wetgever andermaal wijzigingen aangebracht aan de betalingsregeling. Het aldus gewijzigde artikel 95, § 5, eerste lid KB AUR 2013 voorziet nu dat de betalingstermijn wordt verminderd naar rato van het aantal dagen overschrijding van de verificatietermijn (*cf. supra*, randnummer 27). De Belgische wetgever wekt de indruk dat hij hiermee de betalingsregeling in overeenstemming wil brengen met de doelstelling van de Europese Richtlijn. Zo overweegt de wetgever in het Verslag aan de Koning bij dit reparatie-KB:

“Gelet op het dwingende karakter van de bepalingen van Richtlijn 2011/7/EU ter zake, wordt uiteraard niets gewijzigd aan de lengte van de termijnen. Enkel wordt nu, gezien

83 Overweging 26 uit Richtlijn 2011/07/EU, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 3.

84 Overweging 23 uit Richtlijn 2011/07/EU, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 3.

85 De Belgische regelgeving moet immers geïnterpreteerd worden in overeenstemming met de overwegingen en de bepalingen van de Richtlijn 2011/07/EU. Zie K. LENAERTS en T. CORTHAUT, “Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law”, *E.L.Rev.* 2006, afl. 31 (3), (287) 287-315.

de uit de voormelde richtlijn voortvloeiende technische opsplitsing tussen een verificatie- en een betalingstermijn, op advies van de Commissie voor de overheidsopdrachten, het uitgangspunt bevestigd en verankerd dat deze termijnen moeten worden gezien als een globale termijn die hoe dan ook steeds dient te worden gerespecteerd. Met name wil worden vermeden dat gezien de sanctie van de instrest voor laattijdige betaling en de vergoeding voor invorderingskosten op het overschrijden van de betalingstermijn is geplaatst en het overschrijden van de verificatietermijn op zich niet is gesanctioneerd, die laatste termijn in de praktijk al te vaak zou worden miskend c.q. overschreden en daarvoor de sancties op het overschrijden van de betalingstermijn volledig zouden worden uitgehold.”⁸⁶

De nieuwe regeling ingevolge deze wijziging aan het KB AUR 2013 sluit ons inziens niet meer dan vroeger aan bij de doelstelling van de Europese Richtlijn. De wetgever beschouwt de inkorting van de betalingstermijn met het aantal dagen overschrijding van de verificatietermijn als een sanctie op de overschrijding van de verificatietermijn. Deze wijziging aan de oorspronkelijke wetgeving brengt ons inziens in werkelijkheid geen wezenlijke verandering teweeg. De aanbestedende overheid kan namelijk nog steeds meer dan 60 dagen de tijd nemen om de verificatie en de betaling van de vorderingsstaat uit te voeren, waarbij in deze regeling het enige gevolg zal zijn dat zij interesten en een vergoeding voor invorderingskosten verschuldigd zal zijn voor de overschreden betalingstermijn.

Ook na de invoering van het reparatie-KB van 22 mei 2014 blijft ons inziens de door ons voorgestelde tussenoplossing mogelijk en nodig in het kader van de huidige Belgische regeling, om deze daadwerkelijk volledig in overeenstemming te brengen met de doelstelling en de geest van de Europese Richtlijn 2011/07/EU.

4.1.2 Onbehoorlijk uitoefenen van de verificatieverplichtingen

48. In randnummer 13 e.v. hebben we aangetoond dat er uiteenlopende visies bestaan in de rechtsleer en rechtspraak over de motiveringsplicht van het bestuur.

De eerste strekking stelt dat de bewijslast rust op de aannemer, maar dat dit niet betekent dat de aanbestedende overheid vrijgeleide zou krijgen om verbeteringen aan te brengen aan de vorderingsstaten zonder daartoe enige grond te hebben. Volgens deze strekking zal de uitoefening van de verificatieplicht enkel onbehoorlijk zijn wanneer het bestuur zonder daartoe enige grond te hebben, posten schrapt of wijzigt. De tweede strekking is van oordeel dat ook het bestuur verantwoordelijkheden heeft ten aanzien van de bewijsvoering en te allen tijde de wijzigingen moet kunnen motiveren (materieel en volgens sommigen ook formeel).

Indien het bestuur de verificatieverplichtingen onbehoorlijk uitoefent, zal de sanctieering ervan verschillen naargelang de gekozen strekking.

Eerste strekking: de aannemer draagt de bewijslast

49. Ingeval de aanbestedende overheid op willekeurige wijze vorderingsstaten wijzigt en posten zonder meer schrapt, kan teruggegrepen worden naar middelen die ontwikkeld

86 Verslag aan de Koning bij art. 9 reparatie-KB van 22 mei 2014, BS 30 mei 2014, 41.992.

zijn door de rechtspraak en de rechtsleer om willekeurig en doelbewust schadelijk handelen te beteugelen.

Zo zou er geargumenteed kunnen worden dat er sprake is van uitvoering te kwader trouw en in sommige frappante gevallen zelfs van rechtsmisbruik. De beteugeling van het laatste geval, met name dat van rechtsmisbruik, houdt in dat het aan een rechthebbende wordt verboden zijn recht uit te oefenen op een wijze die kennelijk de grenzen van een redelijke rechtsuitoefening door een voorzichtig persoon te buiten gaat.⁸⁷

Eens de uitvoering te kwader trouw of het rechtsmisbruik is vastgesteld, is het de bedoeling dat de rechter de gevolgen van het misbruik neutraliseert. De sanctie ligt niet in het volledig verbeuren van het recht, maar wel in het opleggen van de normale uitoefening van het betrokken subjectief recht. De aanbestedende overheid zou dan naar onze mening volgens deze strekking in het kader van een procedure de kans kunnen krijgen om aan te tonen waarom zij bepaalde posten heeft geschrapt of gewijzigd. Als de aanbestedende overheid evenwel geen enkele gegronde reden aangeeft waarom zij tot schrapping of wijziging van de ingediende vorderingsstaat is overgegaan, zal zij gehouden zijn tot betaling van het door de aannemer gevorderde bedrag.

Tweede strekking: ook het bestuur heeft een verantwoordelijkheid ten aanzien van de bewijsvoering

50. Zoals reeds aangehaald in randnummer 17 e.v., houdt de concretisering van de materiële motiveringsplicht in dat het bestuur binnen het raam van haar instructie- en controlebevoegdheid over de werf de nodige appreciatiedocumenten moet verzamelen en/of redigeren inzake de werkelijk verrichte prestaties en hun waardebeoordeling.

Aangezien het in het bouwwezen in belangrijke mate gaat over de registratie van vluchtige, vergankelijke en evoluerende feitelijke gegevens, heeft het bestuur er alle belang bij hier "*in tempore utile*" (i.e. op een nuttig tijdstip) alle zorg aan te besteden.

Het verzuim hiervan is naar de mening van D. Van Rompaey en de door hem geciteerde rechtspraak onherstelbaar en heeft bijgevolg verstrekken gevolgen, met name het vervallen zijn van het recht om de vorderingsstaat nog inhoudelijk te betwisten.⁸⁸

4.2 **Vorderingen van de aannemer bij schending van de verificatie- en betalingsverplichtingen**

51. Wanneer de aanbestedende overheid haar verificatie- en betalingsverplichtingen schendt, kan de aannemer een vordering instellen voor de rechtbank tot betaling van een provisioneel bedrag op grond van artikel 19, tweede lid Gerechtelijk Wetboek *juncto* artikel 735 Gerechtelijk Wetboek.

Wij zijn van mening dat de Rechtbank met toepassing van de door ons voorgestelde tussenweg een onmiddellijke provisionele veroordeling dient uit te spreken voor de door de aannemer in de vorderingsstaat opgenomen bedragen. Zodoende doet de Rechtbank wat de aanbestedende overheid had moeten doen binnen de verificatietermijn, met

87 A. DE BOECK, "Rechtsmisbruik" in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2011, (119) 124.

88 D. VAN ROMPAEY, "De betalingsprocedure inzake overheidsopdrachten. Beschouwingen bij de toepassing van artikel 15, §1 AAV", *TOGOR* 1999, (314) 322, nr. 11.

name in geval van betwisting het bedrag dat zij zich verschuldigd acht te zijn, ambtshalve vast te stellen.

Het geschil ten gronde zal dan verder uitwijzen wat de aanbestedende overheid definitief verschuldigd is. Daarbij kan de aannemer ook interesten en een eventuele schadevergoeding vorderen.

4.2.1 Interest voor laattijdige betaling en vergoeding voor invorderingskosten

52. Artikel 69 KB AUR 2013 bepaalt:

“§ 1 Wanneer de in artikelen 95, §§ 3 tot 5, 127 en 160 vastgestelde betalingstermijnen worden overschreden, heeft de opdrachtnemer van rechtswege en zonder ingebrekestelling recht op de betaling van een intrest naar rato van het aantal dagen overschrijding. Deze enkelvoudige intrest is hetzij de door de Europese Centrale Bank voor haar meest recente basisherfinancieringstransacties toegepaste intrestvoet, hetzij de marginale intrestvoet die het gevolg is van variabele rentetenders voor de meest recente basisherfinancieringstransacties van de Europese Centrale Bank. De bedoelde intrestvoet wordt vermeerderd met acht procent.

De minister bevoegd voor Financiën maakt halfjaarlijks de voor ieder semester toepasselijke enkelvoudige intrest bekend in het Belgisch Staatsblad.

§ 2 Als er, overeenkomstig paragraaf 1, intrest voor laattijdige betaling verschuldigd is, heeft de opdrachtnemer van rechtswege en zonder ingebrekestelling recht op de betaling van een forfaitaire vergoeding van veertig euro voor invorderingskosten.

Naast dit forfaitaire bedrag kan de opdrachtnemer voor dezelfde opdrachten aanspraak maken op een redelijke schadeloosstelling voor alle andere invorderingskosten die ontstaan zijn door de laattijdige betaling.

§ 3 Het indienen van de regelmatig opgestelde factuur of de schuldvordering overeenkomstig de artikelen 95, 127, 141 en 160 geldt in voorkomend geval als schuldvordering voor de betaling van de in paragraaf 1 bedoelde intrest en de in paragraaf 2 bedoelde invorderingskosten, maar heeft geen invloed op het tijdstip waarop de intrest begint te lopen.

§ 4 De bepalingen van dit artikel zijn niet van toepassing op de betalingen die betrekking hebben op schadevergoedingen.”

53. Artikel 69, § 1 KB AUR 2013 herneemt de inhoud van artikel 15, § 4, eerste lid AAV, waarin het voordeel van verwijlinteresten bij miskening van de betalingstermijnen door de aanbestedende overheid was opgenomen. Aangezien de betalingstermijn uitdrukkelijk is gekoppeld aan de datum van beëindiging van de verificatie door de aanbestedende overheid, zijn voortaan de interesten voor laattijdige betaling en de vergoeding voor invorderingskosten verschuldigd in de hiernavolgende gevallen:

- wanneer de betaling gebeurt buiten de betalingstermijn van 30 dagen na de (feitelijke) beëindiging van de verificatie, zelfs wanneer de globale termijn van 60 dagen niet is overschreden. Indien de aanbestedende overheid bijvoorbeeld de verificatie reeds na 10 dagen zou hebben beëindigd, maar uiteindelijk pas na 40 dagen overgaat tot betaling, dan is zij toch 10 dagen interesten verschuldigd, ofschoon de betaling is gebeurd binnen de globale termijn van 60 dagen;

- wanneer de betaling gebeurt buiten de globale termijn van 60 dagen, zelfs wanneer de betalingstermijn op zich zou zijn nageleefd.⁸⁹ Indien de aanbestedende overheid bijvoorbeeld de verificatie pas na 40 dagen zou hebben beëindigd en daarna nog 25 dagen nodig heeft om over te gaan tot betaling, dan is zij 5 dagen interesten verschuldigd.

Het is opvallend dat een ijverige overheid die snel tot nazicht van de vorderingsstaat overgaat en vervolgens trager betaalt maar wel binnen de globale termijn van 60 dagen, strenger wordt gestraft dan een aanbestedende overheid die de globale betalingstermijn schendt.

Net zoals voorheen, heeft de aannemer van rechtswege en zonder ingebrekestelling recht op betaling van deze verwijlinteressen naar rato van het aantal dagen overschrijding. Bijgevolg dient de aanbestedende overheid deze verwijlinteressen zelf te berekenen en automatisch te storten aan de aannemer.

Oorspronkelijk gebruikte het KB AUR 2013 voor de opdrachten gesloten vanaf 16 maart 2013 de basisinterestvoet van de Europese Centrale Bank vermeerderd met 8%. Voor de opdrachten die dateerden van ervoor werd de basisinterestvoet van de Europese Centrale Bank vermeerderd met 7%. Het reparatie-KB van 22 mei 2014 schaft de verschillende regelingen inzake de toepasselijke interestvoet voor de opdrachten gesloten vóór en na 16 maart 2013 af. Voortaan geldt de basisinterestvoet van de Europese Centrale Bank vermeerderd met 8%.⁹⁰ Deze rentevoet wordt op jaarlijkse basis berekend op het bedrag exclusief btw en wordt per semester aangepast.

Opdat er interesten verschuldigd kunnen zijn, dient er een factuur te worden overgemaakt. Eens die factuur is overgemaakt, dient er voor het tijdstip vanaf wanneer interesten lopen, enkel te worden gekeken naar de datum van het verstrijken van de oorspronkelijke betalingstermijn. De einddatum van de vertragsperiode die in aanmerking wordt genomen voor de berekening van deze verwijlinteressen, stemt dan weer overeen met de dag waarop de verschuldigde bedragen werkelijk op de rekening waarop de betaling moet gebeuren, worden gestort.⁹¹

De voormalige mogelijkheid voor een lidstaat om vorderingen inzake interestbedragen van minder dan 5 euro uit te sluiten, zoals vervat in artikel 6, derde lid, c) van Richtlijn 2000/35/EG, is niet overgenomen in de nieuwe Richtlijn 2011/07/EU. In de oude regeling voorzag artikel 15, § 4, vierde lid AAV nog in een minimumbedrag van 5 euro per betaling om verwijlinteressen verschuldigd te zijn. In het oorspronkelijk KB AUR 2013 werd nog een onderscheid gemaakt tussen de opdrachten gesloten vóór en na 16 maart 2013. Voor de opdrachten gesloten vóór 16 maart 2013 was de interest enkel verschuldigd indien hij ten minste 5 euro bedroeg. Dit onderscheid is opgeheven met de inwerkingtreding van

89 Verslag aan de Koning bij art. 9 reparatie-KB van 22 mei 2014, *BS* 30 mei 2014, 41.992.

90 In het Verslag aan de Koning bij het reparatie-KB van 22 mei 2014 geeft de wetgever aan waarom het vroegere onderscheid werd afgeschaft: "Dat onderscheid werd gemaakt in de veronderstelling dat het koninklijk besluit van 14 januari 2013 in werking zou treden vóór 16 maart 2013. In die optiek was het inderdaad nuttig en zelfs aangewezen het bedoelde onderscheid te maken teneinde te verzekeren dat de nieuwe betalingsregels in omzetting van richtlijn 2011/7/EU op dat vlak (hogere interesten en vergoedingen) maar zouden gelden voor de opdrachten gesloten vanaf 16 maart 2013. Dat onderscheid heeft achteraf gezien evenwel weinig zin daar de nieuwe algemene uitvoeringsregels, met inbegrip van de betalingsregels, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (...) maar gelden voor de opdrachten geplaatst vanaf 1 juli 2013." Zie het Verslag aan de Koning bij artikel 7 van het reparatie-KB van 22 mei 2014, *BS* 30 mei 2014, 41.991-41.992.

91 Verslag aan de Koning bij art. 69 KB AUR 2013, *BS* 14 februari 2013, 8779.

het reparatie-KB van 22 mei 2014. Voortaan zijn verwijlinteressen verschuldigd ongeacht hun bedrag.⁹²

Ook de inhoud van het tweede lid van artikel 15, § 4 AAV is niet overgenomen omwille van de strengere aanpak van de Europese regelgever. Sedert de inwerkingtreding van het KB AUR 2013 is het niet langer mogelijk om onder bepaalde voorwaarden het vermeerderingspercentage boven op de basisintrestvoet te verminderen.⁹³

54. Artikel 69, § 2 KB AUR 2013 vormt een nieuwe bepaling, die voorziet in een automatische forfaitaire vergoeding van 40 euro voor de eigen invorderingskosten wanneer interesten voor achterstallige betalingen opeisbaar zijn.⁹⁴ Naast deze forfaitaire vergoeding van 40 euro, kan de opdrachtnemer voortaan ook nog aanspraak maken op een redelijke schadeloosstelling voor alle andere invorderingskosten wegens miskenning van de betalingstermijn zoals bijvoorbeeld advocatenkosten of kosten verbonden aan het inschakelen van een incassobureau. In geval van betwisting tussen partijen over wat een 'redelijke schadeloosstelling' uitmaakt, is het de taak van de rechter om hierover een beslissing te nemen.⁹⁵

55. Deze interest- en invorderingskostenregeling geldt zoals vroeger enkel voor de betalingen zoals onder meer voorzien in artikel 95 KB AUR 2013 en niet voor schadevergoedingen. Dit wordt uitdrukkelijk bepaald in artikel 69, § 4 KB AUR 2013: "De bepalingen van dit artikel zijn niet van toepassing op de betalingen die betrekking hebben op schadevergoedingen".⁹⁶ Voor schadevergoedingen worden de aangerekende interesten overigens berekend maximaal tegen de wettelijke rentevoet.⁹⁷

56. Contractuele bepalingen en praktijken die een vergoeding voor de invorderingskosten uitsluiten, worden op grond van artikel 9, § 3, derde lid KB AUR 2013 vermoed kennelijk onbillijk te zijn. Contractuele bedingen en praktijken die de betaling van interest voor betalingsachterstand uitsluiten, worden op grond van dezelfde bepaling dan weer altijd als kennelijk onbillijk beschouwd en bijgevolg voor niet-geschreven gehou-

92 In het Verslag aan de Koning bij het reparatie-KB van 22 mei 2014 geeft de wetgever aan dat het vroegere onderscheid in het KB AUR 2013 werd afgeschaft om dezelfde redenen als deze vermeld in voetnoot 88.

93 Deze mogelijkheid om het vermeerderingspercentage te verminderen conform artikel 3, 1. d) van de vorige Richtlijn 2000/35/EG werd niet opnieuw opgenomen in de Richtlijn 2011/07/EU.

94 Deze nieuwe bepaling is gebaseerd op artikel 6 van de Richtlijn 2011/07/EU, dat luidt als volgt:

1. De lidstaten zorgen ervoor dat de schuldeiser wanneer bij handelstransacties interest voor betalingsachterstand overeenkomstig de artikelen 3 of 4 verschuldigd wordt, minstens een vast bedrag van 40 EUR mag invorderen.

2. De lidstaten zorgen ervoor dat het in lid 1 bedoelde vaste bedrag zonder aanmaning verschuldigd is als vergoeding voor de eigen invorderingskosten van de schuldeiser.

3. Naast het in lid 1 bedoelde vaste bedrag kan de schuldeiser aanspraak maken op een redelijke schadeloosstelling door de schuldenaar voor alle door diens betalingsachterstand ontstane invorderingskosten welke dat vaste bedrag te boven gaan.

Daartoe kunnen onder meer de kosten worden gerekend die worden gemaakt voor het inschakelen van een advocaat of incassobureau."

In het oorspronkelijk KB AUR 2013 werd een onderscheid gemaakt tussen de opdrachten gesloten vóór en na 16 maart 2013. Enkel voor de opdrachten gesloten na 16 maart 2013 was een automatische forfaitaire vergoeding van 40 euro voor de eigen invorderingskosten voorzien.

95 Overweging 20 uit Richtlijn 2011/07/EU, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 3.

96 Dit is volledig in lijn met de doelstelling van de Europese wetgever, die het toepassingsgebied van de Richtlijn 2011/07/EU wenste te beperken tot "betalingen tot vergoeding van handelstransacties. Deze richtlijn mag niet strekken tot regulering van transacties met consumenten, interest betreffende andere betalingen zoals betalingen uit hoofde van de wetgeving inzake cheques en wissels, of betalingen bij wijze van schadeloosstelling met inbegrip van betalingen uit hoofde van verzekeringspolissen." Zie overweging 8 uit Richtlijn 2011/07/EU, *Pb.L.* 23 februari 2011, afl. 48, 2.

97 Omzendbrief van de Vlaamse Overheid BZ-OVO-08-02 van 5 december 2008 – Schadevergoedingshandleiding overheidsopdrachten, 85 29 januari 2009, 6.989.

den. Krachtens artikel 9, § 1 KB AUR 2013 kan ook een eenvoudige afwijking van artikel 69 KB AUR 2013 – zonder dat het om een uitsluiting moet gaan – niet door de beugel.⁹⁸

4.2.2 Schadevergoeding wegens laattijdige betaling

57. Het recht op interest overeenkomstig artikel 69, § 1 KB AUR 2013 bij laattijdige betaling sluit het recht van de aannemer op schadevergoeding krachtens artikel 54 KB AUR 2013 niet uit. De voorwaarde is dat de aannemer het bewijs kan leveren dat de schade die hij lijdt door de laattijdige betaling niet wordt hersteld door het toekennen van interesten.⁹⁹ Het geleden nadeel van de aannemer moet aldus te onderscheiden zijn van het nadeel waarvoor verwijlinteresten worden betaald.¹⁰⁰ Wanneer de vertraging van betaling er bijvoorbeeld voor zorgt dat de aannemer moeilijkheden heeft om nieuwe klanten aan te trekken wegens twijfel omtrent zijn kredietwaardigheid, lijkt het aannemelijk dat de aannemer een bijkomende schadevergoeding kan krijgen. Vereist is uiteraard wel dat de aannemer daarbij het bewijs van de schade en het oorzakelijk verband tussen de vertraging van betaling en de schade levert.¹⁰¹

58. Dit wordt ook bevestigd in het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel van 25 juli 2012:

“Het bestuur beschikt immers ook na het verstrijken van die termijnen over de mogelijkheid om zijn schuld te betwisten, zij het dat het bestuur in dat geval gehouden kan zijn tot vergoeding van de schade die de aannemer lijdt ten gevolge van de laattijdige betwisting.”¹⁰²

98 Vóór de invoering van het reparatie-KB van 22 mei 2014 heerste er twijfel over de vraag of de wetgever een opening had gelaten om van art. 69 KB AUR 2013 af te wijken mits uitdrukkelijke motivering in het bestek. Het art. 69 KB AUR 2013 was immers ook terug te vinden onder art. 9, § 4 KB AUR 2013 inzake geoorloofde afwijkingen mits naleving van een aantal strikte voorwaarden. Voortaan is er geen reden meer tot twijfel, aangezien de wetgever art. 69 KB AUR 2013 heeft geschrapt uit de lijst van bepalingen waarvan mag worden afgeweken mits uitdrukkelijke motivering in het bestek. Bovendien geeft het Verslag aan de Koning bij art. 5 reparatie-KB van 22 mei 2014 duidelijk aan dat het een vergissing betrof. Zie uiteenzetting hierover in B. GHEYSENS, “Hoofdstuk I – Algemene bepalingen: artikel 9” in S. VAN GARSSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten. Koninklijk besluit van 14 januari 2013*, Brussel, Politeia, 2013, (58) 64, nr. 2.

99 I. COOREMAN en L. PEETERS, “Betaling en uitvoeringsmoeilijkheden bij overheidsopdrachten van werken: de toepassing van artikel 15 en artikel 16 algemene aannemingsvoorwaarden (AAV)”, *OOO* 2011, afl. 1, (63) 68; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (klassieke sectoren). 2: De uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2002, 115 en M.-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten (deel 2) zesde uitgave*, Brussel, Nationale Confederatie van het bouwbedrijf, 1996-1997, 308, nr. 38.

100 Omzendbrief van 17 december 1990 – Overheidsopdrachten – Adviezen verstrekt door de Commissie voor de overheidsopdrachten, *BS* 28 december 1990, 24.409.

101 M.-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten (deel 2) zesde uitgave*, Brussel, Nationale Confederatie van het bouwbedrijf, 1996-1997, 308, nr. 38, waarin als voorbeeld voor het verkrijgen van een bijkomende schadevergoeding wordt verwezen naar de onmogelijkheid om te investeren.

102 Rb. Brussel 25 juli 2012, 10/10879/A, onuitg.

4.3 **Actiemogelijkheden van de aannemer bij schending van de betalingsverplichtingen**

4.3.1 Schorsing van de werken of vertraging in het uitvoeringstempo

(i) Wettelijke bepaling

59. Artikel 70 KB AUR 2013 bepaalt:

“Wanneer door de schuld van de aanbestedende overheid de betaling niet is verricht na verloop van dertig dagen na de gestelde betalingstermijn, kan de opdrachtnemer het uitvoeringstempo van de werken, leveringen of diensten vertragen of onderbreken.

In dit geval heeft de opdrachtnemer recht:

1° in ieder geval, ongeacht of er een vertraging van het uitvoeringstempo of een onderbreking is of niet, op een termijnverlenging die gelijk is aan het aantal dagen begrepen tussen het verloop van de voornoemde periode van dertig dagen en de betalingsdatum, voor zover de aanvraag schriftelijk wordt ingediend vóór het verstrijken van de contractuele termijnen;

2° op schadevergoeding, indien er werkelijk een vertraging van het uitvoeringstempo of een onderbreking is geweest en voorzover de rekening voor schadevergoeding wordt ingediend binnen de termijnen bepaald in artikel 53.

De beslissing om het uitvoeringstempo te vertragen of de werken, leveringen of diensten te onderbreken wegens achterstal van betaling, dient evenwel bij aangetekende zending ten laatste vijftien dagen vóór de dag van vertraging van het uitvoeringstempo of van de daadwerkelijke onderbreking aan de aanbestedende overheid te worden gemeld.

Ingeval meerdere overschrijdingen van betalingstermijnen elkaar overlappen, mogen deze slechts één keer in rekening worden gebracht.

De bepalingen van dit artikel kunnen slechts worden ingeroepen, op voorwaarde dat dit is gerechtvaardigd door het belang van de achterstallige betalingen in de loop van de beschouwde periode”.

(ii) Voor welke betalingen geldt artikel 70 KB AUR 2013?

60. Artikel 70 KB AUR 2013 vormt een bijzondere contractuele invulling van de gemeenrechtelijke exceptie van niet-uitvoering in geval van miskennis van de betalingsverplichtingen door de aanbestedende overheid. Het betreft een uitzonderingsrecht voor de aannemer, waarop enkel een beroep kan worden gedaan onder de strikt geformuleerde voorwaarden.¹⁰³

61. De aannemer kan zich beroepen op het uitzonderingsrecht vervat in artikel 70 KB AUR 2013 voor betalingen in mindering op de oorspronkelijke aannemingsom. Dit volgt rechtstreeks uit artikel 95, § 1 KB AUR 2013 dat bepaalt dat de aannemer voor de betalingen in mindering van de aannemingsom, verplicht is een gedagtekende en ondertekende schuldvordering over te leggen die steunt op een gedetailleerde staat van de werken, welke zijns inziens, de gevraagde betalingen rechtvaardigen.

103 D. VAN ROMPAEY, “Artikel 70 van het KB Uitvoering van 14 januari 2013” in S. VAN GARSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten. Koninklijk besluit van 14 januari 2013*, Brussel, Politeia, 2013, (121) 122, nr. 1.

Ook voor betalingen van meerwerken, wijzigingswerken en werken boven de vermoedelijke hoeveelheden vindt artikel 70 KB AUR 2013 toepassing. Krachtens artikel 95, § 1, 2°-4° KB AUR 2013 bevat de gedetailleerde staat van de werken inderdaad de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden boven de vermoedelijke hoeveelheden vermeld in het bestek, de bijwerken die schriftelijk bevolen zijn en de werken uitgevoerd tegen de door de aannemer voorgestelde en door de aanbestedende overheid nog niet aanvaarde eenheidsprijzen. Bijgevolg is de betaling van deze posten eveneens onderworpen aan de betalingsverplichtingen van artikel 95, §§ 3-4 KB AUR 2013.

62. Voor de laattijdige betaling van interesten kan de aannemer de opdracht niet schorsen met toepassing van artikel 70 KB AUR 2013.

Eén nuance wordt aan dit principe aangebracht naar aanleiding van het Verslag aan de Koning bij het KB AUR 1996: "In geval van voorrangstoerekening van de betalingen op de interesten (artikel 1254 BW) kunnen evenwel de bedragen die met deze verwijlinteresten overeenstemmen en die als hoofdbedrag nog verschuldigd zijn, in voorkomend geval een beroep op artikel 15, § 6 rechtvaardigen".¹⁰⁴ Aangezien artikel 70 KB AUR 2013 het vroegere artikel 15, § 6 AAV nagenoeg ongewijzigd overneemt, geldt deze nuancering onverminderd.

Niettemin kan deze hypothese zich ons inziens quasi nooit voordoen. Wanneer een bedrag interesten opbrengt en er een gedeeltelijke betaling volgt, dan zal de betaling eerst worden toegerekend op de interesten en vervolgens op het kapitaal (art. 1254 BW). Het valt niet in te zien hoe interesten verschuldigd zouden zijn zonder dat er hoofdsommen verschuldigd zijn.

Een hypothese waarin zulks kan werken, is deze waarin contractueel bedongen is dat betalingen eerst zullen worden toegerekend op het kapitaal, en dan op de interesten. Dit is mogelijk aangezien artikel 1254 BW niet van dwingend recht, noch van openbare orde is.¹⁰⁵ Ook kan gedacht worden aan de hypothese waarbij interesten worden gekapitaliseerd, zodat zij bij de hoofdsom worden gevoegd. In dat geval is het logisch dat die gekapitaliseerde interesten onder het regime van artikel 70 KB AUR 2013 vallen. Dit heeft echter met voorrangstoerekening niets te maken.

63. De vraag rijst of betalingen van schadevergoedingen onder meer op grond van de artikelen 54 tot en met 56 en 66 onder het toepassingsgebied van artikel 70 KB AUR 2013 vallen.

Artikel 70 KB AUR 2013 sluit de schorsing van de werken ingevolge laattijdige betaling van schadevorderingen niet letterlijk uit. Echter, uit de verwijzing in artikel 70 KB AUR 2013 naar de mogelijkheid om de schorsing in te roepen bij overschrijding van "de betalingsstermijn" met 30 dagen, dient volgens ons te worden afgeleid dat alleen de vorderingen op grond van artikel 95, § 1 KB AUR 2013 worden beoogd. Alleen de vorderingen ingediend in het kader van artikel 95, § 1 KB AUR 2013 zijn immers onderworpen aan de betalingstermijnen van artikel 95, §§ 3 tot en met 5 KB AUR 2013. Een bijkomend argument kan worden geput uit de uitsluiting van de interestregeling van artikel 69, § 1 KB AUR 2013 op schadevergoedingen (art. 69, § 4 KB AUR 2013). Deze interestregeling is uit-

104 Zie verwijzing naar het Verslag aan de Koning bij het KB AUR 1996 in C. DE KONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE, *Schade en schadevergoeding bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2007, 372, nr. 445.

105 M. SENELLE, "De toepassing van artikel 1254 en 1154 van het Burgerlijk Wetboek getoetst aan het artikel 15, § 4 van het Ministerieel Besluit d.d. 10 augustus 1977" (noot onder Rb. Brussel 14 juni 1987), *Res.Jur.Imm.* 1991, (106) 108.

drukkelijk gekoppeld aan de in artikel 95 KB AUR 2013 vastgestelde betalingstermijnen. Dit is ook het standpunt van de meerderheid in de rechtsleer onder de oude regeling.¹⁰⁶

Eén auteur stelt dat de aannemer in principe kan schorsen met toepassing van artikel 70 KB AUR 2013 als de overheid een aan hem verschuldigde schadevergoeding niet of laat-tijdig betaalt. Als de overheid de schade of de omvang ervan betwist, doet de aannemer dit best met grote omzichtigheid en slechts in het geval dat het voortzetten van de werken hem veel schade zou berokkenen.¹⁰⁷

De benadering van M.-A. Flamme is genuanceerd. Hij verwijst naar een principiële advies van het Hoog Comité voor toezicht¹⁰⁸ en schrijft:

“Het Hoog Comité heeft aangenomen dat het bestuur verplicht was bij elke schuldvoordering van de aannemer het ontegensprekelijk verschuldigde in overweging te nemen, m.a.w. het terechte geachte deel van de eisen, waarvan het principe reeds werd aanvaard, of waarvan het principe moeilijk aanvechtbaar is rekening gehouden met de bestaande rechtspraak en dit onafgezien het feit dat het bedrag van de verschuldigde schadevergoedingen al dan niet definitief werd afgesproken.

Immers: één van de volgende stellingen moet worden aangehouden:

Ofwel aanvaardt het bestuur in principe de gegrondheid van de op artikel 16 gestoelde eis en heeft het dan ook de plicht, indien het zijn akkoord niet kan betuigen met een welbepaald bedrag vermeld in de schuldvoordering, ambtshalve de prijs vast te stellen waartoe het zich ontegensprekelijk verschuldigd acht, waarbij de aannemer al zijn rechten behoudt;

Ofwel betwist het bestuur het principe zelf van het recht op schadevergoeding en weigert het om het even welke prijs ambtshalve vast te stellen; in welk geval het stopzetten van de werken waartoe de aannemer besluit na verloop van 90 dagen na het indienen van zijn schuldvoordering al dan niet gerechtvaardigd zal worden geacht, in functie van het lot dat hetzij gerechtelijk, hetzij minnelijk, ten gronde zal worden beschoren aan zijn vordering tot schadeloosstelling. Dit is in elk geval zo voor betalingen, gevorderd als bijkomende betalingen, als prijsherziening in de zin van artikel 16 §1 of §2 voor werkelijk uitgevoerde werken. Deze mogen immers in de vorderingsstaat worden aangerekend krachtens artikel 15 § 1.2 AAV. De omzendbrief van de Minister van Openbare Werken, nr. 534-66 van 26 september 1986 werpt op dat bij laattijdige betalingen van schadevergoeding en/of interest, een onderbreking of vertraging van het ritme van de werken een inbreuk zou zijn op het bestek, waardoor het opstellen van een PV in de zin van artikel 47 gerechtvaardigd zou zijn, evenals het toepassen van de maatregelen van ambtswege conform artikel 48.”¹⁰⁹

106 I. COOREMAN en L. PEETERS, “Betaling en uitvoeringsmoeilijkheden bij overheidsopdrachten van werken: de toepassing van artikel 15 en artikel 16 algemene aannemingsvoorwaarden (AAV)”, *OOO* 2011, afl. 1, (63) 68; C. DE KONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2007, 372; C. LENDERS, “De rechtsbescherming bij de uitvoering van overheidsopdrachten. De onderdanige aannemer?” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2011-2012*, Brussel, EBP, 2012, 314 e.v. en A. VANDEBURIE en S. DE RIDDER, “La vie du contrat dans les commandes publiques – Het leven van de overeenkomst in de overheidsopdrachten”, *T.Aann.* 2010, afl. 1, (1) 20.

107 M. DEVROEY, *De uitvoering van overheidsopdrachten van werken. Commentaar op de algemene aannemingsvoorwaarden*, Konstruktieve Publicaties, Lokeren, 2011, 181 en de verwijzingen aldaar.

108 Hoog Comité voor toezicht 17 september 1981, SBBM/Belgische Staat.

109 M.-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten (deel 2) zesde uitgave*, Brussel, Nationale Confederatie van het bouwbedrijf, 1996-1997, 360-361, nr. 60.

Om de hiervoor vermelde redenen zijn wij van mening dat artikel 70 KB AUR 2013 geen grondslag biedt om de werken te schorsen ingevolge laattijdige betaling van schadevergoeding.

Niettemin kan de aannemer zich blijven beroepen op de gemeenrechtelijke regeling van de exceptie van niet-uitvoering, voor zover partijen de toepassing ervan niet hebben uitgesloten.¹¹⁰

64. Artikel 70 KB AUR 2013 vormt een verdere uitwerking van de gemeenrechtelijke regeling van de exceptie van niet-uitvoering. De exceptie van niet-uitvoering onder artikel 70 KB AUR 2013 kan enkel worden ingeroepen wanneer er geen betaling is verricht na verloop van 30 dagen na de gestelde betalingstermijn door de schuld van de aanbestedende overheid en voor zover de betalingsachterstand betrekking heeft op belangrijke bedragen. Bovendien dient 15 kalenderdagen voor de effectieve vertraging of schorsing een laatste aangetekende zending te worden verzonden.¹¹¹ Hierna volgt een bespreking van deze voorwaarden waaronder de werken kunnen worden geschorst.

(iii) Laattijdige betaling

65. Deze voorwaarde vereist geen bijzonder toelichting. Als de betaling niet is verricht na verloop van 30 dagen na de gestelde betalingstermijn, kan artikel 70 KB AUR 2013 worden ingeroepen.

(iv) Laattijdige betaling door schuld van de aanbestedende overheid

66. Als de bedragen verschuldigd zijn en de betalingstermijn is overschreden, dan heeft de aannemer maar recht op schorsing, wanneer de laattijdige betaling het gevolg is van de schuld van het bestuur.

Alleen overmacht of vreemde oorzaak rechtvaardigen een laattijdige betaling. Overmacht duidt op voorvallen buiten elk aanwijsbaar menselijk handelen om die de nakoming van de verplichting onmogelijk maken. Vreemde oorzaak verwijst naar dezelfde categorie van voorvallen, maar ook naar voorvallen te wijten aan handelingen van individuele derden voor wiens handelingen de schuldenaar niet verantwoordelijk is, en die ook de nakoming van de verplichtingen van de schuldenaar onmogelijk maken.¹¹²

Handelingen van bijvoorbeeld een externe gelastigde van de aanbestedende overheid kunnen niet als vreemde oorzaak worden ingeroepen die de betalingsachterstand rechtvaardigen. Het zelf niet ontvangen van een goedkeuring van een verrekening of een betaling van een derde is geen vreemde oorzaak die een aanbestedende overheid vrijstelt van haar betalingsplichten ten aanzien van de aannemer.

110 C. LENDERS, "De rechtsbescherming bij de uitvoering van overheidsopdrachten. De onderdanige aannemer?" in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2011-2012*, Brussel, EBP, 2012, (297) 311-313, nr. 17.

111 C. LENDERS, "De rechtsbescherming bij de uitvoering van overheidsopdrachten. De onderdanige aannemer?" in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2011-2012*, Brussel, EBP, 2012, (297) 314 e.v.

112 J. VAN ZUYLEN, "La force majeure en matière contractuelle: un concept unifié? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais", *TBBR* 2013, afl. 8, (406) 406-421.

(v) De betalingsachterstand moet betrekking hebben op belangrijke bedragen

67. In een omzendbrief van 17 december 1990 heeft de eerste minister geantwoord op een vraag onder de oude regeling inzake de omvang van het bedrag: “de commissie overheidsopdrachten merkt op dat de uitzonderingsmaatregel van de niet-uitvoering met omzichtigheid en overleg moet worden toegepast en niet geldt voor de gevallen waarin het gaat om de betaling van minieme bedragen, met inachtneming van de omvang van de opdracht en de grootte van de firma.”¹¹³

68. Over de invulling van het “belang van de achterstallige bedragen” bestaat zeer weinig rechtspraak.

Het Hof van Beroep van Gent heeft destijds in een arrest van 7 maart 2008 geoordeeld dat er geen gebruik kan gemaakt worden van het schorsingsrecht wanneer de niet-betaalde bedragen slechts betrekking hebben op een fractie van de totale waarde van de opdracht.¹¹⁴ Daar ging het om een bedrag van 254 euro op een contractbedrag van 16.051 euro, *i.e.* 1,5%.

In de rechtsleer werd daarom per analogie verwezen naar de rechtspraak met betrekking tot het ernstig nadeel van artikel 16, § 2 AAV in het kader van schadevorderingen op grond van onvoorzienbare omstandigheden. In dat verband oordeelde de rechtspraak veelal dat er sprake is van een zeer ernstig nadeel in hoofde van de aannemer, indien de schade 3% van het bedrag van de opdracht had bereikt. Zo werd verdedigd dat deze 3%-norm ook gold bij het bepalen van het belang van de achterstal in de zin van het vroegere artikel 15, § 6 AAV.¹¹⁵

Met de invoering van de nieuwe reglementering overheidsopdrachten kan volgens ons per analogie worden verwezen naar artikel 56 KB AUR 2013, zijnde de nieuwe bepaling betreffende de rechten van de aannemer in geval van onvoorziene omstandigheden die oorzaak zijn van een zeer belangrijk nadeel van de aannemer. Dit artikel bepaalt een ontvankelijkheidsdrempel om een verzoek om schadevergoeding op grond van onvoorziene omstandigheden in te dienen. Van een zeer belangrijk nadeel is in artikel 56 KB AUR 2013 sprake wanneer het gaat over 2,5% van het offertebedrag en in elk geval vanaf 100.000 euro.¹¹⁶ Bij onvoorziene en onvoorzienbare omstandigheden die een zeer belangrijk nadeel voor de aannemer berokkenen, heeft de aannemer krachtens artikel 56 KB AUR 2013 het recht om de verbreking van de overeenkomst te vragen. Als een nadeel van 2,5% van het offertebedrag – met een minimumnadeel van 100.000 euro – een aannemer toelaat een opdracht te verbreken, dan is het verdedigbaar dat de aannemer bij een wanbetaling van 2,5% van het offertebedrag de werken schorst of het uitvoeringstempo vertraagt (“qui peut le plus peut le moins”).

69. De rechtsleer acht het niet nodig dat het belang van de achterstallen dermate groot moet zijn dat een aannemer onmogelijk nog kan verder werken.¹¹⁷

113 Omzendbrief van 17 december 1990 – Overheidsopdrachten – Adviezen verstrekt door de Commissie voor de overheidsopdrachten, *BS* 28 december 1990, 24.412.

114 Gent 7 maart 2008, *NJW* 2008, 410.

115 I. COOREMAN en L. PEETERS, “Betaling en uitvoeringsmoeilijkheden bij overheidsopdrachten van werken: de toepassing van artikel 15 en artikel 16 algemene aannemingsvoorwaarden (AAV)”, *OOO* 2011, afl. 1, (63) 68-69, nr. 26.

116 Verslag aan de Koning bij art. 56 KB AUR 2013, *BS* 14 februari 2013, 8775.

117 I. COOREMAN en K. PHILIPS, “Betalingen bij overheidsopdrachten – de toepassing van artikel 15 van de algemene aannemingsvoorwaarden” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL, B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP Publishers, 2011, (911) 930.

(vi) Kennisgeving

70. De beslissing om het uitvoeringstempo te vertragen of de werken te schorsen wegens achterstal van betaling moet via een aangetekende zending aan de aanbestedende overheid worden gemeld ten laatste 15 dagen vóór de dag van vertraging van het uitvoeringstempo of van de daadwerkelijke onderbreking.

4.3.2 Termijnverlenging(i) Wettelijke bepaling

71. Artikel 70 KB AUR 2013 bepaalt:

“Wanneer door de schuld van de aanbestedende overheid de betaling niet is verricht na verloop van dertig dagen na de gestelde betalingstermijn, kan de opdrachtnemer het uitvoeringstempo van de werken, leveringen of diensten vertragen of onderbreken.

In dit geval heeft de opdrachtnemer recht:

1° in ieder geval, ongeacht of er een vertraging van het uitvoeringstempo of een onderbreking is of niet, op een termijnverlenging die gelijk is aan het aantal dagen begrepen tussen het verloop van de voornoemde periode van dertig dagen en de betalingsdatum, voor zover de aanvraag schriftelijk wordt ingediend vóór het verstrijken van de contractuele termijnen;”

De aannemer heeft recht op termijnverlenging ongeacht of er een vertraging is geweest van het uitvoeringstempo of er een onderbreking is geweest of niet. Dit volgt letterlijk uit de wettelijke bepaling.

(ii) Voorwaarden inzake aard van de betalingen, laattijdigheid, schuld van de overheid, verschuldigheid van de bedragen, het belang van de achterstallen

72. Dezelfde voorwaarden gelden als bij schorsing, met dien verstande dat de aannemer, anders dan bij een beslissing tot schorsing, geen enkel risico neemt bij het aanvragen van een termijnverlenging.

(iii) Aanvraag tot termijnverlenging binnen de contractuele uitvoeringstermijnen

73. De aanvraag tot termijnverlenging moet schriftelijk worden ingediend vóór het verstrijken van de contractuele termijnen.

Wat als contractuele termijn wordt beschouwd, zou het voorwerp kunnen zijn van discussie met het bestuur. Aangenomen moet worden dat de contractuele termijnen deze zijn die de partijen op dat ogenblik binden.

Als tijdens de uitvoering van de opdracht de aanbestedende overheid uitdrukkelijk schriftelijk akkoord is gegaan om de oorspronkelijke termijnen zoals voorzien in het bestek te verlengen, om welke reden dan ook, dan is het hierdoor gebonden en dient te worden besloten dat vanaf dat ogenblik deze gewijzigde termijnen als contractuele termijnen worden beschouwd.

Indien er door de aannemer termijnverlenging wordt gevraagd, zonder dat deze tot dan toe werd goedgekeurd door het bestuur, zal het pas op het ogenblik van een eventuele

rechterlijke uitspraak vaststaan of de termijnverlenging wegens betalingsachterstal werd aangevraagd binnen de contractuele uitvoeringstermijn.¹¹⁸

(iv) Duur van de termijnverlenging

74. De termijnverlenging wordt voor opdrachten gesloten vanaf 16 maart 2013 berekend vanaf de 31^{ste} dag volgend op het verstrijken van de betalingstermijn.

Vroeger was dit vanaf de 91^{ste} dag na de ontvangst van de verklaring van schuldvordering door de aanbestedende overheid tot de werkelijke datum van betaling van de vorderingsstaat in kwestie. Aangezien de betalingstermijn nu afhangt van de feitelijke beëindiging van de verificatie door de aanbestedende overheid, zal geval per geval moeten worden nagekeken, in functie van de werkelijke verificatie, vanaf welke dag de aannemer aanspraak maakt op termijnverlenging.

Wanneer meerdere overschrijdingen van betalingstermijnen elkaar overlappen, mogen deze slechts eenmaal in rekening worden gebracht. Dit volgt uit artikel 70, vijfde lid KB AUR 2013, dat de inhoud overneemt van het vroegere artikel 15, § 6, vijfde lid AAV: "ingeval meerdere overschrijdingen van betalingstermijnen elkaar overlappen, mogen deze slechts één keer in rekening worden gebracht".

4.3.3 Schadevergoeding

(i) Wettelijke bepaling

75. Artikel 70 KB AUR 2013 bepaalt:

"Wanneer door de schuld van de aanbestedende overheid de betaling niet is verricht na verloop van dertig dagen na de gestelde betalingstermijn, kan de opdrachtnemer het uitvoeringstempo van de werken, leveringen of diensten vertragen of onderbreken.

In dit geval heeft de opdrachtnemer recht:

1° (...)

2° op schadevergoeding, indien er werkelijk een vertraging van het uitvoeringstempo of een onderbreking is geweest en voor zover de rekening voor schadevergoeding wordt ingediend binnen de termijnen bepaald in artikel 53."

(ii) Voorwaarden inzake aard van de betalingen, laattijdigheid, schuld van de overheid, verschuldigdheid van de bedragen, het belang van de achterstallen

76. Dezelfde voorwaarden gelden als bij schorsing, met dien verstande dat er, anders dan bij een beslissing tot schorsing, geen enkel risico wordt genomen door schadevergoeding aan te vragen.

77. Artikel 70 KB AUR 2013 geeft de aannemer enkel recht op schadevergoeding, wanneer de aannemer de werken geschorst heeft of het uitvoeringstempo heeft vertraagd.

118 I. COOREMAN en L. PEETERS, "Betaling en uitvoeringsmoeilijkheden bij overheidsopdrachten van werken: de toepassing van artikel 15 en artikel 16 algemene aannemingsvoorwaarden (AAV)", *OOO* 2011, afl. 1, (63) 68-70, nr. 32.

De regeling is logisch. In geval van schorsing of vertraging¹¹⁹ heeft de aannemer recht op een overeenkomstige verlenging van de uitvoeringstermijn. Deze verlengde uitvoeringstermijn zal de aannemer (behoudens acceleratie) ook moeten benutten, omdat hij gedurende de periode van schorsing of vertraging niet of aan verminderd tempo heeft gewerkt. Logischerwijze heeft de aannemer dan ook recht op vergoeding van kosten en schade verbonden aan deze verlengde uitvoeringstermijn.

Wanneer de aannemer de werken niet geschorst of vertraagd heeft, maar enkel termijnverlenging heeft aangevraagd, heeft hij voor de verlengde termijn geen recht op schadevergoeding. Aangezien de aannemer de werken ingevolge de betalingsachterstand per hypothese niet geschorst of vertraagd heeft, zal hij de bijkomende termijn ook niet moeten benutten om die reden en daarvoor dus ook geen kosten moeten maken. Deze termijnverlenging dient bijgevolg louter als sanctie voor de aanbestedende overheid te worden beschouwd, in welk geval eventueel toegepaste boetes wegens vertraging te wijten aan de aannemer niet zullen kunnen worden toegepast.

(iii) Verzoek tot schadevergoeding

78. De aannemer dient – net als voorheen onder 16, § 4 AAV – een schriftelijk verzoek tot het verkrijgen van een schadevergoeding wegens laattijdige betaling in te dienen binnen de termijnen bepaald in artikel 53 KB AUR 2013 en dit op straffe van verval. Het verzoek tot schadeloosstelling moet gebeuren vóór het verstrijken van de contractuele termijnen om termijnverlenging of verbreking van de opdracht te kunnen verkrijgen en sowieso binnen de 90 dagen volgend op de datum van de betekening van het procesverbaal van voorlopige oplevering van de opdracht om een andere vorm van herziening van de opdracht dan die vermeld in 1° of schadevergoeding te verkrijgen.¹²⁰

Krachtens artikel 53 KB AUR 2013 dient het verzoek ook behoorlijk gerechtvaardigd en becijferd te zijn. De schadeclaim is onontvankelijk wanneer deze niet of slechts zeer beknopt gestaafd is met bewijsstukken of niet goed becijferd is.¹²¹ Niettemin beschikt de aannemer over de mogelijkheid om deze stukken alsnog binnen de nuttige termijn over te maken, dan wel een nieuwe schadeclaim in te dienen in geval van afwijzing door de aanbestedende overheid.¹²²

De becijfering kan een voorlopige raming zijn en heeft niet tot gevolg dat de aannemer zijn recht verliest op een volledige schadevergoeding. Dit volgt uit het cassatiearrest van 30 januari 1997:

“Dat de benadeelde aannemer zijn klacht en of verzoek weliswaar moet becijferen, maar dat die raming alleen maar voorlopig kan zijn; dat voormeld artikel 16, §4, hoe dan ook

119 Het recht op schadeloosstelling is dus niet afhankelijk van het effectief onderbreken van de werken. Zie in die zin Gent 5 juni 2003, *NJW* 2003, afl. 45, 1079, geciteerd in A. EECKHOUT, “Uitvoeringstermijn, termijnverlenging en termijnschade bij uitvoering van overheidsopdrachten (werken)” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.) *Jaarboek overheidsopdrachten 2009-2010*, Brussel, EBP, 2010, (401) 415 en I. COOREMAN en L. PEETERS, “Betalings- en uitvoeringsmoeilijkheden bij overheidsopdrachten van werken: de toepassing van artikel 15 en artikel 16 algemene aannemingsvoorwaarden (AAV)”, *OOO* 2011, afl. 1, (63) 70, nr. 34.

120 B. GHEYSENS, “Artikel 53 van het KB Uitvoering van 14 januari 2013” in S. VAN GARSSSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten. Koninklijk besluit van 14 januari 2013*, Brussel, Politeia, 2013, (87) 88¹ – 88³, nr. 4.

121 C. DE KONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2007, 416, nr. 520 en B. GHEYSENS, “Artikel 53 van het KB Uitvoering van 14 januari 2013” in S. VAN GARSSSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten. Koninklijk besluit van 14 januari 2013*, Brussel, Politeia, 2013, (87) 88, nr. 2.

122 B. GHEYSENS, “Artikel 53 van het KB Uitvoering van 14 januari 2013” in S. VAN GARSSSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten. Koninklijk besluit van 14 januari 2013*, Brussel, Politeia, 2013, (87) 88-88¹, nr. 2.

niet tot gevolg heeft noch kan hebben dat de benadeelde aannemer het recht verliest op volledige vergoeding van zijn schade; dat de rechtbanken hem bijgevolg een schadevergoeding kunnen toekennen waarvan het bedrag hoger ligt dan het, overeenkomstig artikel 16, § 4, van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977, in zijn klacht of verzoek vermelde bedrag.”¹²³

Katleen TOBBACK en Julie BRONDEL
Advocaten, respectievelijk Balie Leuven, Balie Brussel

123 Cass. 30 januari 1997, *RW* 1997-98, 133.

Classement (après acceptation d'une correction en plus)

COUR DE CASSATION, 1^{ère} chambre, 24 octobre 2013, C.12.0295.N., en cause SCRL A. société de logement social c. S. et consorts

- Présidente (f.f.): madame B. Deconinck
- Pl.: P. Wouters et H. Geinger

MOTS - CLÉS

Marché public – Métré récapitulatif – Poste unique "pose de carrelages" – Quantité en plus acceptée après proposition de correction par plusieurs soumissionnaires. Proposition de correction par le soumissionnaire X, de la quantité insuffisante du métré, opérée sous deux formes: d'une part, mention d'une quantité en plus dans l'une (carrelage "salle de bains") des deux parties du poste; d'autre part, mais à un prix unitaire plus élevé, par la création d'un poste nouveau (carrelage "cuisine") présentée comme la réparation d'une omission – Rejet de la réalité de l'omission, le poste prétendument omis existant dans le métré. Classement des offres – Concernant X, application à la totalité de la quantité en plus admise, du prix unitaire (plus bas) qu'il a prévu dans le poste original – Violation de l'égalité entre soumissionnaires.

SOMMAIRE

Le pouvoir adjudicateur qui, après examen, estime que le métré ne présente pas d'omissions, ne doit, en principe, plus tenir compte de la correction apportée par le soumissionnaire.

Lorsque le pouvoir adjudicateur rejette la réparation d'une omission qui en réalité porte sur une partie spécifique d'un poste déjà prévu du métré – pour laquelle tel soumissionnaire n'a, par erreur, pas remis prix – l'offre de celui-ci doit, afin de garantir l'égalité entre les soumissionnaires, être corrigée en tenant compte du prix (unitaire, en l'occurrence plus élevé) qu'il a remis pour l'omission rejetée, conformément à son intention réelle.

Rangschikking (na aanvaarding van een verbetering in meer)

HOF VAN CASSATIE, 1^{ste} kamer, 24 oktober 2013, C.12.0295.N., inzake CVBA A., maatschappij voor sociale woningbouw t. S. en consorten

- (d.d.) Voorzitster: mevrouw B. Deconinck
- Pl.: P. Wouters en H. Geinger

SLEUTELWOORDEN

Overheidsopdracht – Samenvattende opmetingsstaat – Eén enkele post “betegeling” – Aanvaarde hoeveelheid in meer na verbeteringsvoorstel door meerdere inschrijvers. Dubbelsporig verbeteringsvoorstel door inschrijver X, van de onvoldoende voorziene hoeveelheid: enerzijds, aanbrengen van een hoeveelheid in meer voor één onderdeel (betegeling badkamer) van de post; anderzijds doch tegen een hogere eenheidsprijs, met invoering van een nieuwe post (betegeling keuken) voorgesteld als aanvulling van een leemte – Terechte niet-aanvaarding van het bestaan van een leemte: de beweerde ontbrekende post bestaat.

Rangschikking van de offertes – Betreffende X, toepassing op het geheel van de aanvaarde hoeveelheid in meer, van de (lagere) eenheidsprijs die hij aangaf voor de originele post – Schending van de gelijkheid tussen de inschrijvers.

SAMENVATTING

De aanbestedende overheid die na onderzoek van oordeel is dat de opmetingsstaat geen leemte vertoont, dient in beginsel met de door de inschrijver doorgevoerde aanvulling geen rekening meer te houden.

Wanneer de door de overheid geweerde aanvulling in werkelijkheid betrekking heeft op een specifiek onderdeel van een in de opmetingsstaat reeds voorziene post – onderdeel waarvoor de inschrijver per vergissing geen prijs heeft ingediend – dient, teneinde de gelijkheid tussen de inschrijvers bij de rangschikking van de offertes te waarborgen, deze offerte te worden verbeterd, rekening gehouden met de door de inschrijver voor de geweerde aanvulling ingediende (hogere eenheids-)prijs, conform de werkelijke bedoeling van deze laatste.

« I. LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR

Les pourvois en cassation sont dirigés contre l'arrêt rendu le 16 février 2012 par la cour d'appel d'Anvers.

(...)

III. La décision de la Cour

(...)

B. Cause C.12.0295.N

2. En vertu de l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, lorsque l'autorité compétente décide d'attribuer le marché, celui-ci doit être attribué, en adjudication publique ou restreinte, au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse.

En vertu de l'article 15, alinéa 2, de cette même loi, pour la détermination de l'offre régulière la plus basse, l'autorité compétente tient compte des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter ses débours.

3. En vertu de l'article 96, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêt royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, le soumissionnaire répare les omissions du métré récapitulatif et corrige les erreurs qu'il découvre dans les quantités forfaitaires en tenant compte des plans, du cahier spécial des charges, de ses connaissances ou de ses constatations personnelles.

En vertu de l'article 112, § 2, 1^o, alinéa 1^{er}, de cet arrêt royal, lorsqu'un soumissionnaire a réparé l'une ou l'autre omission dans le métré récapitulatif d'un marché

public de travaux, le pouvoir adjudicateur s'assure du bien-fondé de cette correction et, éventuellement, la rectifie.

En vertu de l'article 112, § 2, 1^o, alinéa 2, de cet arrêt royal, si les autres soumissionnaires n'ont pas proposé de prix pour les postes omis, ces prix sont, en vue du classement des offres et de la correction définitive de la soumission à approuver, calculés suivant la formule citée dans cette disposition.

4. En vertu de l'article 111, alinéa 1^{er}, de cet arrêt royal, le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs manifestement matérielles dans les offres sans que sa responsabilité soit engagée par suite de l'existence d'erreurs qui n'auraient pas été découvertes.

En vertu de l'article 111, alinéa 2, de ce même arrêt royal, pour rectifier ces erreurs, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire par tous moyens, notamment en analysant l'offre et en comparant des prix (**ndlr**: lire "les prix de ce dernier") à ceux des autres soumissionnaires ainsi qu'aux prix couramment pratiqués.

5. Il ressort de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur doit tenir compte de la correction apportée par un soumissionnaire à une omission dans le métré lorsque celle-ci a été déclarée fondée après l'examen du pouvoir adjudicateur et que, en vue d'assurer un traitement égal aux soumissionnaires, les offres des autres soumissionnaires, qui n'ont pas proposé de prix pour les postes omis, doivent, dans ce cas, être adaptées.

Le pouvoir adjudicateur qui, après examen, estime que le métré ne présente pas d'omissions, ne doit, en règle, plus tenir

compte de la correction apportée par le soumissionnaire.

Lorsque la correction refusée par le pouvoir adjudicateur concerne en réalité une partie spécifique d'un poste déjà prévu dans le métré, pour lequel le soumissionnaire n'a, par erreur, pas proposé de prix, il y a lieu, afin d'assurer l'égalité entre les soumissionnaires lors du classement des offres, de corriger cette offre et de tenir compte du prix proposé par le soumissionnaire pour la correction refusée, conformément à l'intention réelle de ce dernier.

6. Les juges d'appel ont décidé que:

- le poste 58.22 concernait le carrelage mural de la salle de bains et de la cuisine;
- la S.A. D. avait scindé ce poste entre, d'une part, le carrelage mural de la salle

de bains pour lequel le soumissionnaire avait proposé un prix sous le poste 58.22 et, d'autre part, le carrelage mural de la cuisine pour lequel le même soumissionnaire avait proposé un prix sous un poste déclaré omis;

- la demanderesse a méconnu l'égalité entre les soumissionnaires en ne tenant compte que du prix proposé par le soumissionnaire précité pour le carrelage de la salle de bains et en omettant de corriger l'offre compte tenu du prix proposé pour le carrelage mural de la cuisine, conformément à l'intention réelle de ce soumissionnaire.

7. Les juges d'appel ont ainsi justifié légalement leur décision.

Le moyen ne peut être accueilli.

(...)»

Observations

La réparation par un soumissionnaire d'une omission du métré qui résulte d'une lecture erronée, par celui-ci, des documents du marché: erreur purement matérielle ou irrégularité affectant l'offre?

1 Résumé des faits

1. Afin de prendre la mesure de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 2013, il convient de développer les circonstances factuelles de l'espèce, qui se révèlent assez particulières.

Celles-ci ne sont pas détaillées dans l'arrêt, et la simple lecture de celui-ci ne permet pas de les comprendre.

Il a donc été nécessaire d'examiner l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 16 février 2012, non publié, ayant donné lieu au pourvoi en cassation.

2. La société de logements sociaux A. lance, par adjudication publique, un marché de travaux portant sur la transformation d'un bâtiment en appartements.

À l'ouverture des offres, la société S. est classée première et la société D. deuxième, 10.000 EUR séparant les deux soumissionnaires, pour un marché d'une valeur de près de 10.000.000 EUR.

Après analyse de la régularité des offres et correction de celles-ci, le marché est attribué à la société D. pour un montant de 9.720.681,07 EUR. La société S. est classée deuxième, avec une offre s'élevant à 9.721.334,45 EUR.

Ce classement final résulte des corrections apportées aux offres par la société de logements sociaux, notamment en ce qui concerne le poste 58.22 relatif au carrelage mural pour salles de bains et cuisines.

3. Pour ce poste 58.22, intitulé "wandbetegeling keramisch": "Badkamer en keuken conform detailtekeningen", le métré prévoit une quantité de 2.709,02 m².

Plusieurs soumissionnaires avertissent le pouvoir adjudicateur que cette quantité est incorrecte. Celui-ci admet, après vérification, une quantité totale pour ce poste de 3.706,43 m², soit 997,41 m² supplémentaires.

4. La société D. corrige également les quantités de ce poste: elle estime qu'il manque 349,21 m². Elle porte donc le poste à 3.058,23 m², pour un prix unitaire de 40,54 EUR.

Elle ne se contente toutefois pas d'ajouter des quantités, elle relève également une prétendue omission: selon elle, les carrelages destinés aux cuisines, pour une quantité de 616,52 m², ont été omis du métré et doivent donc être ajoutés au moyen d'un nouveau poste dont elle fixe le prix unitaire à 48,06 EUR.

Ces carrelages destinés aux cuisines étaient pourtant bien prévus au sein du poste 58.22.

Pour ce poste 58.22, carrelages de cuisines inclus (via donc, pour ceux-ci, l'insertion d'un nouveau poste), la société D. proposait donc dans son offre, un prix total de 153.610,59 EUR¹.

5. Par le biais de son auteur de projet, la société de logements sociaux refuse toutefois, à bon droit, cette prétendue omission.

Elle rectifie l'offre du soumissionnaire D. en ajoutant les quantités de carrelages de cuisines aux quantités de carrelages de salle de bains également corrigées par ce soumissionnaire, sans toutefois tenir compte du prix unitaire proposé pour les carrelages de cuisine, à hauteur de 48,06 EUR.

Elle considère ainsi que la société D. a déterminé la quantité du poste 58.22 à 3.674,75 m² (3.058,23 m² + 616,52 m²) pour un prix unitaire de 40,54 EUR.

À la suite de la rectification apportée par la société de logements sociaux, le prix total du poste 58.22 est porté à 148.974,36 EUR.

En conséquence, la société de logements sociaux considère que l'offre de la société D. propose 4.636,23 EUR de moins que son prix initial pour le poste et se retrouve classée première, devant la société S. de quelques centaines d'euros.

2 Les décisions judiciaires

6. La société S. introduit une action devant le tribunal de première instance d'Anvers, considérant que, en pareille situation, l'offre de la société D. aurait dû être déclarée irrégulière.

Le tribunal rejette le recours, au motif que la solution adoptée par l'auteur de projet face à la réparation de l'omission proposée par le soumissionnaire D. ne méconnaît pas l'égalité de traitement entre soumissionnaires et la comparabilité des offres.

7. L'affaire est portée devant la Cour d'appel d'Anvers qui considère d'abord que la société de logements sociaux a, à bon droit, rejeté l'omission proposée par la société D.

Elle constate aussi que les autres soumissionnaires ont remis un prix unitaire moyen entre le prix des carrelages de salle de bains et celui des carrelages de cuisine.

Elle en conclut que la société de logements sociaux n'a pas respecté l'égalité de traitement entre soumissionnaires, dès lors qu'elle n'a tenu compte que d'un seul prix unitaire sur les deux proposés par la société D., alors que celle-ci avait expressément indiqué vouloir facturer les carrelages pour cuisines à 48,06 EUR/m².

L'"omission" constitue, selon la cour, une erreur matérielle² qui ne doit pas systématiquement conduire à l'irrégularité de l'offre, mais dont il faut tenir compte au regard de l'égalité de traitement entre soumissionnaires. Elle estime qu'il fallait avoir égard aux

1 (3.058,23 m² × 40,54 EUR) + (616,52 m² × 48,6 EUR) = 153.610,59 EUR, voy. Anvers, 16 février 2012, R.G. n^{os} 2010/AR/2722 et 2010/AR/2732, inédit.

2 "Vormgebrek".

deux prix unitaires proposés en vue d'établir le prix unitaire moyen, sous peine de ne pas pouvoir comparer l'offre du soumissionnaire D. avec celle des autres soumissionnaires.

Elle conclut que, s'agissant d'une erreur purement matérielle au sens de l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la société de logements sociaux devait prendre en compte l'intention réelle de la société D. ressortant clairement de son offre. Elle en déduit qu'il ne peut être reproché au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir écarté cette dernière.

Elle considère qu'il fallait fixer le montant de l'offre de la société D. à 9.725.317,30 EUR, de sorte que l'offre de la société S. devait être considérée comme l'offre la moins-disante et la société S. se voir attribuer le marché.

Elle condamne en conséquence la société de logements sociaux au paiement à la société S. d'une indemnité couvrant 10 % du montant H.T.V.A. de son offre.

8. La société de logements sociaux et l'auteur de projet, également à la cause, forment un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers.

La Cour de cassation, dans l'arrêt commenté, estime que les juges d'appel ont justifié légalement leur décision.

Elle rappelle l'attitude que doit adopter le pouvoir adjudicateur s'il accepte la réparation d'une omission, ou si, au contraire, il la refuse: il doit l'appliquer aux soumissionnaires qui n'ont pas proposé de prix pour le poste omis s'il l'accepte, et ce conformément à l'article 112³ de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ou ne pas en tenir compte s'il la rejette.

Elle estime en conséquence que, lorsque l'existence même de l'omission que le soumissionnaire prétend réparer, est refusée par le pouvoir adjudicateur – au motif en l'espèce, que la prétendue omission "concerne en réalité une partie spécifique d'un poste déjà prévu dans le métré, pour lequel le soumissionnaire n'a, par erreur, pas proposé de prix, il y a lieu, afin d'assurer l'égalité entre les soumissionnaires lors du classement des offres, de corriger cette offre et de tenir compte du prix proposé par le soumissionnaire pour la correction refusée, conformément à l'intention réelle de ce dernier" –, et ce sur la base de l'article 111⁴ de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qu'elle cite plus haut dans son arrêt.

3 L'erreur purement matérielle ou dans une opération arithmétique

9. Tant la Cour d'appel d'Anvers que la Cour de cassation ont fait application de l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Toutefois, ni l'une, ni l'autre n'a réellement examiné si la réparation d'une omission par un soumissionnaire, au sens de l'article 96, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 peut, lorsqu'elle résulte d'une erreur du soumissionnaire, constituer une erreur dans une opération arithmétique ou une erreur purement matérielle au sens de l'article 111 de l'arrêté royal précité.

3 Devenu l'article 97 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011, p. 44862.

4 Devenu l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, précité.

Cet examen était pourtant nécessaire, dans la mesure où, en dehors de ces deux hypothèses, soit donc l'erreur dans une opération arithmétique ou l'erreur purement matérielle, le pouvoir adjudicateur ne peut pas corriger d'autres erreurs dans l'offre⁵.

10. La réglementation ne définit pas ces deux notions. D'aucuns s'y sont essayé.

L'erreur purement matérielle peut se définir comme "l'élément qui diffère clairement de l'intention du soumissionnaire telle qu'elle résulte des éléments intrinsèques de son offre, qu'ils soient contenus dans celle-ci même ou ressortent de son contexte"⁶.

Selon cette définition, l'erreur purement matérielle implique une divergence entre ce que veut le soumissionnaire et ce qu'il mentionne dans son offre.

Elle doit être *involontaire*.

Or ajouter un poste portant sur les carrelages pour cuisines en considérant – erronément – que ce poste a été oublié par le pouvoir adjudicateur témoigne d'une volonté expresse du soumissionnaire d'opérer cette modification du métré.

11. Le Conseil d'État se montre sévère quant au sort à réserver aux offres affectées d'erreurs qui ne peuvent être qualifiées d'involontaires ni, partant, de purement matérielles.

Dans une affaire où le soumissionnaire avait volontairement converti le prix proposé par son sous-traitant, présenté en m³, en m², pensant que ce dernier s'était trompé en lui communiquant son prix⁷, il a jugé que "*prima facie*, à l'examen, cette erreur ne peut être qualifiée de simple erreur matérielle. Elle ne se limite pas en effet à une confusion entre unités de mesure en m³ et m², mais tient à une erreur de méthode suivie par la société V. en vue d'établir son prix"⁸.

Il n'a pas eu égard à la circonstance qu'initialement une erreur avait été commise par le sous-traitant du soumissionnaire, et a considéré que la démarche de ce dernier, consécutive à cette erreur, ne pouvait constituer une erreur purement matérielle.

Dans un arrêt du 4 mars 2013⁹, il a également jugé que la modification par erreur d'une quantité dans le métré, qui induit également une erreur de prix unitaire¹⁰ et qui influe sur la portée de l'offre, ne peut être considérée comme une erreur purement matérielle.

Dans les deux cas, les offres affectées des erreurs précitées ont en conséquence été déclarées irrégulières.

Par analogie, la réparation d'une omission effectuée par un soumissionnaire, à la suite de la lecture erronée par celui-ci des documents du marché, ne semble donc pas pouvoir être qualifiée d'erreur purement matérielle, dès lors que le soumissionnaire *a voulu* ajouter ce poste à un prix unitaire différent dans son offre, bien que cette démarche se fonde sur une compréhension erronée du métré.

5 C.E., VI^{ème} ch., 28 décembre 2012, n° 221.928 (SA Franki et SA Aswebo).

6 A. VANDEBURIE, R. VAN MELSEN et M. NIHOUL, "Les contacts entre candidats ou soumissionnaires et pouvoir adjudicateur postérieurement au dépôt des demandes de participation et des offres en adjudication et en appel d'offres", *Chronique des marchés publics*, 2010-2011, p. 644.

7 Il n'y avait pas erreur sur le prix, le sous-traitant ayant simplement indiqué m³ au lieu de m², le prix valant pour des m².

8 C.E., VI^{ème} ch., 28 décembre 2012, n° 221.928 (SA Franki et SA Aswebo).

9 C.E., VI^{ème} ch., 4 mars 2013, n° 222.711 (SA Medibridge).

10 Le soumissionnaire avait remplacé la quantité de "4" pour le chiffre 1.

12. Par ailleurs, le Conseil d'État a déjà jugé que la correction d'une erreur purement matérielle par le pouvoir adjudicateur ne se confond pas avec la correction d'une quantité dans le métré d'un soumissionnaire telle que visée par l'article 112, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ou, pour les marchés publiés à la date du 1^{er} juillet 2013, par l'article 97, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011¹¹.

Les deux systèmes sont distincts¹². Les rectifications du pouvoir adjudicateur résultant de la correction d'une omission ou d'une quantité ne peuvent être assimilées à la correction d'erreurs purement matérielles.

13. Le raccourci, opéré par la Cour d'appel d'Anvers et à sa suite par la Cour de cassation, par la référence faite à l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, sans examen des conditions établies par la jurisprudence pour conclure à l'existence en fait d'une erreur purement matérielle, est donc critiquable.

L'article 111 précité déroge en effet au principe de l'intangibilité des offres après ouverture de celles-ci. Il doit en conséquence s'interpréter strictement, de sorte qu'il ne permet de corriger que les erreurs arithmétiques ou purement matérielles.

4 La rectification de la réparation de l'omission

14. D'autres dispositions permettent de déroger à ce principe d'intangibilité des offres en rectifiant certaines données de l'offre¹³.

L'article 112 précité impose ainsi au pouvoir adjudicateur, respectivement dans ses paragraphes 1^{er} et 2, de contrôler et de rectifier au besoin les quantités corrigées ou les omissions réparées par le soumissionnaire dans son offre.

Le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, de cet article prévoit plus précisément que: "lorsqu'un soumissionnaire a réparé l'une ou l'autre omission dans le métré récapitulatif d'un marché public de travaux, le pouvoir adjudicateur s'assure du bien-fondé de cette correction et, éventuellement, la rectifie"¹⁴.

15. Au sens de cet article, la rectification ne porte que sur la correction de l'omission.

Le pouvoir adjudicateur peut donc soit modifier le poste du métré ajouté par le soumissionnaire en augmentant ou en diminuant les quantités proposées, soit supprimer le poste ajouté.

Il ne peut toutefois, sous le couvert de cette rectification, modifier d'autres parties de l'offre, telles que d'autres postes du métré.

16. En l'espèce, la rectification de l'omission ne pouvait porter que sur une prise en compte du poste 58.22 au prix unitaire de 40,54 EUR, en adaptant les quantités selon les corrections des soumissionnaires acceptées par le pouvoir adjudicateur.

11 C.E., Vjème ch., 4 juin 1997, n° 66.558 (SA Oswald Heck).

12 Pour d'autres cas, en matière de vérifications des offres, d'hypothèses à distinguer: voy. les observations de N. BRAECKEVELT sous Gand, 11 février 2011, *Entr. et dr.*, 4/2012, pp. 101 et s. ainsi que p. 117; Civ. Bruges, 7 novembre 2011.

13 C.E., 27 août 1992, n° 40.169, *Arr. R.v.St.*, 1992.

14 L'article 97, § 4, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 a précisé le texte en indiquant "il s'assure du bien-fondé de cette réparation et la rectifie si nécessaire en fonction de ses constatations personnelles".

En effet, la société D., en se méprenant sur le contenu du poste 58.22, a créé un nouveau poste contenant une partie des quantités du poste 58.22, mais à un prix différent. Dans le métré de ce soumissionnaire, ce poste 58.22 est donc incomplet et le prix offert ne tient pas compte du prix plus élevé des carrelages de cuisine.

La particularité de cette affaire touche également à l'impact de la rectification par le pouvoir adjudicateur: la différence de prix entre les offres des deux premiers soumissionnaires est minime, de sorte que la rectification peut faire basculer le classement en faveur de l'un ou de l'autre.

17. La rectification de la correction d'une omission était dès lors problématique en l'espèce. Il s'agissait de la solution retenue par la société de logements sociaux, donnant lieu à l'arrêt commenté.

Comme l'a relevé la Cour d'appel d'Anvers, une telle attitude méconnaît le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. Les autres soumissionnaires ont, en effet, proposé un prix moyen entre le carrelage de salle de bains et le carrelage de cuisine, visiblement plus cher. Le pouvoir adjudicateur ne pouvait donc retenir le seul prix unitaire des carrelages de salle de bains pour ce soumissionnaire D. et l'appliquer également aux carrelages de cuisine, sous peine d'empêcher la comparaison des offres.

5 L'irrégularité de l'offre

18. En définitive, en pareille hypothèse, dès lors qu'il ne peut corriger l'offre au-delà de la suppression du poste erronément ajouté, le pouvoir adjudicateur n'a pas d'autre solution que d'écarter l'offre de ce soumissionnaire D., qui a procédé à la correction d'une omission inexistante, et qui a de la sorte rendu son offre impossible à comparer aux autres offres.

La correction de l'omission par ce soumissionnaire a affecté le poste 58.22 et le prix unitaire proposé pour celui-ci. Le pouvoir adjudicateur ne pouvait par ailleurs être certain que le soumissionnaire s'était engagé pour un prix unitaire de 40,54 EUR tant pour le carrelage de salle de bains que pour le carrelage de cuisine, dès lors qu'il connaissait ses intentions réelles, tirées de la réparation de l'omission.

La réparation à tort d'une omission devait, en l'espèce, être considérée comme une irrégularité touchant au prix ou, à tout le moins, comme une irrégularité témoignant d'une incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire pour le prix unitaire proposé.

Par ailleurs, cette offre ne pouvait être comparée aux autres offres qui proposent un prix moyen entre le prix du carrelage destiné aux cuisines et celui affecté aux salles de bains.

Dès lors qu'elle était affectée d'une irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur n'avait d'autre choix que d'écarter cette offre.

La sanction peut paraître sévère pour une offre qui a proposé une réparation d'une omission non retenue, mais elle est à la mesure de l'erreur de la société D., erreur qui était patente, dès lors que le métré précisait clairement que le poste 58.22 incluait le carrelage destiné aux cuisines.

La solution aurait pu être tout autre si la réparation de l'omission avait résulté d'une difficulté d'interprétation du métré et des documents du marché.

Un élément souvent décisif pour démontrer l'absence de difficulté d'interprétation des documents du marché est évidemment le constat de fait que tous les autres soumissionnaires les ont sur le point/poste concerné, compris uniformément et dans un sens opposé au soumissionnaire qui répare l'omission.

Comme ce fut le cas en l'espèce, puisque le poste 58.22 a été par tous sauf ledit soumissionnaire, compris comme portant sur l'ensemble des carrelages, c'est-à-dire, tant ceux destinés aux salles de bains qu'aux cuisines et, partant, comme nécessitant l'introduction d'un seul prix, soit le prix moyen entre les deux types de carrelages, si, comme en l'espèce, le prix des carrelages était de valeur différente suivant la pièce à couvrir.

Nathanaëlle MICHEL
Avocate au barreau de Bruxelles

Hoofdelijkheid

RAAD VAN STATE, nr. 225.191, 22 oktober 2013 inzake FAB en consorten t. Belgische Staat

- Voorzitter: D. Verbiest
- Pl.: C. Dewolf, L. De Vuyst en A. Baeyens

SLEUTELWOORDEN

Deelname aan overheidsopdrachten "design and build" – Combinatie zonder rechtspersoonlijkheid met architect en aannemer – Onverenigbaarheid tussen beroep architect/aannemer – Geen hoofdelijkheid architect/aannemer – Gedeeltelijke nietigverklaring van artikel 51, § 2 KB 15 juli 2011.

Solidarité

CONSEIL D'ÉTAT, n° 225.191, 22 octobre 2013, en cause FAB et consorts c. État belge

- Président: D. Verbiest
- Pl.: C. Dewolf, L. De Vuyst et A. Baeyens

MOTS - CLÉS

Participation aux marchés publics "design and build" – Groupement sans personnalité juridique avec architecte et entrepreneur – Incompatibilité entre professions d'architecte et d'entrepreneur – Pas de solidarité architecte/entrepreneur – Annulation partielle de l'article 51 § 2 du 15 juillet 2011.

« (...)

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 onverenigbaar 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.

(...)

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 contractvrijheid 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 controleopdracht 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.

(...)»

Noot

De hoofdelijke gehoudenheid tussen aannemer en architect in het kader van overheidsopdrachten vernietigd

Op 7 oktober 2011 stelden architectenverenigingen Federatie van de Architectenverenigingen van België (FAB) en Koninklijke Beroepsvereniging der Architecten Gediplomeerd in de Hogere Architectuurinstituten Sint-Lukas (UPA-BUA), verzekeringsmaatschappij AR-CO en enkele individuele architecten een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad van State met betrekking tot art. 51, §2 KB van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (KB Plaatsing)¹ voor zover het de hoofdelijkheid tussen de deelnemers aan een op een overheidsopdracht inschrijvende combinatie (zonder rechtspersoonlijkheid) algemeen van toepassing te maken, waarbij het dan ook eveneens geldt wanneer de combinatie bestaat uit minstens één architect en één aannemer.

In essentie voerden de verzoekende partijen aan dat in dergelijk geval art. 51, §2 KB Plaatsing strijdig is met art. 6 van de Wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel en van het beroep van architect.² Voormelde bepaling behelst het principe van de onafhankelijkheid van de architect tegenover de aannemer door het instellen van een wettelijke onverenigbaarheid tussen deze beroepen.

In haar arrest van 22 oktober 2013 volgde de Raad van State³ de argumentatie van verzoekende partijen en vernietigde de bewuste zinsnede uit art. 51, §2 KB Plaatsing voor de situatie waarin minstens één architect en één aannemer zich in combinatie (bouwteam) zouden inschrijven op een overheidsopdracht, doordat de hoofdelijke gehoudenheid die hiermee in hoofde van de inschrijvers in het leven wordt geroepen in strijd is met de onafhankelijkheid van het beroep van de architect.

Deze wettelijk ingestelde hoofdelijkheid zou immers tot gevolg hebben dat de inschrijvende architecten mede gehouden zouden zijn tot de goede uitvoering van de werken, waardoor hij ten aanzien van de aanbestedende overheid gehouden zou kunnen worden tot een uitvoering in natura of een plaatsvervangende schadevergoeding wanneer de aannemer in gebreke blijft.

De architect zou met andere woorden kunnen worden aangesproken voor een fout in de uitvoering van de werken door de aannemer. Niet alleen voorziet art. 6 van de Wet van 20 februari 1939 in een wettelijke onverenigbaarheid tussen het beroep van aannemer en dat van architect, doch werd tevens de wettelijke ontwerp- en controlebevoegdheid over een bouwwerk exclusief toebedeeld aan de architect

1 KB van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, *BS* 9 augustus 2011.

Art. 51, §2 KB Plaatsing luidt als volgt:

“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.”

2 Wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel en van het beroep van architect, *BS* 25 maart 1939.

3 RvS 22 oktober 2013, nr. 225.191, www.raadvanstate.be.

en gescheiden van de uitvoering van het werk dat op verantwoordelijkheid van de aannemer geschiedt. De onafhankelijkheid tussen beide partijen vormt de garantie op een conforme uitvoering van de werken. Ook in die zin streeft art. 51, §2 KB Plaatsing met de regels betreffende de uitoefening van het beroep van architect.

In haar arrest van 22 oktober 2013 motiveerde de Raad van State zijn beslissing dan ook als volgt:

“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.”

1 Het bouwteam

Bij de traditionele gang van zaken waarbij een werk wordt aanbesteed op basis van een tot in details uitgewerkt ontwerp, wordt tussen de functies ontwerpen en uitvoeren een wig gedreven. Hierdoor kan tijdens de ontwerpfase niet worden geprofiteerd van de specifieke deskundigheid die bij professionele uitvoerders aanwezig is. Dit nadeel kan worden ondervangen indien het bouwproces wordt voltrokken in het verband van een bouwteam.⁴

Waar de notie bouwteam reeds verschillende jaren het voorwerp uitmaakt van een ontwikkeling in de Nederlandse rechtsleer en rechtspraak, is deze notie in ons Belgisch recht tot op heden veel minder gekend, inzonderheid met betrekking tot haar inzet en de juridische gevolgen die eruit kunnen voortvloeien.⁵

Onder ‘bouwteam’ wordt verstaan: een tijdelijke vorm van samenwerking, op voet van gelijkheid, tussen vertegenwoordigers van de bouwprocesfuncties: initiatief nemen, ontwerpen en uitvoeren, waarbij de deelnemers in gecoördineerd verband de werk-

4 A.M.C. VAN DEN BERG, A.G. BREGMAN en M.A.B. CHAO-DUIVIS, *Bouwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage, Instituut voor Bouwrecht, 2013, 346.

5 B. GORZA, “Observations” (noot onder Luik 28 juni 2012), *T.Ann.* 2013/3, 265. Zie ook: B. KELCHTERMANS, “Artikelsgewijze commentaar bij artikel 31 van de wet van 15 juni 2006”, Brussel, Politeia, 2012.

zaamheden verrichten die uit de eigen functie voorkomen, en daarnaast – waar mogelijk – door het geven van advies meewerken aan de taakvervulling van collega-deelnemers.⁶

Het belangrijkste motief om voor het bouwteammodel te kiezen, is de verwachting dat in belangrijke mate op de uitvoeringskosten kan worden bespaard door reeds in de planfase te kunnen beschikken over de specifieke uitvoerings- en kostendeskundigheid van een aannemer. Het bouwproces vordert sneller en door de nauwere samenwerking is het mogelijk veel korter op de bal te spelen. De ellenlange prijsoffertevraag-rondes, de deelse herwerking van het architectenwerk door latere specifieke aannemerseisen, alsook de late agenda-inpassing van de aannemer, vervallen hierdoor voor een belangrijk deel.

Gelet ook het Belgisch overheidsopdrachtenrecht de mogelijkheid voorziet tot het indienen van offertes door een combinatie van inschrijvers oftewel door een 'bouwteam'.

Dat het KB Plaatsing specifiek een aantal bepalingen toepasselijk verklaart op het gegeven dat er een gezamenlijke offerte wordt ingediend door consortia, combinaties of tijdelijke handelsvennootschappen.

Artikel 51, §2 *in fine* van het KB Plaatsing behoudt het beginsel dat een offerte die door een combinatie wordt ingediend door gemachtigden van alle deelnemers moet worden ondertekend. De deelnemers zijn dan hoofdelijk verbonden en zijn verplicht de deelnemer aan te duiden die de combinatie tegenover de aanbestedende dienst zal vertegenwoordigen. De enige mogelijke combinatie die de Belgische regelgever echter schijnt te erkennen, is de tijdelijke handelsvennootschap, daar het enkel die rechtsfiguur is die hoofdelijke en ondeelbare aansprakelijkheid van de deelnemers veronderstelt.⁷

Hoewel de Richtlijnen 2004/17⁸ en 2004/18⁹ nergens de verplichting opleggen om te voorzien in een hoofdelijke gehoudenheid van de leden van een consortium¹⁰, heeft de Belgische wetgever in de omzetting van de Richtlijnen in het KB Plaatsing ervoor geopteerd om dergelijke verplichting wel in te voeren.

Niettegenstaande de legitieme bekommernis van de Belgische wetgever om hiermee de nodige garanties te doen verstrekken door de inschrijvers aan de aanbestedende dienst en het verminderen van hun risico op insolventie, viel deze weinig genuanceerde benadering te betreuren, nu zij geen rekening hield met de gevallen waarin een combinatie van deelnemers juist die hoofdelijke aansprakelijkheid moet kunnen vermijden, zoals *in casu* wanneer een bouwteam bestaande uit minstens één aannemer en één architect zich inschrijft.

6 M.A.B. CHAO-DUIVIS en A.Z.R. KONING, *Veranderende rollen – Een inleiding in nieuwe contractvormen in het bouwrecht*, 's-Gravenhage, Instituut voor Bouwrecht, 2001, 97.

7 B. SCHUYTSE, "De weg naar de hel is geplaveid met goede voornemens, een kritische analyse van de nieuwe regels inzake overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2012/1, 23 e.v., nrs. 126 e.v.

8 Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Pb.L.* 30 april 2004, 1-113.

9 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb.L.* 30 april 2004, 114-240.

10 Integendeel bepaalt art. 4, tweede lid van de Richtlijn 2004/18 dat combinaties van ondernemers mogen inschrijven of zich als gegadigde opgeven.

2 De hoofdelijke gehoudenheid van het bouwteam nader bekeken

Hoofdelijkheid bestaat hierin dat, ofschoon het voorwerp van de verbintenis, zonder enig kwantitatief of kwalitatief waardeverlies, voor verdeling vatbaar is, elke schuldeiser niettemin gerechtigd is tot de hele prestatie (*actieve* hoofdelijkheid), of elke schuldenaar gehouden is tot de hele prestatie (*passieve* hoofdelijkheid).¹¹

Artikel 51, §2 KB Plaatsing bepaalt dat, wanneer een offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid, alle deelnemers aan die combinatie hoofdelijk verbonden zijn. Het betreft hier zodoende een automatische *passieve* hoofdelijkheid van de deelnemers.

Bij de *passieve* hoofdelijkheid zijn dus verschillende schuldenaars dezelfde prestatie verschuldigd aan de schuldeiser(s) die, naar vrije keuze¹², een der schuldenaars mag aanspreken tot betaling van de gehele schuld.¹³ De betaling door een der hoofdelijke schuldenaars van de gehele schuld bevrijdt de overige co-debiteurs (art. 1200 en 1203 BW), met dien verstande dat de betalende schuldenaar intern een verhaal heeft tegen de hoofdelijke medeschuldenaars.¹⁴

De voordelen van de *passieve* hoofdelijkheid zijn veelvuldig en dit zowel voor de schuldeiser als voor de schuldenaar. De schuldeiser heeft de keuze en kan volstaan met de meest solvabele debiteur aan te spreken voor het geheel, wat ook procedurele voordelen heeft. De pluraliteit aan schuldenaars betekent voor de schuldeiser een bijkomende waarborg i.p.v. een nadelige schuldsplitsing. De aangesproken schuldenaar zal weliswaar de betaling van de gehele schuld moeten prefinancieren en dus ook het risico dragen van de insolventie van zijn medeschuldenaars, maar de mogelijkheid om een verbintenis hoofdelijk aan te gaan, verhoogt vaak de kredietmogelijkheden van de schuldenaars.¹⁵

Het Burgerlijk Wetboek regelt de figuur van de *passieve* hoofdelijkheid uitvoerig, doch kent slechts twee hoofdbronnen van *passieve* hoofdelijkheid: de overeenkomst en de wet (art. 1202 BW). Door een ruime interpretatie van het begrip 'wet' heeft de rechtspraak van het Hof van Cassatie hieraan de gewoonteregels en de algemene rechtsbeginselen toegevoegd.¹⁶

Buiten het hier besproken geval van *passieve* hoofdelijkheid tussen aannemer en architect in toepassing van art. 51, §2 KB Plaatsing bestonden er geen andere gevallen van

11 M. VAN QUICKENBORNE, "Hoofdelijkheid" in *Comm.Bijz.Ov.* 2002, afl. 55, 4, nr. 1.

12 Art. 1203 BW.

13 De schuldeiser kan ook verkiezen om de medeschuldenaars tegelijkertijd te vervolgen, maar uiteindelijk zal hij nooit meer kunnen innen dan het bedrag van de totale schuld. Zie art. 1204 BW.

14 L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 132; S. STIJNS, "Over *passieve* hoofdelijkheid en in solidum-gehoudenheid, over gemeenschappelijke fouten en samenlopende fouten" (noot onder Cass. 9 december 1993), *R.Cass.* 1994, 49-56; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, "Chronique de jurisprudence (1985-1995). Les obligations: le régime général de l'obligation", *JT* 1999, (821), nr. 27; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintennisrecht*, Leuven, Acco, 2006, 547.

15 S. STIJNS, *Verbintennisrecht*, Brugge, die Keure, 2009, 36.

16 Adv. Gen. F. Dumon, concl. Bij Cass. 15 februari 1974, *RW* 1973-74, 1727. Zie verder: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 130; R. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak. Verbintennisrecht (1981-1992)", *TPR* 1994, (171), nrs. 6-7; S. STIJNS, "Over *passieve* hoofdelijkheid en in solidum-gehoudenheid, over gemeenschappelijke fouten en samenlopende fouten" (noot onder Cass. 9 december 1993), *R.Cass.* 1994, nrs. 10-15; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, "Chronique de jurisprudence (1985-1995). Les obligations: le régime général de l'obligation", *JT* 1999, (821), nrs. 23-25; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintennisrecht*, Leuven, Acco, 2006, 547 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations", *RCJB* 1988, nr. 179; M. VAN QUICKENBORNE, v° *Pluraliteit*, in *Artikelsgewijze Commentaar*, 2002, nrs. 54-66.

(wettelijke) hoofdelijkheid tussen architect en aannemer. Ze zijn wel gehouden tot een verbintenis *in solidum*.^{17 18}

Wat de gevolgen van de passieve hoofdelijkheid betreft, wordt er traditioneel een onderscheid gemaakt tussen de *essentiële* gevolgen en de *neven- of bijkomende* gevolgen.

De zgn. essentiële gevolgen vloeien voort uit de twee hoofdkenmerken van de passief hoofdelijke schuld, te weten rond de "eenheid van voorwerp" en de "pluraliteit van rechtsbanden". De passieve hoofdelijkheid kenmerkt zich vooreerst door de eenheid van voorwerp, in die zin dat alle schuldenaars instaan voor hetzelfde voorwerp: ze zijn elk gehouden tot dezelfde prestatie en tot de gehele prestatie. Betaling door één hoofdelijke schuldenaar bevrijdt dan ook de andere co-debiteurs (art. 1200 BW).¹⁹

Ondanks de eenheid van voorwerp kan elke hoofdelijke schuldenaar met zijn schuldeiser een persoonlijke rechtsband hebben, met eigen kenmerken en een eigen evolutie (zie art. 1201 BW). Bij passieve hoofdelijkheid kan men derhalve ook te maken hebben met een pluraliteit van rechtsbanden.²⁰ Zo kan bijvoorbeeld de ene verbintenis gekenmerkt zijn door een modaliteit, die bij de andere ontbreekt (art. 1201 BW). Zo kan de ene schuldenaar verbonden zijn onder een (opschortende of ontbindende) voorwaarde, terwijl de andere schuldenaar onvoorwaardelijk verbonden is. Zolang de voorwaarde niet in vervulling is gegaan, kan de voorwaardelijk verbonden schuldenaar niet (meer) worden vervolgd, terwijl de onvoorwaardelijk verbonden schuldenaar wel voor het geheel kan worden aangesproken.²¹

17 P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, 1985/787.

18 Net zoals hoofdelijkheid, heeft de gehoudenheid *in solidum* tot gevolg dat de schuldeiser naar zijn keuze elk van de verschillende gehouden schuldenaars kan aanspreken voor het geheel van de schuld. Het verschil tussen verbintenissen *in solidum* en hoofdelijke verbintenissen is in de eerste plaats dat de hoofdelijkheid een modaliteit is van de verbintenis, daar waar de gehoudenheid *in solidum* een noodzakelijkheid is die voortvloeit uit de omstandigheden waarin de verbintenis tot stand komt. Een tweede verschil is dat bij hoofdelijkheid de verbintenissen van de medeschuldenaars eenzelfde voorwerp hebben en voortvloeien uit eenzelfde overeenkomst of eenzelfde wettelijke bepaling. In geval van gehoudenheid *in solidum* kunnen de verbintenissen van de verschillende schuldenaars een verschillend voorwerp hebben en van verschillende aard zijn. Het verschil tussen verbintenissen *in solidum* en de hoofdelijke verbintenissen uit zich vooral op vlak van hun secundaire gevolgen. In geval van hoofdelijkheid geldt dat de ingebrekestelling van een van de hoofdelijke schuldenaars gevolgen heeft ten aanzien van allen, dat de vervolgingen tegen een van de hoofdelijke schuldenaars de verjaring stuit ten aanzien van allen en dat de eis tot betaling van interest tegen een van de hoofdelijke schuldenaars de interest doet lopen ten aanzien van allen. Deze regels gelden niet in geval van gehoudenheid *in solidum*.

Een ander verschil tussen solidaire verbintenissen en verbintenissen *in solidum* situeert zich op het vlak van de onderlinge rechtsverhouding tussen de schuldenaren. Daar waar de terugbetaling door de andere schuldenaars van degene die de schuld in zijn geheel heeft betaald, uitdrukkelijk zijn grondslag vindt in art. 1214 BW, zal bij gehoudenheid *in solidum* steeds gezocht moeten worden naar een mogelijke grondslag hiervoor (cf. subrogatie, verrijking zonder oorzaak, aansprakelijkheidsvordering. Zie i.v.m. de mogelijke grondslagen L. CORNELIS, "L'obligation 'in solidum' et le recours entre coobligés", *R.C.B.* 1986, 691, nr. 6).

Ook op het vlak van de omvang van de contributie van elke schuldenaar bestaat er verschil. Behoudens andersluidend beding is de hoofdelijke verbintenis in de onderlinge verhouding tussen de schuldenaars van rechtswege deelbaar, zodat elke schuldenaar maar instaat voor zijn aandeel ten aanzien van de betaler. De schuldenaar die is aangesproken door de schuldeiser en deze heeft betaald, wordt bijgevolg, voor het na aftrek van zijn aandeel overblijvende bedrag schuldeiser van een samengevoegde schuldvordering op de andere hoofdelijke schuldenaren. Is een of meer van de andere schuldenaren onvermogen, dan zal het door diens onvermogen ontstane verlies worden omgeslagen over al de schuldenaars (art. 1214, 2^e lid BW en 1215 BW). Op deze regeling heeft de wetgever in art. 1216 BW een uitzondering gemaakt indien de zaak waarvoor de schuld hoofdelijk is aangegaan, slechts een van de hoofdelijke medeschuldenaars aangaat, is deze tot voldoening van de gehele schuld gehouden ten aanzien van de overige medeschuldenaars, die te zijnen opzichte slechts als zijn borgen worden beschouwd. In geval van gehoudenheid *in solidum* zal het verhaal op de overige schuldenaars proportioneel worden berekend afhankelijk van hun aandeel in de schuld (R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 54).

19 Cass. 6 maart 1992, A.C. 1991-92, 639, Pas. 1992, 603, noot, *R.W.* 1993-94, 1308, T.Not. 1993, 243 en *R.Cass.* 1992, 90, noot, D. MEULEMANS.

20 S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2009, 41.

21 M. VAN QUICKENBORNE, "Hoofdelijkheid" in *Comm.Bijz.Ov.* 2002, afl. 55, 26, nr. 38.

Wat de neven- of bijkomende gevolgen betreft, kan kort aangestipt worden dat deze steunen op de gedachte dat hoofdelijke co-debiteurs elkaar als het ware onderling ver- tegenwoordigen. Deze gedachte wordt verantwoord doordat de eenheid van voorwerp, kenmerkend voor de hoofdelijkheid, een belangengemeenschap creëert tussen co-de- biteurs. Als voorbeeld van een neven- of bijkomend gevolg kan worden verwezen naar het feit dat de ingebrekestelling van één hoofdelijke schuldenaar geldt jegens allen en de moratoire interesten doet lopen ten aanzien van allen (art. 1207 BW).²²

Zoals hoger gesteld, voerden verzoekers in het bij hen voor de Raad van State ingesteld annulatieberoep aan dat de automatische passieve hoofdelijkheid, zoals voortvloeiend uit art. 51, §2 KB plaatsing, ook van toepassing kan zijn op een bouwteam bestaande uit minstens één architect en één aannemer, hetgeen volgens verzoekers, hierin uiteinde- lijk bijgetreden door de Raad van State, strijdig is met artikel 6 van de Wet van 20 februari 1939 op de bescherming van den titel en van het beroep van architect, alsmede van de artikelen 4, 10 en 30, laatste lid van het door de Nationale Raad van de Orde der Architec- ten 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 al- gemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel.

3 De onverenigbaarheden als waarborg voor de onafhankelijkheid van de architect

Ten tijde van de redactie van de Code civil kon eenieder tegelijk het beroep van aan- nemer en architect uitvoeren zonder daarvoor enige bijzondere kwalificatie te moeten bezitten.²³ De Code civil voorzag immers niet in een eigen statuut voor de architect en maakte geen onderscheid tussen het beroep van architect en aannemer.

Het wettelijk kader voor de uitoefening van het beroep van architect in België werd inge- voerd door de Wet van 20 februari 1939 op de bescherming van den titel en het beroep van architect.

Deze wet introduceerde drie grote principes, te weten²⁴:

1. de bescherming van de titel en het beroep van architect: niemand mag de titel archi- tect voeren, noch het beroep ervan uitoefenen, indien hij niet in het bezit is van het daartoe vereiste diploma (art. 1, §1);
2. de verplichte bouwbijstand: de Staat, de provincies, de gemeenten, de openbare in- stellingen en de particulieren zijn verplicht een beroep te doen op de medewerking van een architect voor het opmaken van de plannen en de controle voor de uitvoe- ring van de werken waarvoor een stedenbouwkundige vergunning vereist is (art. 4, eerste lid);

22 S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2009, 44.

23 G. Baert, *Bestendig Handboek Privaatrechtelijk Bouwrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, IV.1.1-IV.1.3; R. DE BRIEY, "Le promoteur et l'architecte", in X (ed.), *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Luik, Formation Permanente C.U.P., 2003, 265; P. RIGAUX, *L'architecte. Le droit de la profession*, Brussel, Larcier, 1975, nr. 12.

24 K. UYTTERHOEVEN, "De architect en de bouwpromotor: een verboden liefde of een bijzonder huwelijk", *TBO* 2004, nr. 4, 174.

3. de onverenigbaarheid tussen het beroep van architect en het beroep van aannemer (art. 6).

De Wet van 20 februari 1939 is geheel van openbare orde.²⁵

Luidens artikel 6 van de Wet van 20 februari 1939 is het beroep van architect onverenigbaar met dat van aannemer van private of openbare werken.²⁶ Met deze absolute onverenigbaarheid heeft de wetgever zowel in het belang van de bouwheer als in 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 loskoppelen.²⁷

De onverenigbaarheid tussen het beroep van architect en aannemer vult aldus de verplichte bouwbijsstand van artikel 4 van de Wet van 20 februari 1939 aan. Deze onverenigbaarheid is trouwens een concrete verwoording van de essentiële regel van onafhankelijkheid van de architect als vrije beroeper. De reden hiervoor is dat de architect de werken van de uitvoerder-aannemer moet controleren en de controleur niet de gecontroleerde mag zijn zodat het algemeen belang gediend wordt. Indien dit laatste zich zou voordoen, dan is er uiteraard geen sprake meer van onafhankelijkheid tussen architect en uitvoerder. Het algemeen belang vereist echter dat er stevige en veilige gebouwen worden opgericht en dat op de kwaliteit van het bouwwerk controle wordt uitgeoefend door een deskundig persoon die volledig onafhankelijk is van diegene die het werk heeft opgericht.²⁸

Nergens is echter duidelijk gedefinieerd wat moet worden verstaan onder het begrip 'aannemer'. Volgens het Hof van Cassatie is dit "hij, die voor derden bouwwerken uitvoert".²⁹

Deze regel van onverenigbaarheid is in de loop van de tijd echter geëvolueerd. Zowel het Hof van Cassatie³⁰ als de Raad van State³¹ hebben de strikte interpretatie van artikel 6 wegens het feit dat deze bepaling de vrijheid van handel en nijverheid beperkt, meermaals beklemtoond.

Een volgende stap in de richting van een steeds beperkter interpreteren kwam er met de invoering van artikel 10 van het deontologisch Reglement op de beroepslichten, zoals bekrachtigd door het KB van 18 april 1985.³² Op de deontologische onverenigbaarheid wordt weliswaar een uitzondering toegestaan. Op voorwaarde dat de architect zijn onafhankelijkheid behoudt, mag hij met een aannemer deelnemen aan een vennootschap voor onroerende diensten (VOD) waarvan de statuten voorafgaandelijk door de provinciale raad van de orde zijn goedgekeurd. Een vennootschap van onroerende diensten kan

25 Rb. Nijvel 18 juli 1994, *JLMB* 1995, 1341; Rb. Brussel 1 september 1998, *TBBR* 2000, 56; P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte. Evolution des 20 dernières années*, Brussel, Larcier, 1993, nr. 1.

26 Zie: A. DELVAUX en D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, Brussel, Larcier, 1991, nr. 36-39 75-76; Y. HANNEQUART en J. CLESSE, *La responsabilité de l'architecte*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1985, 62-67; P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte. Evolution des 20 dernières années*, Brussel, Larcier, 1993, 12-23 en 100-112; M. VANWUICK-ALEXANDRE, "La conception de l'ouvrage", *Act.Dr.* 1991, 921-933.

27 Cass. 18 december 1967, *Arr.Cass.* 1968, 553; Cass. 17 februari 1969, *Arr.Cass.* 1969, 566; Cass. 3 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 992; Cass. 10 september 1976, *Arr.Cass.* 1977, 37; Luik 23 januari 1995, *JT* 1995, 385; Rb. Brussel 1 september 1998, *TBBR* 1998, 56.

28 D. MEULEMANS, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 100.

29 Cass. 18 december 1967, *AC* 1968, 553 en *RW* 1967-68, 2114.

30 Zie: Cass. 18 december 1967, *AC* 1968, 553 en *RW* 1967-68, 2114; Cass. 10 september 1976, *Pas.* 1977, I, 32.

31 Zie: RvS 28 april 1981, *Pas.* 1984, IV, 43.

32 Koninklijk Besluit tot goedkeuring van het door de Nationale Raad van de Orde der Architecten vastgestelde Reglement van Beroepslichten, *BS* 8 mei 1985.

onder meer tot voorwerp hebben: activiteiten inzake de studie, het opmaken, ontwikkelen en uitwerken van vastgoedprojecten, het architecturaal en technisch onderzoek, milieu- en effectstudies, technische controles en beheer van gebouwen.³³

Ook artikel 4 van het deontologisch Reglement op de beroepslichten huldigt het beginsel van de onafhankelijkheid van de architect door van hem te eisen dat hij steeds de nodige professionele en technische onafhankelijkheid heeft om zijn beroep uit te oefenen overeenkomstig zijn opdracht die van openbare orde is en de regels van de plichtenleer, om aldus de verantwoordelijkheid op te nemen voor de daden die hij stelt. De onafhankelijkheid behoort tot het wezen van het vrij en gereguleerd beroep dat door de architect wordt uitgeoefend. Dit beroep is gebaseerd op een vrijheid van oordeel, zowel op intellectueel als op materieel vlak. De architect kan zijn opdracht dan ook niet naar behoren uitvoeren indien hij niet op autonome wijze zijn medewerking kan verlenen aan het opmaken van de plannen en het uitvoeren van controle op de werken, maar werkt onder druk van derden waarvan hij afhankelijk is.³⁴ Deze onafhankelijkheid moet met name blijken uit het gedrag van de architect. De architect dient zich zodanig op te stellen dat er geen enkele twijfel kan bestaan over zijn onafhankelijkheid.³⁵

Steeds zal geval per geval moeten worden nagegaan of de nodige onafhankelijkheid werd gerespecteerd.

Vermelden we nog dat de sanctie op de niet-naleving van de onafhankelijkheidsplicht van de architect volgens de meerderheidsopvatting de nietigheid van het hele architecten- en eventueel aannemingscontract is met de wederzijdse teruggave bij equivalent.³⁶ Sommigen stellen dat de absolute nietigheid van de hele overeenkomst of zelfs de verschillende overeenkomsten een te drastische sanctie is en dat in bepaalde gevallen enkel de nietigheid van de betrokken clause dient te worden vastgesteld.³⁷

In haar arrest van 22 oktober 2013 heeft de Raad van State terecht geoordeeld dat art. 51, §2 KB Plaatsing strijdt met de beginselen van de onafhankelijkheid van de architect doordat "de controleopdracht van de architect op de uitvoering van de aannemer essentieel bezwaard wordt 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".

Conclusie

Ook al zou de architect nooit tot een uitvoering *in natura* kunnen worden aangesproken, gelet op de wettelijke onverenigbaarheid, dan nog blijft de vaststelling overeind dat een plaatsvervangende schadevergoeding de onafhankelijkheid van de architect op substantiële wijze in het gedrang brengt.

33 K. UYTTERHOEVEN, "De architect en de bouwpromotor: een verboden liefde of een bijzonder huwelijk", *TBO* 2004, nr. 4, 176-177.

34 K. UYTTERHOEVEN, "De architect en de bouwpromotor: een verboden liefde of een bijzonder huwelijk", *TBO* 2004, nr. 4, 175.

35 Y. HANNEQUART, "Deux règles déontologiques et importantes concernant l'exercice de la profession d'architecte", *JT* 1992, 652.

36 P. VAN OMMESLAGHE, "Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations", *RCJB* 1988, 118.

37 D. MEULEMANS, *Een pand bouwen en verbouwen*, Leuven, Acco, 2005, 101.

De architect die dus – in uitvoering van zijn wettelijke controleopdracht – een fout vaststelt in de uitvoering van de aannemer, zou zodoende gehouden zijn tot het voldoen van een plaatsvervangende schadevergoeding en dit als gevolg van de in art. 51, §2 KB Plaatsing ingestelde passieve hoofdelijkheid. In het andere geval is het duidelijk dat de architect een fout in de uitoefening van zijn controle-opdracht zou kunnen worden verweten, waardoor hij evenzeer vergoedingsplichtig is.

Het moge duidelijk zijn dat dit een brug te ver is en de Raad van State terecht deze onhoudbare situatie heeft doen ophouden door een beperkte vernietiging uit te spreken van art. 51, §2 KB Plaatsing en dus voor zover het toepassing vindt op de deelneming aan de gunningsprocedure uitgaande van een combinatie van deelnemers waaronder minstens één aannemer en één architect.

Gelet op de beperkte vernietiging die heeft plaatsgevonden inzake de hoofdelijke gehoudenheid van een combinatie van inschrijvers bestaande uit minstens één architect en één aannemer, blijft op heden de vraag overeind of deze situatie ook houdbaar zal blijven voor andere combinaties waarbij het evenmin wenselijk is om een hoofdelijkheid in te stellen, zoals bijvoorbeeld voor clubdeals in de financiële sector. Evenzeer problematisch lijkt het gegeven dat de automatische hoofdelijkheid enkel van toepassing werd verklaard op combinaties van inschrijvers zonder rechtspersoonlijkheid, waarvan het betwifelbaar is of dit in overeenstemming is met het Unierecht. Wordt allicht dus nog vervolgd.

Steve PARYS
Advocaat Balie Brussel

Responsabilité décennale

COUR D'APPEL DE LIÈGE, 20^{ème} chambre, 1^{er} décembre 2011, en cause SA C. contre SA H. et consorts

- Présidente (f.f.): madame C. Dumortier
- Pl.: A.-M. Smick *loco* L. Linders, J.-M. Verjus *loco* P. Crahay et T. Coomans *loco* M. Beukens

MOTS - CLÉS

Revêtement de façade (crépi) – Fonction isolante et hydrofuge – Gros ouvrage? Oui.

Fissuration et décollement – Vice grave? Oui.

Réparation volontaire (insuffisante):

- reconnaissance implicite de responsabilité – Interruption du délai décennal.
- réparation constitutive de gros ouvrage – Nouveau délai décennal;

Aggravation du dommage postérieure à l'expiration du délai décennal – Couverte par la dénonciation initiale.

Action du maître d'ouvrage en responsabilité contractuelle contre le fabricant? Oui.

Solution réparatrice portant amélioration par rapport aux prévisions du contrat initial – Exclue de l'indemnisation.

SOMMAIRE

Au sens de la responsabilité décennale de l'entrepreneur:

- un gros ouvrage est le revêtement de façade qui comprend la pose d'une isolation thermique et d'un crépi hydrofuge sur treillis;
- un vice grave est la fissuration et décollement affectant le crépi compte tenu du risque d'infiltration et partant d'atteinte à la maçonnerie sous-jacente.

La reconnaissance de responsabilité qui, comme une citation, interrompt le délai décennal préfixe peut être implicite et résulter de l'exécution volontaire de réparations demandées par l'architecte. L'interruption est limitée aux désordres volontairement réparés.

L'aggravation d'un désordre est couverte par la dénonciation initiale faite dans le délai décennal.

Le maître d'ouvrage dispose d'une action directe en responsabilité contre le fournisseur du matériaux viciés, au titre d'accessoire de la chose vendue.

Il y a lieu d'exclure de l'indemnisation de la victime de désordres visés par la responsabilité décennale des constructeurs, la plus-value apportée à l'immeuble par une solution réparatrice du dommage qui modifie, en l'améliorant, la conception originaires.

Tienjarige aansprakelijkheid

HOF VAN BEROEP TE LUIK, 20^{ste} kamer, 1 december 2011, inzake NV C. t. NV H. en consorten

- (w.n.d.) Voorzitster: mevrouw C. Dumortier
- Pl.: A.-M. Smick *loco* L. Linders, J.-M. Verjus *loco* P. Crahay en T. Coomans *loco* M. Beukens

SLEUTELWOORDEN

Gevelbekleding (pleisterwerk) – Isolerende en vochtwerende functie – Groot onroerend werk? Ja.

Scheurvorming en loskomen – Ernstig gebrek? Ja.

(onvoldoende) Vrijwillige herstelling:

- **impliciete erkenning van de aansprakelijkheid – Stuiting van de tienjarige termijn;**
- **als groot werk te beschouwen herstelwerk – Nieuwe tienjarige termijn.**

Verergering van de schade na het verstrijken van de tienjarige termijn – Gedekt door de oorspronkelijke aangifte.

Vordering van de opdrachtgever voor contractuele aansprakelijkheid tegen de fabrikant? Ja.

Reparatieoplossing die verbetering aanbrengt ten opzichte van de prognoses van de oorspronkelijke overeenkomst – Uitgesloten van de schadeloosstelling.

SAMENVATTING

In de zin van de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer is:

- *de gevelbekleding die het aanbrengen van thermische isolatie en een vochtwerende pleisterlaag op een draagnet omvat, een groot onroerend werk;*
- *een ernstig gebrek de scheurvorming in de pleisterlaag en het loskomen ervan, gelet op het insijpelingsrisico en bijgevolg risico op aantasting van het onderliggende metselwerk.*

De erkenning van de aansprakelijkheid die, zoals een dagvaarding, de tienjarige termijn stuit, kan impliciet zijn en voortvloeien uit de vrijwillige uitvoering van reparaties die de architect heeft gevraagd. De stuiting is beperkt tot de fouten die vrijwillig hersteld worden.

De verergering van een schade is gedekt door de oorspronkelijke klacht gedaan binnen de tienjarige termijn.

De opdrachtgever beschikt over een rechtstreekse vordering om de leverancier van gebrekkig materiaal aansprakelijk te stellen, als bijzaak van de verkochte zaak.

Uit de schadeloosstelling van het slachtoffer voor fouten die onder de tienjarige aansprakelijkheid van de bouwers vallen, moet de meerwaarde worden uitgesloten die het gebouw verwerft door een hersteloplossing voor de schade die het oorspronkelijke ontwerp wijzigt en tegelijk verbetert.

« (...) »

I. Objet du litige et antécédents de la cause

Les faits de la cause ont été suffisamment énoncés par les premiers juges à l'exposé desquels la cour se réfère. Il suffit de rappeler que la SA G. poursuit la condamnation *in solidum* de la SA C. et de la SA S. à réparer le dommage qu'elle a subi à la suite de la mauvaise réalisation de travaux de revêtement de façade, soit la pose d'un isolant et d'un crépi, réalisée durant les années 1992-1993 sur l'immeuble construit pour sa société à Embourg.

Le contrat d'entreprise a été conclu le 2 octobre 1992 entre la SA G. et la SA C.

La SA S. est le fournisseur des cornières et des produits mis en œuvre pour le crépi de façade selon ses directives techniques, par la SA C.

Depuis la réception provisoire accordée le 15 juin 1993, de nombreuses plaintes ont émané du maître d'ouvrage et de son architecte quant à la présence de décollements et de fissurations. Des premières réparations ponctuelles ont été effectuées en 1997, mais le phénomène continuant à s'aggraver, la SA C. a procédé à une réfection complète de trois façades et effectué des réparations ponctuelles sur les autres façades, outre la remise en peinture de tout l'ensemble en 2000. La société S. a donné une garantie de dix ans sur les travaux effectués en 2000.

Les réparations n'ont pas donné satisfaction et la SA G. a assigné la SA C. et la SA S. au fond les 26 et 28 octobre 2005.

Un expert a été désigné, l'architecte Y., qui conclut que tant les façades et travaux effectués en 1992 n'ayant pas fait l'objet de réparations par la SA C., que ceux ayant

fait l'objet de réparations en 2000 sont affectés de divers défauts d'exécution.

La qualité des produits mis en œuvre n'est pas en cause, à l'exception des cornières en acier galvanisé qui présentent des traces de rouille anormales.

Dès 1992, la mise en œuvre du complexe crépi n'a pas été réalisée par la SA C. dans les règles de l'art. Les travaux correctifs effectués en 1997 et 2000 ne l'ont pas non plus été.

L'expert ne relève pas d'erreur technique dans les détails d'exécution de l'architecte, non présent à la cause, mais bien un possible défaut de contrôle de l'exécution des détails d'exécution de la SA C. qui ne sont pas conformes aux normes habituelles d'exécution de ce type d'ouvrage et aux détails techniques édités par S. L'absence de couvre-mur débordant ne semble pas avoir eu d'incidence sur les décollements du crépi.

À la demande de S., l'expert a procédé à une évaluation distincte du dommage selon qu'il s'agisse des façades réparées ou non en 2000. Les maîtres d'ouvrage ont fait appel à un autre entrepreneur et ont refait toutes les façades du bâtiment. L'expert approuve la décision du maître d'ouvrage, considérant qu'il était impossible de considérer que des réparations ponctuelles puissent donner satisfaction et il était nécessaire de passer par un renouvellement complet du système crépi/isolant.

L'expert estime globalement la responsabilité de SA C. à 85% dans la survenance du dommage, celle de la SA S. étant évaluée à 15%, sous réserve de 30% de responsabilité à mettre éventuellement à charge du maître d'ouvrage ou de l'architecte pour défaut de contrôle de l'exécution. L'expert

estime le dommage à 73.782,48 EUR, et le trouble de jouissance à 9.600 EUR.

Il estime que fait partie également du dommage l'absence de productivité sur l'avance des fonds consentie par la SA G. pour les travaux de remise en ordre.

Les premiers juges ont décidé que l'action n'est pas prescrite, qu'il n'y a pas lieu de distinguer les différentes façades et les parties intégralement refaites ou non, dès lors que la garantie décennale accordée par la SA S. en 2000 l'a également été par la SA C., les deux sociétés ayant reconnu leur responsabilité à de multiples reprises. Ils condamnent *in solidum* la SA S. et la SA C. à payer la somme provisionnelle de 69.048 EUR, 15 % étant à supporter par la SA S. et 85 % par la SA C. Ils ordonnent la réouverture des débats sur l'application de la T.V.A. sur les diverses opérations, les frais de conseil technique réclamés par la SA G. et le calcul du trouble de jouissance.

L'appelante SA C. fait grief à la décision entreprise d'avoir mal apprécié le problème de la prescription de l'action de la SA G., de ne pas avoir distingué les façades réparées en 2000 des autres, d'avoir considéré à tort qu'il y avait vice grave mettant en péril la solidité ou stabilité du bâtiment. Subsidiairement, elle conteste le pourcentage de 85% qui lui serait imputable dans la survenance du dommage, mettant en exergue le défaut de contrôle de l'architecte, et le montant du dommage.

La SA S. interjette appel incident, soulevant l'argument de la tardiveté de l'action de la garantie décennale et contestant être responsable des conséquences dommageables résultant des cornières rouillées. Elle dénie toute responsabilité en sa qualité de fournisseur de produits.

La SA G. interjette également appel incident demandant que son dommage soit

porté à 96.760,59 EUR à titre de dommage matériel, 28.800 EUR à titre de trouble de jouissance, 3.720 EUR à titre de frais de conseil technique et le paiement de 2% sur toutes les sommes versées pour le renouvellement du crépi de façade.

II. Discussion

1. L'appelante SA C. et la SA S. soutiennent à tort que l'action originaire est prescrite, étant introduite plus de dix ans après la réception provisoire des travaux, le P.-V. faisant courir le point de départ de la garantie décennale au 15 juin 1993.

Il y a lieu à application de la garantie décennale dans le cas d'espèce. En effet, un revêtement de façade qui comprend une isolation thermique plus la mise en place d'un treillis et d'un revêtement en crépi hydrofuge sur l'ensemble d'un bâtiment constitue un gros ouvrage.

Le vice affectant les façades est grave, dans la mesure où les fissurations et décollements du crépi peuvent entraîner des infiltrations et causer des problèmes d'humidité et de dégradation de la maçonnerie sous-jacente, affectant ainsi sa solidité.

Le délai de garantie décennale est un délai préfix qui ne peut être interrompu que par une citation ou une reconnaissance de responsabilité.

En l'espèce, l'entreprise C. a reconnu sa responsabilité, à tout le moins de manière implicite, dès lors qu'elle a volontairement effectué les réparations demandées par l'architecte, déjà de manière ponctuelle en 1996-1997, puis sur trois façades en 2000, accordant une nouvelle garantie de dix ans sur les travaux effectués, lesquels constituaient un gros ouvrage, puisque les travaux de remédiation effectués en 2000-2001 consistaient en la rénovation

complète de la façade avant, de la façade droite du garage, de la façade avant de la cuisine, mais également en la réparation locale des autres façades et remise en peinture complète de l'habitation en deux couches pour un montant de plus de 12.820,19 EUR. L'importance des travaux de réparation est démonstratrice de ce que l'appelante se considèrerait responsable de leur mauvaise exécution, quand bien même n'eût-elle pas conscience de la cause exacte des vices, qu'il s'agisse de défaut de mise en œuvre ou de vice des matériaux.

Le délai ne se trouve interrompu que pour les désordres auxquels se rapporte précisément la reconnaissance de responsabilité. Or de nouveaux désordres sont apparus postérieurement aux réparations, et notamment sur les façades qui n'ont pas été retouchées en 2000. L'appelante soutient que l'action introduite en 2005 pour ces façades réceptionnées en 1992 serait prescrite.

La cour ne peut souscrire à ce moyen. En 2000, les travaux de remédiation ont porté sur l'ensemble du bâtiment, y compris sur les façades qui n'ont pas été refaites, et la reconnaissance de responsabilité porte donc sur l'ensemble des désordres affectant l'immeuble.

Cette reconnaissance de responsabilité a donc interrompu valablement le délai de prescription.

Il convient au surplus d'ajouter qu'il s'agit de désordres évolutifs et que dès l'instant où ils ont été dénoncés dans le délai décennal, les développements de ces désordres sont couverts par la responsabilité décennale, même s'ils surviennent postérieurement à l'expiration des dix ans. En l'espèce, les décollements et fissurations de crépi ou perte de matière sont tous la

conséquence de la mauvaise exécution des travaux en 1992.

En outre, en réponse au courrier de l'architecte adressé à la SA C. l'interrogeant sur la garantie que l'on pouvait avoir sur le travail, la SA S. a répondu par télécopie du 2 août 2000 "une garantie décennale est d'application". Un délai décennal "secondaire" court donc sur l'ensemble du bâtiment dès la réception des travaux de réparation.

La SA S. soutient cependant à raison que, en ce qui la concerne, la garantie accordée le 2 août 2000 ne portait que sur les produits, dès lors qu'elle n'était pas maître de la mise en œuvre. Elle est donc responsable du vice des matériaux et de ses conséquences. Il importe peu qu'elle ait par ailleurs pris en charge le coût d'une partie de la main-d'œuvre lui facturée par la SA C. dans le cadre des travaux de réparation, dès lors que les modalités des accords pris entre les deux sociétés ne sont pas connues.

Il résulte dès lors de la reconnaissance de responsabilité de la SA C. et de la garantie décennale accordée par S. en 2000 que l'action introduite en 2005 n'est pas prescrite.

Quant à la responsabilité de la SA C.

2. La responsabilité de la SA C. est établie par le rapport d'expertise de l'architecte Y. qui met en cause la mauvaise exécution des directives de la SA S. et des détails d'exécution de l'architecte. Chaque décollement ou fissuration serait la conséquence d'une mise en œuvre fautive, soit une épaisseur insuffisante, soit un treillis mal placé ou trop court, soit une mauvaise adhérence des matériaux à leur support. Les réparations effectuées en 1997 et en 2000 n'ont pas donné satisfaction. Les vices d'exécution sont clairement dési-

gnés par l'expert qui estime que 85% de responsabilité doivent lui être imputés dans la survenance du dommage. Il y a lieu d'entériner le rapport d'expertise quant à ce.

Quant à la responsabilité de la SA S.

3. L'expert estime que les cornières d'angle galvanisées fournies par la SA S. étaient vicieuses, présentant une oxydation généralisée. Il retient de ce chef une responsabilité de 15% dans le chef de la SA S. dans la survenance du dommage.

C'est à tort que la SA S. prétend que l'oxydation ne serait que la conséquence de la mauvaise pose et de la mauvaise application des matériaux sur les profilés. Un profilé correctement galvanisé doit pouvoir résister à l'humidité. La SA S. ne soutient pas davantage la thèse selon laquelle elle n'aurait pas fourni ces profilés, l'appelante arguant de son côté avec vraisemblance qu'elle n'aurait pu obtenir la garantie du fournisseur si elle n'avait pas mis en œuvre toute la gamme de ses produits.

L'oxydation des cornières est également à l'origine de la dégradation du crépi aux coins des façades.

Le rapport d'expertise sera donc confirmé sur ce point.

La SA S. soutient qu'elle n'est pas le contractant de la SA G. et qu'elle n'est que le fournisseur d'une partie du matériel utilisé lors de la construction de l'immeuble et que sa responsabilité ne peut dès lors être engagée que dans le cadre de l'action en garantie dirigée contre elle.

La cour ne suivra pas cette thèse. Le droit à garantie de l'acheteur initial à l'égard du vendeur constitue un accessoire de la chose, qui est vendu avec la chose aux

acheteurs successifs. La circonstance que la chose viciée est livrée par un entrepreneur à son commettant dans le cadre d'un contrat d'entreprise ne dispense pas le vendeur initial de son obligation de garantie à l'égard de cet usager final. Cette action directe, originellement limitée au domaine de la vente a été étendue à celui du contrat d'entreprise. Le maître d'ouvrage dispose donc d'une action directe contre le fournisseur du matériau vicieux sur la base de l'article 1615 du Code civil, la chose vendue étant délivrée avec tous ses accessoires, y compris l'action en garantie des vices affectant la chose vendue.

Le téléfax de la SA S. adressé à la SA G. concernant la garantie décennale ne concerne cependant que les produits qu'elle a livrés à la SA C. et, contrairement à ce qu'a décidé le premier juge, ne constitue pas une garantie personnelle directe accordée par le fournisseur sur des travaux dont il n'a pas la maîtrise. La seule garantie apportée est celle du système I., pour autant que la mise en œuvre respecte les prescriptions d'exécution.

Quant à l'obligation *in solidum*

4. Lorsqu'un dommage trouve son origine dans les fautes concurrentes de diverses personnes et que sans la faute de l'une d'entre elles les diverses fautes de chacune des autres n'auraient pas suffi à causer le dommage, chacune d'entre elles est tenue envers la victime d'indemniser l'entier dommage.

Tant l'entrepreneur la SA C. que le fournisseur la SA S. ont commis des fautes concurrentes, lesquelles ont chacune contribué à la survenance du dommage de la SA G. Ces deux parties sont dès lors tenues *in totum* à la réparation du dommage de la SA G.

Quant à l'absence de mise à la cause de l'architecte

5. La responsabilité de l'architecte a été envisagée par l'expert sur le plan du contrôle de l'exécution des détails relatifs à la mise en œuvre du crépi, détails d'exécution préconisés par le fournisseur et qui n'ont pas été correctement exécutés.

L'architecte n'a pas été mis à la cause et n'a pu se défendre en tant que tel d'une faute concurrente à celle de l'entrepreneur et du fournisseur. En l'état actuel des informations données par l'expert et par les dossiers des parties, il n'apparaît pas possible d'établir à suffisance de fait une faute concurrente de l'architecte ayant contribué à produire l'entier dommage.

Quand bien même sa faute serait-elle établie à suffisance de fait, les SA C. et S. restent tenues d'indemniser chacune le dommage de la SA G. dans sa totalité, en raison de leur condamnation *in solidum*, disposant cependant d'une action récursoire contre chacun des coresponsables à concurrence de sa part de responsabilité.

Quant aux différents postes du dommage

6. Le rapport de l'expert Y. analyse de manière judicieuse les éléments constitutifs du dommage de la SA G. Il était nécessaire, dit-il, de passer par un renouvellement complet du système de crépi isolant.

Ainsi, convient-il de retenir le montant de 69.048 EUR hors T.V.A., révision comprise de l'offre de P., qui a effectué les travaux de démolition et de remplacement du crépi isolant.

C'est à bon droit que l'expert exclut le coût des couvre-murs destinés à couvrir la surépaisseur de 2 cm d'isolant choisie par le maître d'ouvrage et qui modifie en conséquence la conception initiale en

l'améliorant. Le C.S.T.C. lui-même présente cette "solution techniquement nettement plus favorable pour améliorer le comportement de l'enduit dans le temps, mais est susceptible de modifier quelque peu l'esthétique de l'ouvrage". Ceci implique nécessairement une autre conception des châssis avec batée, non prévue initialement. Les responsables du dommage n'ont pas à supporter la plus-value éventuelle apportée à l'immeuble par un changement de conception.

(...)»

Noot

Enkele beschouwingen over artikel 1792 BW

1 Feiten

1. In zijn arrest van 1 december 2011 neemt het Hof van Beroep te Luik opmerkelijke en interessante beslissingen over enkele aspecten van de tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect. De feiten op zich zijn vrij routineus, maar zij bestrijken een aanzienlijke tijdspanne. Een aannemer van gevelwerken (hierna: de aannemer) sluit een overeenkomst voor de renovatie van de gevels van een kantoorgebouw met een sierbepleistering aangebracht op een isolerende onderlaag. Het contract dateert van oktober 1992. De leverancier bij wie de aannemer zijn materialen betreft (pleisterkalk en hoekijzer), geeft tevens technische instructies mee. De voorlopige oplevering vindt plaats in juni 1993. Vanaf dan volgen vele klachten van de bouwheer en diens architect over loskomen en barsten van de bepleistering. In 1997, vier jaar later, worden kleine herstellingen uitgevoerd, maar de gebreken blijven verergeren. In 2000 voert de aannemer een volledige herstelling uit van drie gevels en kleinere herstellingen aan de andere gevels, en schildert hij opnieuw alle gevels. De leverancier van de materialen geeft op dat ogenblik een garantie van 10 jaar op deze werken. Blijkbaar voldoet het resultaat opnieuw niet, en in 2005 worden zowel de aannemer als de leverancier gedagvaard.

2. De rechtbank stelt een architect aan om een deskundig onderzoek uit te voeren, en deze stelt vast dat zowel de bepleistering die nog oorspronkelijk dateert van 1992, als degene die in 2000 werd hersteld, diverse uitvoeringsgebreken vertonen. Op de kwaliteit van de gebruikte producten valt niets aan te merken, behalve op de gegalvaniseerde hoekijzers, die aan abnormale roestvorming onderhevig zijn. De aannemer heeft noch het oorspronkelijke werk in 1992, noch de herstellingen in 1997 en 2000 uitgevoerd volgens de regels der kunst, aldus de gerechtsdeskundige.

Wat de tussenkomst van de architect betreft, ziet de gerechtsdeskundige een mogelijke tekortkoming in de controle van de uitvoering door de aannemer, die niet strookt met de gebruikelijke normen bij dit type van werk, noch met de technische richtlijnen van de leverancier.

Op vraag van de leverancier heeft de gerechtsdeskundige een afzonderlijke evaluatie gemaakt van de schade aan de gevels die in 2000 werden hersteld.

Uiteindelijk heeft de bouwheer een andere aannemer aangesteld om alle gevels van het gebouw opnieuw te laten bekleden. De gerechtsdeskundige keurt deze beslissing goed, omdat een herstelling van de aangetaste delen niet meer op een degelijke manier mogelijk was.

Wat de contributieverhouding betreft, heeft de deskundige het aandeel van de aannemer op 85% begroot en dat van de leverancier op 15%, onder voorbehoud van een mogelijk aandeel van 30% ten laste van de bouwheer of de architect, wegens onvoldoende controle op de uitvoering van de werken.

3. De eerste rechter volgt het advies van de gerechtsdeskundige en veroordeelt de aannemer en de leverancier *in solidum* tot vergoeding van de volledige schade. De vordering

is niet verjaard. Er hoeft geen onderscheid te worden gemaakt tussen de gevels die opnieuw werden behandeld en de overige, omdat de tienjarige garantie die de leverancier op dat ogenblik verstrekke, evenzeer gold ten aanzien van de aannemer, aangezien beide bedrijven bij herhaling hun aansprakelijkheid hadden erkend.

4. In hoger beroep doet de aannemer gelden dat de vordering ten onrechte als niet verjaard werd beschouwd, dat de fouten niet van die aard zijn dat ze als structurele gebreken kunnen worden gekwalificeerd, en dat wel degelijk een onderscheid moet worden gemaakt tussen de opnieuw behandelde gevels en de overige.

2 Rechtsvragen

5. Zoals de eerste rechter, kadert het Hof de hierboven omschreven problemen in de bijzondere tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect voor gebreken die de stabiliteit van het gebouw aantasten (art. 1792 en 2270 BW). Om tot dat resultaat te komen, dienen enkele toepassingsvoorwaarden voor het voetlicht te worden gehouden.

6. Ten eerste rijst de vraag of de problemen met de gevelbekleding wel een gebrek vormen dat aanleiding kan geven tot “het geheel of gedeeltelijk tenietgaan” van het gebouw. Het Hof antwoordt bevestigend. Het opnieuw bepleisteren van gevels, met aanbrengen van een metalen rasterwerk, isolatiemateriaal en een waterafstotende buitenafwerking is een “groot werk” in de zin van artikel 2270 BW. Het gebrek is ernstig, daar het barsten en loslaten van de buitenbekleding kan leiden tot insijpelen van water, met vochtigheidsproblemen en aantasting van het onderliggende metselwerk tot gevolg, zodat de stevigheid van het gebouw wordt aangetast.

7. Een tweede vraag die overduidelijk aan de orde is, betreft het verval of de verjaring van de vordering. De oorspronkelijke werken dateren van 1992 en de vordering is voor de eerste keer in rechte gesteld in 2005. De voorlopige oplevering dateert van 15 juni 1993 en op dat ogenblik, aldus het Hof, begon de tienjarige aansprakelijkheidstermijn te lopen. De tienjarige aansprakelijkheidstermijn, aldus het Hof, “kan slechts worden gestuit door een dagvaarding of een schulderkenning”. De aannemer heeft zijn aansprakelijkheid minstens impliciet erkend, door het vrijwillig opnieuw uitvoeren van de werken, eerst door kleine herstellingen in 1996 en 1997, daarna door een grootschalige vernieuwing in 2000. De omvang van die werken op zich toont aan dat de aannemer zichzelf aansprakelijk achtte, aldus het Hof, zelfs als hij zich op dat ogenblik geen rekenschap gaf van de precieze oorzaak van de schade.

3 Gebreken die de stabiliteit van het gebouw aantasten

8. In het besproken arrest maakt het Hof een klassieke toepassing van artikel 1792 BW, door de gebreken in de gevelbekleding te kwalificeren als gebreken die kunnen leiden tot het “geheel of gedeeltelijk tenietgaan” van het gebouw. Het gaat om een soevereine feitelijke vaststelling, waarop het Hof van Cassatie slechts een marginale controle kan uitoefenen. Het algemene criterium is dat de stevigheid of de stabiliteit van het gebouw of een deel ervan wordt bedreigd.¹ Gevelbekleding is een grensgeval, hoewel gevallen

1 Cass. 18 november 1983, *Pas.* 1984, I, 303, *RW* 1984-85, 47.

waarin insijpelen van water in de muren mogelijk is, doorgaans als ernstig worden gekwalificeerd².

9. Een minderheidsstelling in de rechtspraak houdt voor dat het voor de toepassing van artikel 1792 BW volstaat dat het gebrek het gebouw ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe het is bestemd.³ Over het algemeen wordt deze stelling terecht afgekeurd.⁴

10. Sinds het Hof van Cassatie verduidelijkte dat de proceduretermijn voor lichte verborgen gebreken tot de soevereine appreciatiebevoegdheid van de feitenrechter behoort⁵, die moet nagaan of de vordering binnen een redelijke termijn is gesteld, is de frequentie in de toepassing van artikel 1792 BW enigszins afgenomen. Vroeger was het vaak noodzaak om een gebrek te kwalificeren als "ernstig" om zo perikelen met een te late vordering te vermijden, maar de "redelijke termijn" wordt nu doorgaans soepel opgevat.

4 De tienjarige termijn

11. De motivering van het Hof, dat de tienjarige termijn is gestuit door een (impliciete) schuldbekentenis, lijkt voor ernstige kritiek vatbaar. Zij gaat in tegen een gevestigde rechtspraak en rechtsleer, die voorhoudt dat de tienjarige termijn van de artikelen 1792 en 2270 BW een vervaltermijn is, die niet vatbaar is voor stuiting of schorsing.⁶ Het is betreurenswaardig dat het Hof zijn stelling hier niet nader onderbouwt. Blijkbaar wordt de term 'stuiting' wel meer ten onrechte gebruikt⁷, maar op zich kan, gezien de strikte kwalificatie als vervaltermijn, een dagvaarding of een schuldenkenning er niet toe leiden dat een nieuwe termijn van tien jaar begint te lopen.

12. Wellicht bedoelde het Hof dat de grote herstellingen, die in 2000 werden uitgevoerd, op zich aanleiding gaven tot een nieuwe tienjarige termijn, die een aanvang nam bij de aanvaarding van de herstellingswerken. Deze opvatting vindt wel steun in de recente

-
- 2 Specifiek voorbeeld gevelstenen: Gent 30 maart 1992, *TGR* 1992, 42, noot G. BAERT. Voor talrijke praktijkvoorbeelden, zie: F. BURSSENS, *Aannemingsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2001, nr. 280. Zie ook: K. VERBERNE, J. EMBRECHTS en S. BEYAERT, "Tienjarige aansprakelijkheid" in *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., IV.D.3-8, waar gebrekkige plaatsing van gevelsteen dan weer als een voorbeeld van *niet* structureel gebrek wordt aangehaald.
- 3 Zie recent nog: Brussel 9 mei 2003, *T.Ann.* 2009, 81, noot B. VAN LIERDE; uitdrukkelijk anders: Rb. Brussel 21 december 2007, *TBO* 2008, 201.
- 4 V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, "B.W. art. 1792" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 14.
- 5 Cass. 15 september 1994, *Arr.Cass.* 1994, 748, *JT* 1995, 68, *JLMB* 1995, 1068, noot B. LOUVEAUX, *Pas.* 1994, I, 730; *R.Cass.* 1995, 31, noot G. BAERT, *RGAR* 1995, nr. 12.471, *RW* 1995-96, 454, noot.
- 6 Cass. 4 maart 1977, *JT* 1977, 621, noot Bruyneel, *RW* 1976-77, 2413; Cass. 17 februari 1989, *Arr.Cass.* 1988-1989, 691, *Pas.* 1989, I, 621, *RW* 1988-89, 1267, noot G. BAERT, "De vordering op grond van de tienjarige aansprakelijkheid en het kort geding"; Cass. 27 oktober 2006, *Arr.Cass.* 2006, 2152, *Pas.* 2006, 2190, *RABG* 2007, 591, *RW* 2006-07, 1435 noot K. VANHOVE, *TBO* 2007, 34; Cass. 22 december 2006, *Pas.* 2006, 2855, *RW* 2006-07, 1439, noot A. VAN OEVELEN, "Het toepassingsgebied van het in artikel 1154 B.W. geregelde anatocisme: het Hof van Cassatie stelt orde op zaken", *TBO* 2007, 40, noot; Gent 8 april 1982, *JT* 1983, 12; Luik 3 februari 1983, *Jur.Liège* 1983, 173; Brussel 15 februari 1996, *JLMB* 1996, 1483; F. BURSSENS, *Aannemingsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2001, nr. 284; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, *Les principaux contrats (première partie)*, Brussel, Bruylant, 1972, nr. 898; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX en F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Brussel, Larcier, 2001, nr. 415; P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte. Evolution des 20 dernières années*, Brussel, Larcier, 1993, nr. 437; V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, "B.W. art. 1792" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 21-22; A. VAN OEVELEN, "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1987, 1830.
- 7 G. BAERT, *Aanneming van werk*, in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 2001, nr. 1473, met verwijzing naar Cass. 29 maart 1984, *RW* 1984-85, 1094, *Arr.Cass.* 1983-84, 1016, *Pas.* 1984, I, 908; K. UYTTERHOEVEN, "Hoe fataal is de tienjarige aansprakelijkheidstermijn?" noot onder Antwerpen 4 november 2008, *TBO* 2009, (34) 35; zie ook: Cass. 9 juni 2006, *Arr.Cass.* 2006, 1346, concl. P. DE KOSTER, *JLMB* 2006, 1619, *Pas.* 2006, 1367, concl. P. DE KOSTER, *RW* 2009-10, 445, *TBBR* 2008, 97, noot P. WERY.

rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat de aansprakelijkheidstermijn van tien jaar ook loopt ten aanzien van herstellingen die als grote werken kunnen worden gekwalificeerd en bijgevolg als een nieuwe aanneming moeten worden aangemerkt. De nieuwe tienjarige termijn geldt echter niet voor gebreken die wel aanwezig waren, maar waarop de herstellingen geen betrekking hadden.⁸

13. Nauw verbonden met deze kwestie is de vraag of van de tienjarige termijn contractueel kan worden afgeweken. Vrijwel algemeen wordt aangenomen dat de termijn van openbare orde is⁹, omdat niet alleen de bouwheer wordt beschermd tegen inferieur werk, maar dat dit ook de openbare veiligheid ten goede komt. Dat de tienjarige aansprakelijkheid niet contractueel mag worden ingekort, is dan evident.¹⁰ De mogelijkheid van uitbreiding van de termijn is betwist. In de meeste rechtsleer wordt terecht voorgehouden dat het aspect van openbare orde betrekking heeft op de bescherming die de bouwheer en de openbare veiligheid moet worden geboden. In die optiek is er dan geen bezwaar tegen, indien de aannemer contractueel instemt met een langere termijn.¹¹ In recente rechtspraak wordt echter voorgehouden dat de aard van een vervaltermijn een dergelijke verlenging uitsluit.¹² Dit zou evenzeer een bescherming van de belangen van aannemers en architecten zijn.¹³ Hoe dat aspect van openbare orde kan zijn, is echter onduidelijk: de kwestie of een aannemer al dan niet kan worden aangesproken, heeft louter betrekking op private belangen. Zoals eerder in dit tijdschrift werd geopperd, is er geen reden om te verbieden dat een aannemer, die zeker is van zijn vakmanschap en van de kwaliteit van de gebruikte producten, zich van de concurrentie zou onderscheiden door aan zijn klanten een verlenging of een inhoudelijke uitbreiding van de tienjarige termijn aan te bieden.¹⁴ Het Hof van Beroep te Gent opteerde voor een vis-noch-vleesoplossing, waarbij de termijn enkel zou kunnen worden verlengd nadat hij volledig verstreken is.¹⁵ Het is bijzonder onwaarschijnlijk dat een aannemer op dat ogenblik, als hij van zijn aansprakelijkheid is bevrijd, nog met een verlenging zou instemmen.

Ralph DE WIT
Professor VUB, UA, HZS
Advocaat Balie Antwerpen

-
- 8 Cass. 9 december 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 440, concl. J. DU JARDIN, *Pas.* 1989, I, 401, noot, *RW* 1988-89, 1229, concl. J. DU JARDIN; Antwerpen 14 december 2009, *TBO* 2010, 215; B. KOHL en M. HOEBEECK, "Contractuele aansprakelijkheid in het bouwrecht. Rechtspraakoverzicht 1999-2009", *TBO* 2010, (124) 132.
- 9 Cass. 18 oktober 1973, *Arr.Cass.* 1974, 202, noot, *Pas.* 1974, I, 185; Cass. 10 mei 1984, *RW* 1984-85, 1951; Cass. 11 april 1986, *RW* 1986-87, 2692; V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, "B.W. art. 1792" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 9, en gecit. ref.; K. UYTTERHOEVEN, "Tien jaar de tienjarige aansprakelijkheid. Een kritische reflectie over de stevigheid van de artikelen 1792 en 2270 BW", *TBO* 2012, (225) 228; anders: G. BAERT, *Aanneming van werk*, in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 2001, nrs. 1405-1412.
- 10 Luik 22 november 2002, *RGAR* 2004, nr. 13881.
- 11 V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, "B.W. art. 1792" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 9-10, en gecit. ref.; Kh. Hasselt 30 januari 2006, *RW* 2007-08, 1329; W. en D. ABBELOOS, "De tienjarige aansprakelijkheid van aannemer en architect: tendensen in de recente rechtsleer en rechtspraak", *AJT* 2000-2001, 524, nr. 47.
- 12 Antwerpen 4 november 2008, *NjW* 2008, 930, noot S. MAES, *TBO* 2009, 31, noot K. UYTTERHOEVEN, "Hoe fataal is de tienjarige aansprakelijkheidstermijn?"; Rb. Hasselt 25 januari 2012, *Limb.Rechtsl.* 2012, 204.
- 13 K. UYTTERHOEVEN, "Hoe fataal is de tienjarige aansprakelijkheidstermijn?", noot onder Antwerpen 4 november 2008, *TBO* 2009, (34) 36.
- 14 B. VAN LIERDE, noot onder Gent 21 december 2007, *T.Aann.* 2011, (165) 166.
- 15 Gent 21 december 2007, *T.Aann.* 2011, 158, noot B. STROOBANTS en noot B. VAN LIERDE.

Architect (plichten van de -)

HOF VAN BEROEP TE GENT, 16^{de} kamer, 28 oktober 2011 inzake NV P. t. architect S.

- (w.n.)Voorzitter: L. Thabert
- Pl.: F. Liebaut, R. Honoré, Y. Nelissen Grade en J. Stijns

SLEUTELWOORDEN

Toezichts- en controleplicht – Eigen werkingsfeer en doelstelling – Onderscheid.

SAMENVATTING

De toezichtsplicht is slechts eventueel en dringt zich enkel op t.o.v. – en dus slechts in geval van – zeer belangrijke, ingrijpende of specifieke werken met een zekere graad van moeilijkheid. Ze impliceert een frequentere, vrijwel permanente aanwezigheid van de architect tijdens hun uitvoering, vermits de bedoeling is om na te gaan of de aanwijzingen van de architect betreffende de werken met voornoemde karakteristieken correct worden uitgevoerd op dat moment zelf.

De controleplicht is daarentegen algemeen, vermits ze betrekking heeft op materieel reeds tot stand gebrachte werken en tot voorwerp het nagaan of de werken eens uitgevoerd, zijn uitgevoerd conform het plan, de bestekken en beschrijvingen. Deze controle dient dan ook met regelmatige tussenpauzen te gebeuren.¹

De aanwezigheid in het dossier van verschillende, in casu wekelijkse werfverslagen, het melden in één ervan, van het technisch gebrek dat in huidige gerechtprocedure wordt aangeklaagd alsook van de door de architect aangereikte oplossing laten blijken dat deze laatste zijn architecturale verplichtingen wel degelijk is nagekomen en dat het hier gaat om een loutere uitvoeringsfout van de aannemer.

1 **Nvdr:** uit de volledige toelichting die het arrest terzake geeft staat in het arrest o.i. per vergissing "dient dan ook niet met regelmatige ...".

Architecte (devoirs de-)

COUR D'APPEL DE GAND, 16^{ème} chambre, 28 octobre 2011 en cause SA P. c. architecte S.

- Président (f.f.): L. Thabert
- Pl.: F. Liebaut, R. Honoré, Y. Nelissen Grade et J. Stijns

MOTS-CLÉS

Devoir de surveillance et de contrôle – Devoirs ayant chacun une finalité et un champ d'application propres – Distinction.

SOMMAIRE

Le devoir de surveillance est seulement éventuel, ne trouvant à s'appliquer qu'à l'égard – et partant seulement dans l'hypothèse – de travaux très importants, essentiels ou spécifiques d'une certaine difficulté. Le but étant de vérifier si les directives données par l'architecte pour les travaux présentant ces caractéristiques sont correctement suivies au moment même, le devoir de surveillance s'exerce pendant leur exécution même et implique dès lors le temps de cette exécution, une présence fréquente, quasi permanente de l'architecte.

Portant, par contre, sur les travaux déjà matériellement exécutés et ayant pour objet de vérifier la conformité aux plans, cahiers de charges et documents descriptifs, des travaux une fois réalisés, le devoir de contrôle est général. Ce contrôle doit, partant, s'exercer à des intervalles réguliers².

La présence dans le dossier de plusieurs rapports de chantier, en l'espèce des rapports hebdomadaires, la mention dans l'un d'eux du vice technique invoqué dans la procédure judiciaire en cours ainsi que du remède que l'architecte préconise, font apparaître que ce dernier s'est effectivement bien acquitté de ses obligations en tant qu'architecte et qu'il s'agit ici d'une pure faute d'exécution de l'entrepreneur.

2 **Ndlr:** de l'ensemble des considérations de l'arrêt résulte selon nous que c'est par erreur que le texte original de l'arrêt indique "ne doit pas être exercé avec régularité ...".

« (...)

1.

Op 16 juni 1997 sloot NV X, in haar hoedanigheid van bouwheer, met architect S. een architectenovereenkomst af met het oog op een verbouwing van een hoeve gelegen te Haasrode.

Deze overeenkomst behelsde evenwel slechts een beperkte opdracht, een aanvang nemend met het opmaken van het voorontwerp en het indienen van een bouwaanvraagdossier tot en met de voltooiing der werken "ruwbouw-winddicht".

Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de architect voorzag deze overeenkomst in een "ontslag van aansprakelijkheid in solidum" voor gebeurlijke fouten begaan door andere actoren betrokken bij het bouwproces.

De werken namen een aanvang en door de architect werden diverse werfverslagen opgesteld.

Het werfvergaderingsverslag van 29 mei 1998 vermeldde uitdrukkelijk dat in de planning het opmetselen van de puntgevels was voorzien.

Uit het werfvergaderingsverslag van 3 juli 1998 en 4 augustus 1998 blijkt dat de puntgevels nog dienden te worden opgemetseld.

En op 13 augustus 1998 werd een procesverbaal opgesteld in aanwezigheid van de medewerkster van architect S. waarin onder meer de volgende bemerking werd gemaakt:

"... Oplossing voor PUNTGEVELS: De ruwbouw-aannemer gaat de puntgevels schuin opmetselen; de aannemer timmerwerken zal dan de dakrand afwerken met

een houten beplanking bovenaan afgedekt met koper. (...)"

Op 18 maart 1999 werd een rondgang gedaan die aanleiding gaf tot een procesverbaal van voorlopige oplevering waarin onder meer werd gestipuleerd:

"1. PUNTGEVELS: deze zijn opgemetseld met een helling van 41° i.p.v. de 45° zoals op het architectuurplan voorzien was; de hoogtemaat in de nok is daardoor 50 cm lager dan voorzien."

Op 25 maart 1999 stuurde NV X een fax naar de architect met de hiernavolgende vraag: "... na opmetsen v/d door mij gevraagde stenen, hoeveel is het verschil t.o.v. wat het zou moeten zijn, 1 getal a.u.b. en wie is in fout?..."

Hierop antwoordde architect S. op 28 maart 1999:

"Als antwoord op uw vraag in bovenvermelde fax: het verschil tussen de hoogtemaat in de nok op het architectuurplan en de uitvoering is 38 cm; als u daar de 12 cm bijreken van de gevraagde stenen is het verschil 50 cm.

Op het plan staat een dakhelling van 45° aangeduid. De puntgevels hebben nu een helling van 41°.

De aannemer dient het werk uit te voeren volgens de maten van het architectuurplan; beslissingen tijdens werfvergaderingen worden genoteerd in het werfverslag en bij de uitvoering dient daar rekening mee gehouden te worden."

Op 26 mei 1999 stelde NV X architect S. in gebreke, in het bijzonder wat het aspect van de puntgevels betrof:

(...)

2.

Primordiale en blijvende betwisting tussen NV X en architect S. betreft de gebeurlijke fout van de architect op het vlak van de controle waardoor de schade zich zou hebben kunnen voordoen.

2.1.

Voorafgaandelijk weze onderstreept, en dit in tegenstelling tot wat NV Y laat uitschijnen in besluiten, dat er van een conceptiefout in hoofde van de architect S. geen sprake kan zijn.

Dit werd ook op diverse momenten door de gerechtsdeskundige bevestigd bij het redigeren van zijn verslag:

(...)

Architect S. wordt dus aangesproken op een beweerde niet-nakoming van de controleverplichting waartoe zij is gehouden in het kader van de uitvoeringsfase van de werken.

Controle is niet gelijk te stellen met toezicht. Deze laatste verplichting impliceert immers een frequenter, vrijwel permanent aanwezig zijn van de architect op de werf om na te gaan of zijn of haar aanwijzingen wel correct worden uitgevoerd op dat moment zelf.

Toezicht heeft betrekking op een ander voorwerp, namelijk de aan de gang zijnde activiteiten zelf van de uitvoerder terwijl de controle het materiële reeds tot stand gebrachte werk tot voorwerp heeft.

Controle behelst dus het verifiëren van de uitgevoerde werken om na te gaan of ze uitgevoerd zijn conform het plan, de bestekken en beschrijvingen, m.a.w. conform het concept.

In artikel 13 van de vroegere deontologische norm nr. 2, dat het verwarrend heeft over 'toezicht' stelt men dat de controle bestaat in de 'algemene leiding', met uitsluiting van het bestendige toezicht op de aanwending van de materialen, waarvoor de aannemer volledig verantwoordelijk blijft. Het omvat de noodzakelijke richtlijnen aan de uitvoerders tot coördinatie en goede uitvoering van het werk.

In se bestaat de controletaak van de architect er dan ook in de overeenstemming van de uitgevoerde werken met de door hem ontworpen plannen en gegeven richtlijnen na te gaan. Deze controle dient niet met regelmatige tussenpozen te gebeuren maar telkens wanneer er belangrijke of delicate werken dienen te gebeuren.

Hierbij volstaat het ook niet dat de architect a posteriori de gebreken vermeldt en de loutere opname ervan in het proces-verbaal van voorlopige oplevering ontlast de architect niet van zijn gebeurlijke aansprakelijkheid uit hoofde van zijn controleopdracht.

Waar de toezichtsverplichting zich eerder situeert op het vlak van de uitvoering van de werken, met name eens gaan poolshoogte nemen op het ogenblik dat de werken bezig zijn en dit telkens wanneer het om zeer belangrijke, ingrijpende of specifieke werken met een zekere moeilijkheidsgraad betreft, bestaat de controleverplichting uit het verifiëren van de uitgevoerde werken om na te gaan of ze uitgevoerd zijn conform het plan, de bestekken en beschrijvingen, m.a.w. conform het concept.

In het proces van het bouwgebeuren zou men dan ook kunnen stellen dat de toezichtsverplichting eigenlijk altijd de controleverplichting voorafgaat en waar er geen normaal en redelijk toezicht werd

uitgeoefend, de controle dikwijls wanneer het te laat is, bepaalde (al dan niet nog te herstellen) problemen zal aan het licht brengen.

In het stukkenbundel van architect S. bevinden zich verschillende werkverslagen waaruit alvast blijkt dat zij haar toezichtsverplichting wel had ter harte genomen en waarin zij ook blij gaf van een duidelijke opvolging maar ook planning.

Zo is er het werfvergaderingsverslag van 5 juni 1998 waarin melding wordt gemaakt van het feit dat het opmetselen van de puntgevels werd gepland voor de tweede week juni.

Vervolgens zijn er wekelijkse werkverslagen die de opvolging van de werken weergeven en is er uiteindelijk het werkverslag van 13 augustus 1998 waarin de toezichthoudende architect het probleem van de puntgevels wel degelijk had opgemerkt en zelfs tegelijkertijd hier ook een oplossing voor had aangereikt:

“...oplossing voor PUNTGEVELS: De ruwbouw-aannemer gaat de puntgevels schuin opmetselen; de aannemer timmerwerken zal dan de dakrand afwerken met ene houten beplanking bovenaan afgedekt met koper...”

Wanneer de architect, in het kader van het uitoefenen van zijn toezichtsverplichting, wel degelijk een probleem heeft opgemerkt en hier ook oplossingen heeft voor aangereikt, dan mag van de aannemer-uitvoerder worden verwacht dat hij zich naar die richtlijnen zal gedragen en mag van de architect niet worden verlangd dat hij of zij bij de uitvoering ervan voortdurend aanwezig dient te zijn.

De aannemer is een specialist in zijn vak en dient, wanneer er zich toch problemen zouden voordoen, desgevallend de no-

dige vragen te stellen en/of technische bijstand te vragen waar nodig.

De gerechtsdeskundige heeft tijdens zijn onderzoek zelf kunnen vaststellen dat de plans conceptueel voldoende duidelijk waren en de instructies en richtlijnen van de architect evenzeer voldoende waren, temeer nu het hier in se om een vrij gemakkelijk werk ging.

Men kan van een architect niet gaan verwachten dat hij voortdurend bij de loutere uitvoering aanwezig is maar bovendien mag een architect er ook van uitgaan dat de aannemers hun vak kennen en toch wel de basiskunde hebben om een in se vrij eenvoudig metselwerk uit te voeren.

Naar aanleiding van de rondgang met het oog op de voorlopige oplevering heeft de architect moeten vaststellen dat de aannemer is afgeweken van het architectuurplan en een hellingsgraad had voorzien van nauwelijks 41° daar waar dit 45° had moeten zijn. Hiervan werd dan ook melding gemaakt in het proces-verbaal van voorlopige oplevering.

De architect heeft tijdens het uitoefenen van haar toezichtsverplichting het probleem vastgesteld, heeft duidelijke instructies gegeven maar heeft vervolgens naar aanleiding van haar controleverplichting, met name nagaan of de werken werden uitgevoerd conform de plans, bestekken en richtlijnen, moeten vaststellen dat dit niet het geval was.

Het hof is dan ook van mening dat architect S. haar architecturale verplichtingen wel degelijk is nagekomen en het hier gaat over een zuivere uitvoeringsfout in hoofde van de betrokken aannemer(s).

(...)»

Architect (erelonen)

HOF VAN BEROEP TE GENT, 9 november 2012, inzake NV X. t. BVBA architectenbureau Y.

- (w.n.) Voorzitter: L. Thabert
- Raadsheren: K. Bandenberghe en P. Marcoen
- Pl.: C. Van Caekenberg en K. Depoortere

SLEUTELWOORDEN

Geen schriftelijke overeenkomst – Deontologische tekortkoming – Mondelinge overeenkomst geldig.

Bewijs van het bestaan en de inhoud ervan – Opdrachtgever handelaar – Bewijs met alle middelen van recht.

Erelonen tijdig geprotesteerd – Bepaling van erelonen naar daadwerkelijk geleverde prestaties en gangbaar tarief – Deskundigenonderzoek.

SAMENVATTING

De architectenovereenkomst kan in principe mondeling worden aangegaan.

De op de architect rustende deontologische verplichting tot het opstellen van een schriftelijke overeenkomst doet niets af aan het bewijs m.b.t. het bestaan van de overeenkomst.

Wanneer bij mondeling architectencontract ereloonnota's tijdig worden geprotesteerd, kan de vergoeding van de door de architect geleverde prestaties niet bepaald worden met verwijzing naar vroegere en andere opdrachten maar enkel op basis van de effectief geleverde prestaties en een normaal gangbaar tarief.

Architecte (honoraires)

COUR D'APPEL DE GAND, 9 novembre 2012, SA X. c. SPRL bureau d'architectes Y.

- Président (f.f.) : L. Thabert
- Conseillers : K. Vandenberghe et P. Marcoen
- Pl. : C. Van Caekenberg et K. Depoortere

MOTS - CLÉS

Absence de contrat écrit – Manquement déontologique – Contrat d'architecte oral valable.

Preuve de l'existence et du contenu – Maître d'ouvrage commerçant – Preuve par toute voie de droit.

Honoraires protestés à temps – Fixation des honoraires suivant les prestations réelles et les tarifs usuels – Expertise.

SOMMAIRE

Un contrat d'architecte peut en principe être conclu oralement.

L'obligation déontologique pour l'architecte d'établir un contrat écrit est étrangère à la question de la preuve de l'existence du contrat.

Lorsqu'en cas de contrat d'architecte oral, des honoraires sont protestés à temps, la fixation de la rémunération des prestations fournies par l'architecte n'a pas lieu par référence à d'autres missions antérieures mais uniquement sur la base des prestations effectivement fournies et des tarifs usuels.

« (...) »

1. BVBA ARCHITECTENBUREAU Y. werd door de heer K. aangesproken met het oog op de realisatie van een project gelegen te (...) Naar aanleiding hiervan heeft de stad (...) een gunstig advies uitgebracht en op 8 juli 2002 aan A.R.O.H.M. om advies verzocht voor invulling van stedenbouwkundig attest.

In dit schrijven werd als aanvrager voor het bekomen van het stedenbouwkundig attest aangeduid: de heer K.

In een fax van 5 september 2002 heeft BVBA ARCHITECTENBUREAU Y. zich tot een zekere V. gericht, werkzaam bij het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, afdeling ROHM Oost-Vlaanderen, Ruimtelijke Ordening betreffende een verkavelingsvoorstel voor het desbetreffend perceel en opnieuw werd als aanvrager vermeld: de heer K.

In een schrijven van 15 oktober 2002, gericht aan het College van Burgemeester en Schepenen, heeft voornoemde openbare dienst A.R.O.H.M. laten weten principieel akkoord te gaan met het voorgesteld globaal ontwerp voor het verkavelen van het binnengebied tot woonerf, met aanleg van wegenis, schrijven waarin de aanvrager en het voorwerp van de aanvraag als volgt werden omschreven:

“aanvrager: de heer K. met als adres (...)”

Op 18 juli 2011 heeft BVBA ARCHITECTENBUREAU Y. een aangetekend schrijven gestuurd naar NV BOUWBEDRIJF K. m.b.t. het (betrokken) project te Lokeren:

“Geachte Heer,

Aangezien wij nooit antwoord kregen op onze brief van 10-01-2010 gaan wij over tot

het afrekenen van alle tot nu toe geleverde prestaties.

Ondertussen hebben wij via derden moeten vernemen dat u dit project verder zou zetten met architectenbureau D. en bijgevolg niet langer met ons architectenbureau.

Wij werden daarvan door u tot onze grote verbazing nooit op de hoogte gesteld en ook niet door architect D., die wij zelf hebben gecontacteerd.

Deze gang van zaken en elementair gebrek aan beleefdheid betreuren wij ten zeerste, zeker omdat u steeds de kwaliteit van ons ontwerp hebt gewaardeerd en door u gedurende al deze jaren geen enkele opmerking werd gemaakt.

Wij wensen er nadrukkelijk op te wijzen dat zolang onze prestaties niet vergoed zijn, wij als ontwerper alle intellectuele en artistieke eigendomsrechten op ons voorontwerp blijven behouden in de toekomst.

In bijlage vindt u volgende documenten:

- *Ereloonnota 2011/26 voor geleverde prestaties*
- *Berekening ereloon 2011/26*
- *Inventaris prestaties*
- *Ereloonnota 2011/27 winstderving”*

Bij voornoemd schrijven werd dus mee-gestuurd ereloonnota 2011/26 t.b.v. 38.039,38 EUR en ereloonnota 2011/27 t.b.v. 29.808,38 EUR.

De brief met bijlagen d.d. 18 juli 2011 vanwege b.v.b.a. ARCHITECTENBUREAU Y. werd op 20 juli 2011 door NV BOUWBEDRIJF K. ontmoet en beantwoord als volgt:

(...)

2. Primordiale betwisting tussen partijen blijft nog steeds de vraag wie tot betaling van de openstaande ereloonnota's is gehouden en welke de te vergoeden omvang ervan is; voorafgaand word door NV BOUWBEDRIJF F. en de heer K. desbetreffend een gerechtskundig onderzoek gevorderd.

(...)

2.2. In die omstandigheden (...) dient in de huidige stand van het geding enkel te worden onderzocht of op de vraag (tot) gerechtsdeskundig onderzoek (**nvdr**: tot bepaling van de erelonen) kan worden ingegaan, dit in toepassing van artikel 19, lid 2 Ger.W.

De architectenovereenkomst is een consensuele, wederkerige overeenkomst onder bezwarende titel die op een geldige wijze ontstaat doordat bekwame partijen overeenstemming bereiken over een bepaald of bepaalbaar voorwerp.

De architectenovereenkomst kan dus in principe mondeling worden aangegaan, maar op de architect rust de deontologische verplichting om voor iedere opdracht de overeenkomst schriftelijk op te stellen, ten laatste op het ogenblik dat de opdracht bepaald wordt.

In principe doet deze deontologische verplichting echter niets af aan het bewijs m.b.t. het bestaan van de overeenkomst dat, naargelang de hoedanigheid van de partijen, volgens het burgerlijk recht of het handelsrecht moet worden geleverd: tegenover een handelaar mag de opdrachtgever met alle middelen van recht bewijs leveren, zelfs met getuigen en vermoedens; tegenover een niet-handelaar is art. 1341 BW van toepassing dat een

schriftelijk bewijs eist van contracten boven de 375,00 EUR.

Wat de aard en de inhoud van de overeenkomst zelf betreft, met name of er al dan niet in een volledige opdracht wordt voorzien, kan dit alvast niet worden afgeleid uit art. 4, eerste lid van de wet van 20 februari 1939 tot bescherming van de titel en van het beroep van architect (*BS* 25 maart 1939), noch uit wat in toepassing daarvan door art. 21 van het Reglement op de beroepspllichten van de architect, goedgekeurd bij KB van 18 april 1985 (*BS* 8 mei 1985) wordt voorgeschreven.

Waar er volgens de eerste rechter geen bewijs voorligt van een volledige opdracht en er enkel sprake is van voorbereidende handelingen, is er bij ontstentenis van overeenkomst hieromtrent volgens de eerste rechter sprake van een partijbeslissing, zijnde het stilzwijgend overeenkomen tussen partijen om het ereloon in functie van de geleverde prestaties na de uitvoering van de opdracht eenzijdig te laten vaststellen door de architect, onder marginale controle van de rechtbanken en hoven.

Dit houdt in dat de opdrachtgever er zich toe verbindt om voor de prestaties van de architect een normaal ereloon te betalen dat eenzijdig door de architect wordt vastgesteld.

Het hof kan zich hierbij gedeeltelijk aansluiten, zij het onder de volgende nuances.

Vooreerst staat het vast, in tegenstelling tot wat (door) de eerste rechter wordt overwogen, dat de in betwisting zijnde ereloonnota's wel degelijk werden geprotesteerd door n.v. BOUWBEDRIJF K. en ook tijdig vermits de ereloonnota's bij aangetekend schrijven van 18 juli 2011 werden overgemaakt en reeds op 20 juli

2011 deze ereloonnota's met bijhorende stukken werden teruggestuurd als volgt: "... Bij deze zenden wij, geprotesteerd en voor ons totaal onaanvaardbaar wegens niet overeenstemmend met de realiteit, volgende documenten/bijlagen, onder voorbehoud van al onze rechten terug, ..."

Er ligt geen geschreven overeenkomst voor en uit geen enkel ander element kan ook maar enigszins worden afgeleid dat partijen daadwerkelijk tot het sluiten van een volledige architectenovereenkomst zijn overgegaan.

Het hof stelt wel vast dat het niet zomaar louter en alleen om voorbereidende werken zou gaan, wat zou impliceren dat er enkel een vergoeding mogelijk is op precontractuele gronden, maar dat de stukken daarentegen aantonen dat b.v.b.a. ARCHITECTENBUREAU Y. tot en met de aanvraag stedenbouwkundig attest nr. 2 was aangesteld en uiteraard voor deze door haar verrichte prestaties wel degelijk kan aanspraak maken op een vergoeding.

Dat het niet louter om precontractuele, voorbereidende handelingen gaat, wordt overigens ook toegegeven door n.v. BOUWBEDRIJF K. op pagina 6 van haar synthesebesluiten: "Voor het inschatten van de haalbaarheid van het project was voordien besloten om een stedenbouwkundig attest nr. 2 aan te vragen. Slechts hiervoor werd een beroep gedaan op geïntimeerde hetgeen de eerste rechter ook terecht heeft aanvaard. ..." Het feit dat het stedenbouwkundig attest nr. 2 niet voorligt, doet geen afbreuk aan de prestaties strekkende tot het bekomen ervan.

Nu er geen volledige architectenopdracht voorligt, enkel een mondelinge overeenkomst met het oog op het verrichten van een aantal voorbereidende handelingen tot en met de aanvraag van een steden-

bouwkundig attest en aangezien partijen geen regeling hebben getroffen omtrent het ereloon, komt het aannemelijk voor dat de architect ertoe gerechtigd was zelf zijn ereloon te begroten, zij het onder het marginaal toetsingsrecht van de rechter.

Het hof kan zich niet aansluiten bij de overwegingen van de eerste rechter dat de ereloonnota's niet werden betwist en kan zich al evenmin vinden in een vergelijking met vroegere en andere opdrachten alwaar een tarief van 5% à 6% werd gehanteerd.

Evenmin kan steun worden gevonden in het voorstel tot begroting van het ereloon bij brief d.d. 22 mei 2009 door b.v.b.a. ARCHITECTENBUREAU Y. aan n.v. BOUWBEDRIJF K. overgemaakt, nu deze regelingsvoorstellen nooit werden aanvaard, noch door n.v. BOUWBEDRIJF K. noch door de heer K. zelf.

In de gegeven omstandigheden is er enkel een vergoeding mogelijk op basis van de daadwerkelijk geleverde prestaties aan een normaal gangbaar tarief. Elke vergelijking met andere of vroegere contracten is hier niet aan de orde. Niet alleen dient het hof zich nog ten gronde uit te spreken over de werkelijke contractpartij, bovendien is de ene opdracht niet de andere.

2.3. Nu het hof over geen voldoende cijfermatige gegevens en/of andere stukken en bescheiden beschikt, komt het noodzakelijk voor om desbetreffend een gerechtsdeskundig onderzoek te gelasten. (...)

Empiètement (socle de fondation au-delà de l'alignement)

COUR D'APPEL DE LIÈGE, 3^{ème} chambre, 12 mars 2012, en cause X c. Z

- Présidente: madame B. Prignon
- Pl.: P. Arimont et P. Lambert loco V. Troxquet

MOTS - CLÉS

Construction neuve sur terrain de X – Empiètement souterrain (dalle de béton) illicite sur fonds voisin de Y – Vente ultérieure à Z – Accord antérieur à la vente (mais postérieur à l'empiètement) entre X et Y, de non enlèvement – Interprétation restrictive.

Acte notarié – Clause standard de vente du terrain dans l'état bien connu de l'acheteur – Inopérante à l'égard d'un vice caché inhabituel (comme un empiètement souterrain)

Transaction entre X et Z "donnant à Z autorisation d'appui sur dalle en béton qui empiète, avec décharge pour dommage éventuel au bâtiment de X" – Interprétation restrictive (art. 2048-2049 C. Civ.) – Pas de renonciation à indemnisation du dommage¹ résultant de l'empiètement illicite.

Appel confirmant la mesure d'expertise ordonnée en 1^{ère} instance – Obligation de renvoi même si rapport entretemps déposé – Art. 1068 C.J. – Exception d'ordre public à l'effet dévolutif de l'appel.

SOMMAIRE

Postérieur à l'empiètement (illicite), l'accord donné par le propriétaire du fonds empiété, de ne pas en exiger la suppression ne saurait équivaloir à un accord de construire avec empiètement sur son fonds.

Est inopérante à l'égard d'un vice caché inhabituel, comme un empiètement souterrain, une clause standard de vente d'un terrain dans l'état bien connu de l'acheteur.

Les transactions sont d'interprétation restrictive (2048 et 2049 C. Civ.): ainsi, une transaction intervenue entre propriétaires de fonds voisins autorisant l'empiété, à prendre appui sur l'empiètement avec décharge pour éventuel dommage au bâtiment du propriétaire empiétant, n'empêche pas renonciation au droit de l'empiété de poursuivre l'indemnisation du dommage résultant de l'empiètement illicite.

Lorsqu'elle confirme l'expertise ordonnée par le premier juge, la juridiction d'appel a conformément à la règle d'ordre public visée à l'article 1068 C.J. al. 2, l'obligation de lui renvoyer l'affaire même si entretemps, l'expertise a été exécutée.

1 Tel que surcoût de la construction ou impossibilité/difficulté accrue d'une exploitation de la parcelle ou construction en raison de l'empiètement, non démontrés en l'espèce.

Toe-eigening (uitsteken funderingsplaat over de rooilijn)

HOF VAN BEROEP TE LUIK, 3^{de} kamer, 12 maart 2012, inzake X t. Z

- Voorzitter: mevrouw B. Prignon
- Pl: P. Arimont en P. Lambert *loco* V. Troxquet

SLEUTELWOORDEN

Nieuwbouw op grond van X – Ondergrondse onrechtmatige toe-eigening (betonplaat) op aanpalend terrein van Y (later verkocht aan Z) – Akkoord vóór verkoop (maar na toe-eigening) tussen X en Y, over niet-verwijdering – Strikte interpretatie.

Notariële akte – Standaardbeding bij verkoop dat grond verkocht wordt in de staat die de koper goed bekend is – Onwerkzaamheid bij ongebruikelijk verborgen gebrek (zoals een ondergrondse toe-eigening).

Dading tussen X en Z "waarbij Z de toestemming krijgt om een bouwwerk te laten rusten op de betonplaat die uitsteekt, met kwijting voor eventuele schade aan het gebouw van X" – Strikte interpretatie (art. 2048-2049 BW) – Geen verzaking aan de vergoeding van de schade² die voortvloeit uit de onrechtmatige toe-eigening.

Hoger beroep dat de expertisemaatregel bevolen in eerste aanleg bevestigt – Verwijzingsplicht ook al werd het verslag intussen neergelegd – Art. 1068 Ger.W. – Exceptie van openbare orde op devolutieve werking van het beroep.

SAMENVATTING

Het akkoord dat na de (onrechtmatige) toe-eigening gegeven werd door de eigenaar van de toegeëigende grond om het wegwerken ervan niet te eisen, mag niet gelijkgesteld worden met een akkoord om te bouwen op zijn grond.

Een standaardbeding bij verkoop waarbij de grond verkocht wordt in de toestand die de koper goed bekend is, is onwerkzaam bij een ongebruikelijk verborgen gebrek, zoals een ondergrondse toe-eigening.

Dadingen moeten strikt geïnterpreteerd worden (art. 2048 en 2049 BW): aldus moet een dading gesloten tussen de eigenaars van naburige terreinen die de toegeëigende persoon toestaat om zijn bouwwerk te laten rusten op de toe-eigening met kwijting voor eventuele schade aan het gebouw van de toe-eigende eigenaar, brengt geen verzaking met zich mee aan het recht van de toegeëigende persoon om de vergoeding te vorderen van de schade die voortvloeit uit de onrechtmatige toe-eigening.

Wanneer de rechter in hoger beroep de door de eerste rechter bevolen expertise bevestigt, moet hij overeenkomstig de regel van openbare orde bedoeld bij artikel 1068 Gw., al. 2 de zaak naar de eerste rechter verwijzen, ook al werd de expertise intussen uitgevoerd.

2 Zoals meerkosten van de bouw of onmogelijkheid/toegenomen moeilijkheid voor het benutten van het perceel of voor de bouw wegens de toe-eigening, *in casu* niet aangetoond.

« (...)

Antécédents et objet de l'appel

Les faits et l'objet de la demande sont correctement énoncés par le premier juge, à l'exposé duquel la cour se réfère.

Il suffit de rappeler que Z a cité X et l'ASBL A. en paiement d'une somme provisionnelle de 25.000 EUR en compensation du dommage subi par la présence d'une dalle de béton placée illégalement sur sa propriété, d'une part, afin qu'ils soient condamnés à enlever des bacs et descentes de toits placés dans sa propriété, à placer une nouvelle corniche et deux nouvelles descentes sans débordement sur sa propriété et à réaliser un drain qui empêcherait les infiltrations d'eau dans son immeuble, d'autre part.

Le tribunal de première instance de Verviers a dit irrecevable la demande de dommages et intérêts et en a débouté le demandeur, il a condamné X à la réalisation de divers travaux et il a désigné en qualité d'expert l'architecte B. afin de déterminer la cause et l'origine des infiltrations d'eau litigieuses ainsi que les remèdes à y apporter.

Z a interjeté appel de cette décision contre X uniquement.

Discussion

Éléments pertinents pour la solution du litige

1. Il résulte des dires concordants des parties que:

- X est établi avenue ... à Stavelot;
- en date du 18 novembre 1981, X a introduit une demande de permis de bâtir pour la construction d'une salle de gymnastique sur le terrain voisin de

celui appartenant à Y; ce permis lui a été délivré le 3 février 1982; un permis de bâtir avait initialement été accordé à l'ASBL A., propriétaire du terrain, en date du 1^{er} août 1979;

- par acte notarié du 1^{er} décembre 1981 rédigé par le notaire W., l'ASBL A. a consenti sur son bien un bail emphytéotique à X;
- X a entrepris la construction de la salle de gymnastique en 1982 et, au cours des travaux, il sera constaté que la dalle de béton de fondation empiète sur la propriété de Y qui déclare "avoir eu diverses conversations avec L. au cours de la construction du bâtiment de X contigu à ma propriété dite de 'Allée Verte'. L. m'a averti qu'une dalle de béton empiétait sur mon terrain et j'ai autorisé oralement L. à la laisser en état, mais je n'avais pas une idée très précise de l'ampleur de cette dalle. Par la suite, les détails de cette conversation ne me sont pas restés présents à l'esprit, de sorte que je n'en ai pas fait mention explicite au notaire lors de la vente du terrain à Z";
- Z achète ce terrain à Y par acte par le notaire P. le 8 janvier 1983; l'appelant ne dépose pas cet acte de vente à son dossier.

2. Z précise que lorsqu'il a voulu construire une extension de son bâtiment sur ce terrain à la limite séparative des deux fonds, il a découvert l'existence en sous-sol d'une dalle de fondation empiétant sur son terrain et qui était cachée sous des terres; divers courriers ont été échangés entre les conseils des parties qui ont abouti en date du 3 juin 1999 à la signature d'un accord par lequel X déclare:

"Ayant construit un bâtiment sur un terrain cadastré section B n° 2250, elle est

voisin de Z. Lors de la construction de ce bâtiment, elle a fait réaliser une dalle de fondation qui empiète en sous-sol sur le terrain de Z.

Z envisage de construire un bâtiment à la limite des propriétés des deux parties. Compte tenu de la situation telle que décrite ci-dessus, Z est contraint de fonder son propre bâtiment sur la dalle de fondation dont question ci-avant.

L'ASBL accepte que Z utilise cette dalle de fondation et donne décharge à Z pour toute conséquence que cette situation pourrait provoquer dans les bâtiments de l'ASBL.

Le bâtiment que Z construira sera conforme au plan...".

Quant à l'action originaire

Z fonde son action à titre principal sur l'article 1382 du Code civil et, à titre subsidiaire, sur l'article 544 du Code civil et la théorie des troubles de voisinage.

1. *La dalle de béton*

1. Un permis de bâtir a été délivré à X pour construire un bâtiment sur le terrain cadastré section B n° 2250, et non sur le fonds voisin. L'intimée admet que lors de la construction du bâtiment elle a fait réaliser une dalle de fondation qui empiète sur le fonds voisin, et ce en infraction à l'autorisation urbanistique reçue, ce qui est constitutif d'une faute civile dans son chef.

X ne démontre pas que c'est avec l'accord préalable du propriétaire voisin qu'il a bâti de cette façon, car il résulte clairement de l'attestation de Y qu'il a été mis au courant du fait accompli, à savoir de l'empiètement de la dalle de fondation sur son fonds, mais qu'il n'a pas exigé son

enlèvement, ce qui est fort différent. De surcroît, l'attitude conciliante du voisin n'enlève rien au caractère infractionnel de l'empiètement sur le plan urbanistique, d'une part, et l'autorisation orale donnée par le propriétaire antérieur du fonds de maintenir la situation en l'état n'est pas opposable à l'appelant, d'autre part.

De surcroît, Y précise qu'il n'a pas informé le notaire de la situation lors de la vente de son terrain à Z et les parties ne soutiennent pas ni ne démontrent que l'acte authentique de vente du 8 janvier 1983 comporte une clause informant l'acquéreur de l'existence, dans le sous-sol de la parcelle faisant l'objet de la vente, de la dalle en béton litigieuse. La clause générale reproduite par l'intimée en page 9 de ses conclusions n'est pas suffisamment précise à cet égard et ne permet pas de considérer que l'appelant avait connaissance de la situation lors de l'achat du terrain et qu'il l'a acceptée.

2. L'intimée soutient qu'un accord transactionnel a été conclu le 3 juin 1999 au terme duquel la problématique liée à la présence d'une dalle de fondation dans le sous-sol du terrain de l'appelant a été réglée, Z étant autorisé à prendre appui sur cette semelle de fondation empiétant sur son fonds pour ériger une extension de son bâtiment.

Selon l'intimée, l'appelant a ainsi admis directement et personnellement cette situation, il a tiré parti de la situation infractionnelle qu'il dénonce et son intérêt à postuler l'octroi de dommages et intérêts n'est pas légitime.

L'intimée sollicite en conséquence la confirmation du jugement déféré qui dit la demande de dommages et intérêts relative à la présence de la dalle de béton irrecevable "au motif que nul ne peut invoquer sa propre turpitude".

En vertu de l'article 17 du Code judiciaire, l'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas d'intérêt à la former.

En matière de responsabilité extra-contractuelle, la lésion d'un intérêt ne peut donner lieu à une action en réparation qu'à la condition qu'il s'agisse d'un intérêt légitime.

La légitimité s'apprécie au moment de la survenance du fait dommageable.

Celui qui ne poursuit que le maintien d'une situation contraire à l'ordre public ou d'un avantage illicite n'a pas d'intérêt légitime (voy. Cass., 3 octobre 1997, R.G. n° C.96.0334.F; Cass., 2 avril 1998, R.G. n° C.94.0438.N; Cass., 2 mars 2006, R.G. n° C.05.0061.N; Cass., 6 juin 2008, R.G. n° C.06.0640.F; Cass., 20 février 2009, R.G. n° C.07.0127.N).

Dans le cas d'espèce, Z n'a nullement participé à la création ou au maintien d'une situation illégale sur le plan urbanistique. Il a découvert l'existence de la dalle de béton litigieuse, cachée par des terres, après l'achat du terrain et il a été confronté à cette situation lorsqu'il a voulu ériger une extension de son bâtiment à la limite séparative des deux fonds.

C'est de manière crédible que l'appelant soutient que s'il avait exigé l'enlèvement de la dalle de béton, un abus de droit aurait pu lui être reproché.

L'intimée l'a du reste admis, puisqu'elle déclare dans l'accord du 3 juin 1999 que "Compte tenu de la situation décrite ci-dessus, Z est *contraint*³ de fonder son propre bâtiment sur la dalle de fondation dont question ci-avant".

Il suit de ces considérations que la demande de dommages et intérêts relative à la présence d'une dalle de béton empiétant illicitement sur le fonds de l'appelant constitue dans son chef la poursuite d'un intérêt légitime.

L'adage *nemo auditur...* est l'expression du principe selon lequel un contrat dont l'objet ou la cause est illicite est entaché d'une cause de nullité: une partie ne peut en conséquence demander l'exécution du contrat ou en demander la résolution, et c'est dans cette seule mesure que l'accès au prétoire peut lui être interdit (Cass., 19 mai 1961, cité par P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., n° 316, pp. 308-309).

Il suit des motifs qui précèdent que la demande ne peut être déclarée irrecevable en application de cet adage.

(...)

4. La transaction est un contrat par lequel les parties entendent vider une contestation née ou à naître par le moyen de concessions réciproques (article 2044 du Code civil).

La transaction intervenue entre parties a porté uniquement sur l'appui de la construction de l'appelant sur la semelle de fondation empiétant sur son fonds et sur la décharge lui donnée par X pour toute conséquence que cette situation pourrait provoquer dans le bâtiment contigu de l'ASBL A., à la condition que la construction soit effectuée conformément au prescrit du dernier paragraphe de l'accord transactionnel.

Elle n'emporte pas renonciation du droit de l'appelant à demander l'indemnisation du dommage lié à la présence illicite de la dalle de béton empiétant sur son fonds, situation à laquelle il a été confronté et

3 C'est la cour qui souligne.

qui l'a contraint à prendre appui sur cette dalle lors de la construction de son bâtiment comme précisé ci-dessus.

Si les parties entendaient transiger également sur ce point, il leur incombait de le préciser de manière certaine dans l'accord intervenu le 3 juin 1999, ce qui ne fut pas le cas. Rien ne permet de considérer que l'intention réelle et évidente des parties aurait été de donner à la transaction une portée plus large que celle qui résulte des termes employés (voy. DE PAGE, t. V, *Contrats usuels*, 2^e partie, n° 500, pp. 489-490).

Il y a lieu de rappeler qu'en vertu de l'article 2048 du Code civil, "les transactions se renferment dans leur objet: la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu". L'article 2049 du même Code précise que les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris. La renonciation qui est faite dans la transaction à tous droits, actions et prétentions est de stricte interprétation et ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation (Cass., 13 septembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1306).

Le dommage

5. Il incombe à l'appelant, en vertu de l'article 1315 du Code civil, de faire la preuve de l'existence du dommage dont il postule la réparation et qu'il évalue *ex æquo et bono* à 25.000 EUR, et du lien causal existant entre ce dommage et la faute reprochée à l'intimé.

Or force est de constater que l'appelant ne démontre nullement la consistance de son dommage.

5.1. L'intimée allègue de manière plausible que l'appelant a évité de devoir ériger lui-

même une partie des fondations lors de la construction de son bâtiment, dès lors qu'il a pris partiellement appui sur la dalle de béton existante.

L'appelant ne démontre par aucune pièce probante qu'en raison de la présence de la dalle litigieuse la construction de son bâtiment aurait été majorée de 15 %, alors que si tel était le cas, il pourrait aisément produire des documents en ce sens émanant de son architecte et de son entrepreneur.

5.2. L'appelant soutient de manière peu compréhensible que "... la dalle litigieuse ne se trouve pas au niveau 0 des locaux de l'appelant. La dalle litigieuse est de plus de 80 cm au-dessus du niveau du local, entraînant comme conséquence qu'une surface de plus de 16 m² est inexploitable", alors que l'appelant a toujours soutenu que cette dalle se trouvait en sous-sol, cachée par des terres, ce qui résulte du reste de l'accord transactionnel.

Il ne démontre nullement que la partie de la dalle litigieuse se trouverait dans un garage qui empêcherait son locataire de l'exploiter en totalité, ni que l'appelant en subit un préjudice financier (aucun document, bail, n'est produit à cet égard).

5.3. Une moins-value du bien n'est pas concrètement démontrée, dans la mesure où l'appelant a pris appui sur la dalle de fondation en sous-sol pour construire une extension à son bâtiment, de sorte qu'il n'est pas établi que l'appelant ou tout nouvel acquéreur se trouverait empêché d'utiliser la parcelle ou le bâtiment qui y est construit de manière autonome.

5.4. L'appelant ne précise et ne démontre en aucune façon en quoi le temps écoulé avant la signature de l'accord du 3 juin 1999 lui aurait causé un préjudice financier (retard dans la construction d'une extension à son bâtiment).

5.5. Il suit de ces considérations que l'appelant ne rapporte pas la preuve du dommage qu'il allègue et qu'en conséquence sa demande de dommages et intérêts n'est pas fondée.

II Les travaux à réaliser

Le jugement déféré a condamné X à réaliser les travaux précisés au dispositif de la décision.

L'appelant indique en page 12 de ses conclusions que ces travaux ont été réalisés, ce qui résulte également des pièces déposées au dossier de l'intimée.

La cour n'est pas saisie de cette problématique.

III. Les infiltrations

Le jugement déféré a désigné en qualité d'expert l'architecte D. afin de déterminer la cause et l'origine des infiltrations d'eau dont se plaint Z, ainsi que les remèdes à y apporter.

L'expertise a été réalisée selon les dires concordants des parties, l'expert ayant adressé ses conclusions au tribunal en date du 25 juin 2010. L'appelant conteste les conclusions de l'expert D. qui, après avoir déterminé les causes des infiltrations, aurait proposé un partage de responsabilités entre les parties.

L'appelant demande à la cour de dire que l'intimée est seule responsable des infiltrations d'eau et de la condamner à tous les frais liés à la réparation et la mise en conformité, tandis que l'intimée postule, sur la base de l'effet dévolutif de l'appel, que la demande de l'appelant soit déclarée non fondée à cet égard.

Il y a lieu de confirmer la mesure d'instruction ordonnée par le premier juge

concernant les infiltrations d'eau et de lui renvoyer la cause en application de l'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire. Cette disposition est d'ordre public et constitue une exception au principe de l'effet dévolutif de l'appel contenu dans l'article 1068, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire. L'obligation de renvoi subsiste même si la mesure d'instruction a été exécutée entre-temps. Dès lors qu'il confirme la mesure d'instruction ordonnée par le premier juge, le juge d'appel ne peut statuer à la lumière de la mesure d'instruction et ne peut fonder sa décision sur l'appréciation des résultats de cette mesure d'instruction dont le premier juge est appelé à connaître (A. DECROËS, "L'effet dévolutif de l'appel et le jugement ordonnant une mesure d'instruction", *J.T.*, 2010, n° 7.1, p. 404 et les réf. citées).

(...)