

# 5

## Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (cours suprêmes)

Benoît KOHL  
professeur à l'U.Lg.  
professeur invité à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)  
avocat

### SOMMAIRE

SECTION 1	165
Qualification du contrat d'entreprise	
SECTION 2	176
Formation du contrat d'entreprise	
SECTION 3	191
Exécution du contrat d'entreprise	
SECTION 4	203
Responsabilité de droit commun de l'entrepreneur après la réception des travaux	
SECTION 5	209
Responsabilité décennale de l'entrepreneur	
SECTION 6	215
Chaînes des contrats	
SECTION 7	222
Fin du contrat d'entreprise	

**1. Introduction.** À l'heure où la fourniture de services prend une place toujours grandissante dans l'économie, l'importance du contrat d'entreprise ne doit plus être démontrée. Ce contrat (...) est devenu le second pilier d'une économie de biens et services : il est dans le secteur des services, le 'pendant' de ce qu'est la vente dans les secteurs des biens<sup>1</sup>. Les règles appelées à le gouverner frappent toutefois par leur insuffisance, témoignage de l'importance relative de ce contrat à l'époque de l'élaboration du Code civil de 1804. Comme le relevait P.A. FORIERS, « (...) nul ne contestera (...) l'indigence du Code civil en matière de devis et marchés. Le Code ne comporte aucune réglementation d'ensemble, ni du contrat d'entreprise en général, ni du contrat d'entreprise de construction. Le titre des devis et marchés est fait de règles éparses (...) »<sup>2</sup>.

L'élaboration du régime juridique applicable au contrat d'entreprise en général, et au contrat d'entreprise de construction en particulier, est donc pour l'essentiel l'œuvre de la doctrine<sup>3</sup> et de la jurisprudence. Aussi proposons-nous, dans la présente contribution, de procéder à l'examen des décisions les plus importantes rendues ces quinze dernières années par les Cours suprêmes en cette matière<sup>4</sup>. Seuls les arrêts pouvant présenter des enseignements en matière de contrat d'entreprise de droit privé ont été commentés. À cet égard, dans la mesure où le droit applicable à l'exécution d'un marché public présente de

1. A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, Montchrétien, 2006, n° 472.

2. P.A. FORIERS, « La responsabilité de l'entrepreneur après réception. Réflexions à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1985 », *Entr. et dr.*, 1988, p. 264.

3. Deux thèses de doctorat récentes ont été consacrées aux difficultés liées à la qualification du contrat d'entreprise, à sa classification en droit civil et à la définition de son régime : voy. en Belgique : W. GOOSSENS, *Aanwinsting van werk : het gemeentelidertijds dienstcontract*, coll. *Recht en onderneming*, Bruges, die Keure, 2003 ; en France : J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux, Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

4. Un égard à l'ampleur limitée de la présente contribution, la jurisprudence des juges du fond ne pourra être abordée de manière systématique. Pour un aperçu de la jurisprudence des juges du fond à propos du contrat d'entreprise, voy. entre autres S. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENEPOËL et K. WILLEMS, « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten : koop en aanneming (1999-2006) », *T.P.R.*, 2008, pp. 1665-1727 ; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et E. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, Coll. Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2001 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991) : les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, p. 775 et s. Voy. également les « Inédits du droit de la construction » régulièrement publiés sous la plume de B. LOUVEAUX dans la *Revue de Jurisprudence de Liège, Mens et Bruxelles (J.L.M.B.)*, 2001, pp. 276-311 ; *J.L.M.B.*, 2002, pp. 540-557 ; *J.L.M.B.*, 2003, pp. 371-402 ; *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1568-1606 ; *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1300-1320 ; *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1660-1692 ; *J.L.M.B.*, 2008, pp. 408-438 ; *J.L.M.B.*, 2011, pp. 884-915).

fortes analogies avec celui de l'exécution d'un contrat de droit privé de la construction<sup>5</sup>, et étant donné que le droit de l'exécution des marchés publics a, par le passé, influencé la jurisprudence applicable aux travaux privés<sup>6</sup>, certaines décisions rendues en matière d'exécution des marchés publics ont également été retenues pour la présente étude, lorsque celles-ci ne concernaient pas des questions spécifiques à l'exécution de tels marchés – spécialement les règles techniques contenues dans le Cahier général des charges (telles certaines règles formelles, certaines règles de procédure ou certains mécanismes propres à l'exécution de marchés publics)<sup>7</sup> –, mais dont, au contraire, des leçons pouvaient être tirées en droit privé de la construction<sup>8</sup>.

5. Il ne pourrait du reste en être autrement « dans la mesure où l'opération matérielle de construction publique ne se distingue pas de l'opération matérielle de construction privée » (F. MODERNE, « Responsabilité des constructeurs (droit public) : données de base et sources », in P. MALINVAUD (dir.), *Droit de la construction*, coll. Dalloz Action, Paris, Dalloz, 2007, p. 1155, n° 480.10). D'ailleurs, le Cahier général des charges (« C.G.C. »), qui renferme les règles d'exécution d'un marché public (Annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (M.B., 18 octobre 1996)) est inspiré par ou renvoie expressément à de nombreux principes issus du droit privé de la construction. Il suffit de penser aux règles relatives à la responsabilité de l'entrepreneur une fois les travaux achevés (voy. l'article 41, alinéa 2, du C.G.C.) ou à celles permettant au pouvoir adjudicateur – comme tout maître de l'ouvrage – de mettre fin unilatéralement au marché, même en l'absence de toute faute de l'entrepreneur (voy. l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 ; voy. également l'article 42 du C.G.C. ; ces dispositions sont interprétées comme octroyant au pouvoir adjudicateur de manière générale un droit de résiliation unilatérale du marché – moyennant compensation de l'adjudicataire –, qui ne peut toutefois être exercé que pour des motifs d'intérêt général (voy. D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 309)).

6. La reconnaissance en droit privé de la règle de la double réception des travaux (voy. Cass., 24 février 1983, *R.C.J.B.*, 1984, p. 400, note J. HERBORTS, *Entr. et dr.*, 1983, p. 221, obs. J.T., 1983, p. 575, *Rev. not. belge*, 1983, p. 315) ainsi que de la théorie dite des « sujétions imprévues » (voy. notamment l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 27 janvier 2000, faisant l'objet du pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 décembre 2002 (*Res. jur. imm.*, 2003, p. 133) – voy. *infra* n° 12 –), l'une et l'autre initialement consacrées dans le C.G.C. (voy. respectivement les articles 19 et 43, et 16, § 2, du C.G.C.) en constitue la confirmation. Sur les rapports entre l'exécution des marchés privés et publics de travaux, voy. B. KOHL, « Le droit de la construction à la croisée des chemins », *Rev. Fac. dr. Liège*, 2011, pp. 280-282.

7. Voy. par exemple, depuis 2008 : à propos de l'exigence de mention et de motivation des dispositions dérogatoires au C.G.C. (article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996) : Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 836, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1500, note D. DE ROY, *Entr. et dr.*, 2010, p. 304, note K. LEUS, *Arr. Cass.*, 2009, p. 928 ; Cass., 15 mai 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 1202, *Entr. et dr.*, 2008, p. 339, *T.B.O.*, 2008, p. 214 ; à propos du droit à la révision du prix en l'absence de clause à cet effet (article 13 du C.G.C.) : Cass., 15 mai 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1190, *Entr. et dr.*, 2009, p. 182, note B. VAN LIERDE, *T.B.O.*, 2009, p. 140, *Arr. Cass.*, 2009, p. 1277 ; à propos des règles formelles liées à la procédure visée à l'article 15, § 5, du C.G.C. (indemnisation en cas d'interruption par le pouvoir adjudicateur) : Cass., 8 mai 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 1125 ; à propos des règles formelles

Par ailleurs, les décisions rendues dans des affaires concernant la réglementation (notamment la déontologie) propre à certaines professions – spécialement la profession d'architecte –, lorsqu'elles ne présentaient pas d'incidence sur le régime applicable au contrat d'entreprise, ont été laissées en dehors du champ de la présente contribution. Il en est de même des décisions relatives à l'action directe des sous-traitants (article 1798 du Code civil), qui fait l'objet d'une étude détaillée publiée par A. Cruquenaire et L. O. Henrotte dans le présent ouvrage.

**2. Plan.** Après avoir relevé les décisions relatives à la qualification du contrat d'entreprise (section 1), nous examinerons celles concernant la formation (section 2) et l'exécution (section 3) de ce contrat, avant de commenter celles relatives à la responsabilité de l'entrepreneur après la réception des travaux (section 4), puis celles, spécifiques au droit de la construction immobilière, rendues à propos de la responsabilité décennale des entrepreneurs (articles 1792 et 2270 du Code civil) (section 5) ; enfin, le commentaire des arrêts rendus en matière d'extinction du contrat d'entreprise clôturera la présente contribution (section 6).

liées à la procédure visée à l'article 16 du C.G.C. (réclamations et requêtes) : Cass., 26 novembre 2010, R.G. n° C.08.0355.N, inéd. ; à propos de la procédure relative à l'introduction de demandes de remises d'actes (article 17 du C.G.C.) : Cass., 19 septembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 1990, *Entr. et dr.*, 2009, p. 54, T.B.O., 2008, p. 217 ; à propos du délai de forclusion de l'action de l'adjudicataire relative à l'exécution d'un marché public (article 18 du C.G.C.) : Cass., 11 janvier 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 72, T.B.O., 2008, p. 214, T.B.O., 2009, p. 139 ; à propos des règles formelles liées à la procédure visée à l'article 20 du C.G.C. (moyens d'action du pouvoir adjudicataire) : Cass., 13 janvier 2011, R.G. n° C.04.0539.F, inéd. ; Cass., 3 septembre 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1774, *Entr. et dr.*, 2010, p. 45, note J. HONNAY et note S. LEROY, T.B.O., 2009, p. 246, *Aff. Cass.*, 2009, p. 1919 ; Cass., 3 septembre 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1780, *Entr. et dr.*, 2010, p. 60 ; Cass., 29 mai 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 1356, *Res. jur. imm.*, 2010, p. 229, T.B.O., 2008, p. 155, note W. GELDHOF et M. SOMERS ; à propos de l'exclusion de l'application d'articles en cas de résiliation unilatérale du marché au titre des mesures d'office (article 20, § 4, du C.G.C.) : Cass., 19 septembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 1974, *Entr. et dr.*, 2009, p. 49 ; à propos du calcul de la révision des prix en cas de dépassement important des quantités réellement exécutées, au regard des quantités présumées (article 42, § 6, du C.G.C.) : Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 841, *Entr. et dr.*, 2010, p. 426, note D. ARBELOOS, *Aff. Cass.*, 2009, p. 934.

8. Si certains mécanismes applicables aux travaux publics et aux travaux privés se ressemblent, ils sont cependant loin de s'assembler totalement. Pour ne prendre qu'un exemple, la gomme des mesures dont dispose l'administration pour sanctionner les défaillances de l'adjudicataire des travaux se distingue des sanctions qui, en droit privé, frappent l'entrepreneur faufil, à la fois par leur plus grande étendue et par leur plus grande efficacité (M.A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 685). Voy. toutefois les tempéraments apportés par W. Geldhof et M. Somers, au regard des évolutions récentes de la jurisprudence relative aux sanctions de l'inexécution des contrats en droit privé (W. GELDHOF et M. SOMERS, « Vervanging en inderplantstelling van de in gebreke blijvende schuldenaar. Artikelen 1143-1144 B.W. en artikel 20 § 6 AAV als uitdrukking van een gemeen recht van contractenrechtelijke eigenrichting? », T.B.O., 2008, pp. 138 et s.).

## SECTION 1

## Qualification du contrat d'entreprise

**3. Définition du contrat d'entreprise.** Le Code civil de 1804 ne définit pas de façon précise le contrat d'entreprise. L'article 1710 ne qualifie que le louage d'ouvrage, notion générique qui englobe aussi bien le louage de services (contrat de travail) que le louage d'industrie (contrat d'entreprise).

La carence des textes, étonnante sur le plan de la technique législative, est cependant comblée par la jurisprudence. La Cour de cassation, dans un arrêt du 3 octobre 1961, définit le contrat d'entreprise comme « la convention par laquelle une personne, l'entrepreneur, s'engage envers une autre, le maître de l'ouvrage, à effectuer, moyennant le paiement d'un prix, un travail ou un service déterminé, sans aliéner son indépendance dans l'exécution matérielle de ses engagements ni disposer d'un pouvoir de représentation »<sup>9</sup>. Cette définition est généralement reprise comme telle par la doctrine<sup>10</sup>, ainsi que – dans une formulation légèrement différente – dans la proposition de loi relative à l'assurance responsabilité professionnelle des entrepreneurs de travaux immobiliers, déposée le 5 janvier 2010 au Sénat<sup>11</sup>.

**4. Contrat d'entreprise ou contrat de travail. Principes.** Les auteurs du Code civil ont initialement, par l'adoption des articles 1779 et suivants, consacré dans le Code civil l'existence du contrat de travail. Ainsi qu'en témoigne la pauvreté des dispositions sur le sujet – trois –, ceux-ci n'ont point jugé bon de développer la matière au sein du Code civil. C'est qu'à l'époque existait déjà une réglementation particulière de ce contrat, très protectrice du monde patronal et contentant parfaitement le pouvoir législatif en place<sup>12</sup>.

9. Cass., 3 octobre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 142, T.S.R., 1962, p. 366.

10. Pour une définition du contrat d'entreprise, voy. notamment : L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORNIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », R.C.J.B., 1999, p. 781, n° 172 ; T. STAROSSELETS, « Le contrat d'entreprise immobilière », in *Guide juridique de l'entreprise*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Kluwer, 2004, liv. 35.1, pp. 10-11 ; C. MARR, « Le contrat d'entreprise hors construction et la protection des consommateurs », in *Droit des contrats*, coll. Recyclages en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 150-151 ; W. GOOSSENS, *Aanwinsting van werk : het gemeenrechtelijke dienstcontract*, coll. Recht en onderneming, Bruges, die Keure, 2003, p. 3.

11. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2009-2010, n° 4-1588/1. L'article 1<sup>er</sup> de cette proposition précise qu'« (...) il y a lieu d'entendre par "entrepreneur" : toute personne physique ou morale qui s'engage à effectuer pour le compte d'autrui, moyennant paiement, en toute indépendance mais sans pouvoir de représentation, un travail immobilier donné, et posant des actes matériels ».

12. Voy. P. PALSTERMAN, « Le contrat de travail. Permanences et évolutions », in X., *Les trent ans de la loi du 3 juillet 1978*, Ors., 2008, liv. 6, p. 1.

L'article 1710 du Code civil énonce la définition du louage d'ouvrage sans distinguer entre le louage d'industrie et le louage de services. Une telle conception correspond à une réalité objective puisque l'entrepreneur, comme le salarié, s'engage à effectuer un travail pour le compte d'autrui. La frontière entre les deux conventions apparaît toutefois lorsqu'on examine les conditions dans lesquelles les prestations sont exécutées : le salarié accepte de travailler sous l'autorité et la direction de l'employeur, alors que l'entrepreneur conserve son indépendance juridique dans l'exécution de ses obligations, même s'il s'en réfère aux souhaits du maître de l'ouvrage et doit s'accommoder de ses directives<sup>13</sup>. Le contrat d'entreprise se caractérise ainsi par l'absence de subordination dans les relations entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage.

La frontière entre les deux qualifications juridiques est parfois difficile à tracer. Les conséquences sont pourtant importantes. Ainsi, à la différence de l'entrepreneur, le travailleur bénéficie à certaines conditions d'une immunité pour les fautes accomplies à l'occasion de son travail<sup>14</sup> ; il bénéficie également de la loi sur la protection de la rémunération ainsi que du privilège garantissant le paiement de son salaire<sup>15</sup> ; les litiges relatifs à son contrat sont soumis aux juridictions du travail. En outre, en droit de la sécurité sociale, le contrat de travail permet au travailleur salarié de profiter d'une réglementation financièrement plus avantageuse que celle applicable au travailleur indépendant. La protection des travailleurs par le droit pénal social est également accrue, au regard des dispositions pénales qui entourent l'exécution de prestations par des personnes indépendantes<sup>16</sup>.

La détermination de l'existence du lien de subordination, qui caractérise la relation de travail, a donné lieu ces dernières années à une jurisprudence abondante de la *Cour de cassation*. Ainsi, dans ses arrêts du **23 décembre 2002**<sup>17</sup>, du **28 avril 2003**<sup>18</sup> et du **8 décembre 2003**<sup>19</sup>, la Cour avait d'abord reconnu de manière non équivoque l'importance de la qualification donnée par les parties à leur convention, en énonçant que « lorsque les éléments

13. Cass., 6 juin 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1142, *R.W.*, 1968-1969, 939.

14. Voy. l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail.

15. Voy. l'article 19, 3<sup>e</sup> bis, de la loi hypothécaire.

16. Voy. à ce sujet F. KEFFER, *Précis de droit pénal social*, coll. Criminalis, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008.

17. Cass., 23 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 271, *Pas.*, 2002, I, p. 2469, *Larc. Cass.*, 2003, p. 7, *R.W.*, 2005-2006, p. 24.

18. Cass., 28 avril 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 261, *N.j.W.*, 2003, p. 886, *Pas.*, 2003, I, p. 880, *R.A.B.G.*, 2003, p. 1093, note M. DEMEDTS, *Atr. Cass.*, 2003, p. 1050.

19. Cass., 8 décembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 122.

soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente »<sup>20</sup>. Il s'en déduisait donc, selon les termes de la Cour elle-même, que le juge ne pouvait requalifier en contrat de travail la convention conclue entre les parties en se fondant sur des éléments compatibles avec la qualification que celles-ci avaient déclaré vouloir adopter, c'est-à-dire en l'espèce sur des éléments compatibles avec le contrat d'entreprise au sens des articles 1710 et 1779 et suivants du Code civil<sup>21</sup>. Par exemple, dans son arrêt du 28 avril 2003, les éléments de fait retenus par la cour d'appel – qui avait écarté la qualification de contrat d'entreprise retenue par les parties – n'étaient pas inconciliables avec la qualification de contrat d'entreprise, et n'imposaient nullement la qualification de contrat de travail : en effet, relève la cour, « un entrepreneur peut travailler dans les locaux du cocontractant, s'engager à vendre exclusivement les produits du cocontractant aux heures d'ouverture de ce dernier et aux prix et conditions fixés par lui ; d'autre part, le louage d'ouvrage n'exclut pas la possibilité d'instructions générales à observer et d'un contrôle sur l'exécution des tâches remplies (...) »<sup>22</sup>. Bref,

20. Cet attendu a ensuite été repris à de nombreuses reprises par la Cour de cassation (voy. entre autres Cass., 17 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1174, *J.T.T.*, 2008, p. 136, *Pas.*, 2007, I, p. 2362, *Chron. D.S.*, 2008, p. 409 ; Cass., 23 mars 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 370, *Pas.*, 2009, I, p. 784, *Atr. Cass.*, 2009, p. 854, *Chron. D.S.*, 2010, p. 52), parfois *a contrario* (« lorsque les éléments soumis à son appréciation permettent d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond peut substituer une qualification différente » ; voy. Cass., 22 mai 2006, *Chron. D.S.*, 2007, p. 164, *Pas.*, 2006, I, p. 1174, *Larc. Cass.*, 2006, p. 212 ; Cass., 9 juin 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 350, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1824, *R.G.D.C.*, 2010, p. 196, *Pas.*, 2008, I, p. 1448, *Chron. D.S.*, 2009, p. 28 ; Cass., 25 mai 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 28, *J.T.T.*, 2009, p. 369, *Atr. Cass.*, 2009, p. 1370, *Pas.*, 2009, I, p. 1263).

21. La question se pose cependant de l'attitude que le juge doit adopter lorsque les parties n'ont pas pris le soin de qualifier leur convention. Dans un arrêt du 20 mars 2006, la Cour de cassation énonce qu'« il appartient au juge d'apprécier si les éléments invoqués pour justifier de l'existence d'un lien de subordination constituent la manifestation ou la possibilité de l'exercice de l'autorité sur l'exécution du travail qui est la caractéristique du contrat de travail et qui est inconciliable avec l'exercice d'un simple contrôle et avec la communication d'instructions dans le cadre d'un contrat de travail indépendant » (Cass., 20 mars 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 295, *R.A.B.G.*, 2007, p. 74, note V. DOOMS, *Pas.*, 2006, I, p. 636).

22. D'autres indices ne sont pas non plus, selon la Cour de cassation, inconciliables avec la qualification de contrat d'entreprise. Voy. par exemple Cass., 8 décembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 122 (avoir été contraint d'accepter un prétendu statut d'indépendant pour pouvoir accéder à son emploi) ; Cass., 20 mars 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 276, *Pas.*, 2006, I, p. 634, *R.W.*, 2006-2007, p. 1317 (percevoir une rémunération fixe) ; Cass., 23 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 271, *Pas.*, 2002, I, p. 2469, *Larc. Cass.*, 2003, p. 7, *R.W.*, 2005-2006, 24 (ne pouvoir satisfaire une clientèle personnelle en raison d'une occupation importante au profit du cocontractant et ne pas disposer de la gestion du fonds de commerce ou de la propriété de l'outillage). Voy. à ce sujet C. WANTIEZ, « Les espaces de liberté dans les relations de travail », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, coll. C.R.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 193.

« pour écarter la qualification convenue de contrat d'entreprise, le juge ne peut donc se contenter de constater l'existence d'instructions »<sup>23</sup>. En d'autres termes, la position adoptée par la Cour de cassation rendait peu aisée la requalification de la convention en contrat de travail lorsque les parties choisissaient de qualifier celle-ci de contrat d'entreprise et que les éléments de fait de la relation contractuelle n'étaient pas inconciliables avec une telle qualification. La qualification donnée par les parties à leur convention constituait donc l'un des éléments les plus importants dans l'appréciation de l'existence ou de l'inexistence d'un lien de subordination, critère distinctif de la relation de travail<sup>24</sup>.

La qualification de la convention n'en devenait pas pour autant une présomption de l'existence d'un contrat à titre indépendant<sup>25</sup> : dans son arrêt du 5 février 2007, la Cour décide en effet que « l'existence d'un contrat d'exécution d'un travail indépendant ne peut être présumée sur la base du fait que les parties à un contrat qualifient leur relation d'exécution d'un travail indépendant effectué par l'une des parties sur l'ordre de l'autre (...) ». L'O.N.S.S. est uniquement tenu d'apporter la preuve de l'existence d'un contrat de travail lorsqu'il réclame le paiement de cotisations de sécurité sociale pour travailleurs sur cette base. Ce mode de preuve permet également de ne pas attacher une importance particulière à la qualification donnée au contrat d'exécution d'un travail indépendant, qui peut être simulée<sup>26</sup>. Il en résulte donc que l'O.N.S.S. ne doit prouver autre chose que l'existence d'un contrat de travail, sans être nécessairement tenue de démontrer l'existence d'éléments incompatibles permettant de retourner la prétendue présomption qui serait liée à la qualification opérée par les parties. Bien entendu, le constat de l'existence de pareils éléments inconciliables rend plus aisée l'action tendant à substituer à la qualification choisie par les parties, celle de contrat de travail.

La preuve de l'existence d'une relation de travail se déduit d'un ensemble d'indices. Si un seul de ces indices n'est, en règle, pas suffisant pour conclure, à rebours de la qualification choisie par les parties, à l'existence ou à l'absence d'une relation de travail, en revanche, la conjonction et la coïncidence de tels

23. C. WANTIEZ, *op. cit.*, p. 194.

24. Voy. ainsi J.P. CORDIER, « La recherche du lien de subordination au regard de l'analyse du contrat : la disqualification du contrat d'entreprise », in V. VANNES (éd.), *Le lien de subordination dans le contrat de travail*, coll. UB3, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 65.

25. Voy. C.E. CLESSE, *L'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et indépendants. Aux frontières de la fausse indépendance*, coll. Pratique du droit, n° 48, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 73.

26. Cass., 5 février 2007, *R. W.*, 2007-2008, p. 781, note K. NEVENS, *Arr. Cass.*, 2007, p. 285, *Pas.*, 2007, I, p. 247.

indices permettent d'aboutir à une telle conclusion<sup>27</sup>. Ces différents indices permettant de qualifier la relation d'indépendante ou de salariée ont d'abord été précisés par la jurisprudence des cours et tribunaux<sup>28</sup>. Par une loi-programme I du 27 décembre 2006, le législateur, après avoir énoncé que les parties choisissent librement la nature de leur relation de travail et que la priorité doit être donnée à la qualification « (...) qui se révèle de l'exercice effectif si celle-ci exclut la qualification juridique choisie par les parties » (article 331), a consacré la plupart des critères de distinction entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise (travailleur indépendant) dégagés par la jurisprudence : la volonté des parties telle qu'exprimée dans leur convention<sup>29</sup>, la liberté d'organisation du temps de travail, la liberté d'organisation du travail ainsi que la possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique (article 333, § 1<sup>er</sup>)<sup>30</sup>. Sont quant à eux impuissants à qualifier adéquatement la relation de travail – et constituent donc à ce titre des facteurs « neutres » – : l'intitulé de la convention, l'inscription auprès d'un organisme de sécurité sociale, l'inscription à la Banque-carrefour des entreprises, l'inscription auprès de l'administration de la T.V.A.<sup>31</sup> et la manière dont les revenus sont déclarés à l'administration fiscale (article 333, § 3)<sup>32</sup>. Ces dispositions ont été appliquées pour la première fois

27. Cass., 22 mai 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 312, *J.T.T.*, 2000, p. 423, *Arr. Cass.*, 2000, p. 961, *Bill.*, 2000, p. 423. Dans cette affaire, était en cause le renversement de la présomption légale de contrat de travail de représentant de commerce (art. 4, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978).

28. Voy. par exemple, W. GOOSSENS, *Aanwinsting van werk : het gemeenrechtelijk dienstverdrag*, coll. *Recht en onderneming*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 211-215 ; C.E. CLESSE, *op. cit.*, pp. 98-133.

29. Selon l'article 333, § 1<sup>er</sup>, la volonté exprimée par les parties ne sera retenue que « (...) pour d'autres termes, la qualification retenue par les parties pourra être rejetée par le juge si celle-ci n'est pas conforme à l'intention réelle des parties, confirmée par des éléments de faits permettant d'exclure cette qualification.

30. A côté des indices légaux énoncés à l'article 333 § 1<sup>er</sup>, C.E. Clesse relève, parmi les indices déterminant la relation indépendante, l'*affinité sociétatis* – spécialement son corollaire : l'acceptation du partage des risques – ainsi que la possibilité de se faire remplacer et, parmi ceux déterminant la relation de travail, la justification d'absences pour cause de maladie et l'interdiction de vendre des produits autres que ceux de son employeur (C.E. CLESSE, *op. cit.*, pp. 87-92).

31. Ces différentes inscriptions ne traduisent en effet pas une qualification contractuelle, mais consistent en des obligations légales ou réglementaires qui sont des conséquences de la qualification retenue (voy. p. ex. Cass., 13 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 725, *Arr. Cass.*, 1991-1992, p. 776, *Bill.*, 1992, p. 725, *J.T.T.*, 1992, p. 217, *R. W.*, 1992-1993, p. 460, *Chron. D.S.*, 1992, p. 320 ; Cass., 23 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 295).

32. La loi met par ailleurs en place un mécanisme permettant aux parties d'obtenir auprès d'une commission instituée à cet effet une décision contraignante sur la nature juridique de la relation de travail. Sur ce « ruling social », voy. entre autres J. CLESSE, « La qualification juridique de la relation de travail », in J. CLESSE et F. KEFER (éd.), *Questions de droit social*, coll. Commission Universitaire Palais, vol. 94, Liège, Anthémis, 2007, pp. 252-257.

par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 décembre 2010. Dans cet arrêt, la Cour précise qu'il appartient, à la lumière de ces critères, « d'examiner si les éléments invoqués à l'appui de l'existence d'un lien d'autorité laissent apparaître un exercice d'autorité ou la possibilité d'un exercice d'autorité sur l'exécution du travail relevant d'un contrat de travail, qui est incompatible avec le simple exercice d'un contrôle ou la simple communication de directives dans le cadre d'une convention de travail à caractère indépendant »<sup>33</sup>. Comme auparavant, il revient donc au juge du fond d'apprécier souverainement le poids des différents éléments invoqués à l'appui de l'action tendant à reconnaître un contrat de travail la relation contractuelle et qui, réunis en faisceau, permettent de rejeter la qualification choisie par les parties et de conclure à l'existence d'un lien de subordination<sup>34</sup>.

**5. Contrat d'entreprise ou contrat de travail. Situation des architectes.** L'article 5 de la loi du 26 juin 1963 créant un Ordre des architectes énonce que « nul ne peut exercer en Belgique la profession d'architecte en quelque qualité que ce soit, s'il n'est inscrit à l'un des tableaux de l'Ordre ou sur une liste des stagiaires (...) ». L'article 4 du Règlement de déontologie précise cette disposition, en énonçant que l'architecte peut exercer sa profession en qualité de travailleur indépendant, d'appointé ou de fonctionnaire.

33. Cass, 6 décembre 2010, R.G.10.0073.N, n° Juridat F-20101206-2. La Cour accueille le pourvoi, en précisant que « le défaut d'expérience professionnelle combiné avec le défaut de liberté d'exécution du travail est inconciliable avec la notion d'une collaboration à caractère indépendant ». Partant, le juge du fond ne pouvait conclure à l'absence de lien hiérarchique, dans la mesure où l'exécution des prestations n'était pas en état de fournir celles-ci d'une manière indépendante, sans instructions de la personne au profit de laquelle elles étaient effectuées.

34. Dans un ouvrage récent, C.E. Clesse identifie et commente les éléments les plus régulièrement invoqués devant les cours et tribunaux pour tenter de démontrer le caractère indépendant de la relation contractuelle. Peuvent ainsi être relevés, entre autres, l'absence de contestation de la qualification du contrat pendant son exécution, l'accès à la profession (lequel peut être obtenu quelle que soit la nature de la relation de travail), la détention d'actions ou de parts de la société, l'existence d'une assurance de responsabilité, la présence dans le contrat d'une clause d'exclusivité, de non-concurrence, de préavis ou d'écolage, la clientèle personnelle, les directives d'ordre général et de contrôle, la surveillance de l'emploi du temps, la propriété du fonds de commerce, l'intervention de l'employeur dans le paiement des cotisations sociales, l'obligation de travailler en un lieu déterminé, la mise à disposition du matériel de la société (uniforme, documents, outils, etc.), le mode de recrutement, la nature de l'obligation (moyen ou résultat), la délivrance d'un permis de travail, la politique commerciale de la société (prix de vente imposés, obligation d'approvisionnement, etc.), l'absence de notification d'un préavis, la publicité pour compte propre, l'existence d'un Règlement d'ordre intérieur ou d'un Règlement de travail, la possibilité d'accepter ou de refuser un travail imposé, le mode de rémunération, le travail pour plusieurs commandants, le respect par le maître de l'ouvrage ou l'employeur de certaines obligations légales de sécurité, le fait qu'un contrat d'entreprise succède à un contrat de travail ou encore les modalités relatives aux vacances (voy. C.E. CLESSE, *op. cit.*, pp. 98-133).

La faculté d'exercer la profession en qualité de travailleur salarié fut explicitement évoquée par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 septembre 2002, rendu en matière disciplinaire : dans cette affaire, le conseil national de l'Ordre des architectes contestait une décision du conseil d'appel d'expression française de l'Ordre des architectes, qui avait autorisé l'inscription au tableau de l'Ordre d'un ressortissant allemand, titulaire d'un diplôme d'ingénieur – permettant en Allemagne d'exercer les activités que la loi réserve aux architectes<sup>35</sup> – et ayant exercé sa profession dans un bureau d'architecture belge pendant 25 ans dans les liens d'un contrat de travail. Pour le conseil national, le conseil d'appel ne pouvait valablement créditer cette expérience, dans la mesure où il aurait par là – l'ingénieur allemand ayant travaillé comme salarié sans s'inscrire au tableau de l'Ordre – reconnu l'existence d'une activité d'architecte en violation de l'article 5 de la loi du 26 juin 1963. La Cour de cassation a rejeté cet argument, en considérant qu'en tenant compte de l'expérience utile que son activité salariée lui avait procurée, le conseil d'appel n'avait pas reconnu d'effet à une activité qu'aurait accomplie illicitement cet ingénieur et, partant, n'avait pas violé l'article 5 précité.

L'on rappelle en effet que ce n'est que lorsque l'employé exerce à titre salarié la profession d'architecte et pose les actes visés par le monopole légal que l'inscription de ce dernier au tableau de l'Ordre s'impose. De nombreux bureaux d'architecture emploient ainsi des collaborateurs, ingénieurs, techniciens ou dessinateurs salariés auxquels l'accomplissement de certaines tâches est délégué<sup>36</sup>. Ceux-ci sont fréquemment titulaires d'un diplôme d'architecte, sans toutefois être inscrits au tableau de l'Ordre. Le titulaire d'un tel diplôme, exerçant dans les liens d'un contrat de travail, ne sera tenu de s'inscrire à l'Ordre qu'à partir du moment où il souhaitera accomplir, sous sa responsabilité, les actes relevant du monopole réservé à cette profession<sup>37</sup>.

35. En droit allemand, le monopole dont bénéficient les architectes pour la signature des demandes de permis de bâtir est étendu aux ingénieurs (voy. European Federation Of Consulting Engineers, *Comparative Study about Consulting Engineers' Liability and Insurance Requirements Across Europe*, Bruxelles, EFCA Publ., 2010, p. 14).

36. La délégation par un architecte (inscrit au tableau) de certaines tâches à des tiers est parfaitement licite : comme l'explique P. Rigaux : « le propre de l'architecte, c'est la démarche intellectuelle de composition et non pas la mise au net de sa représentation graphique » (P. RIGAUX, *L'architecte. Le droit de la profession*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 64). Voy. également en ce sens Cass., 10 octobre 1966, *Pas.*, 1967, I, p. 188, *Arr. Cass.*, 1967, p. 184, *Res. jur. inimi.*, 1967, p. 3.

37. L'architecte employé peut être amené à poser des actes d'architecte qui relèvent du monopole prévu à l'article 4 de la loi du 20 février 1939 relative à la protection du titre et de la profession d'architecte (moyennant son inscription à l'un des tableaux de l'Ordre et la souscription de l'assurance obligatoire de responsabilité prévue par l'article 9 de la loi du 20 février 1939 relative à la protection du titre et de la profession d'architecte). En effet, ce monopole n'est pas incompatible avec le statut d'employé. Il sera ainsi autorisé à travailler pour un bureau d'études et à signer des

À la différence de la profession d'avocat<sup>38</sup>, l'exercice de la profession d'architecte n'est donc nullement incompatible avec le statut de salarié. La question de la « fausse indépendance » a d'ailleurs préoccupé les professionnels de l'architecture au début des années 2000, suite à l'étude effectuée par l'UNIZO sur cette question et attirant l'attention sur le risque de la requalification en contrat de travail. Sur la base de cette étude, la compagnie d'assurance Protect a fait établir un nouveau contrat type de collaboration. Selon celle-ci, « (...) de nombreux éléments, notamment ceux qui sont mentionnés dans le tableau des scores de l'UNIZO, y ont été intégrés » ; la compagnie d'assurance avance également qu'« (...) utiliser ce contrat diminue considérablement les risques d'une requalification »<sup>39</sup>.

**6. Contrat d'entreprise ou contrat de bail. Location de machines et mise à disposition de personnel.** En droit romain, le *locator* était celui qui mettait à disposition, qui procurait une jouissance : « le louage, dans son acception romaine, est le contrat par lequel un contractant donne, au sens de mettre à disposition, de donner en jouissance, sa chose ou son esclave »<sup>40</sup>. Dans leur

plans, même destinés aux clients de ce dernier ; en revanche, il ne pourra être l'employé d'un entrepreneur de travaux de construction (voy. Y. HANNEQUART, *Le droit de la construction*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 403, n° 558 ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La conception de l'ouvrage », *Act. dr.*, 1991, p. 903), ni d'une société de promotion, lorsque, dans l'espèce particulière, ce professionnel est aussi l'entrepreneur des travaux que l'architecte a mission de contrôler (voy. K. UYTENDAELE, « De architect en de bouwpromotor : een verboden lefde of een bijzondere huwelijk », *T.B.O.*, 2004, p. 185). Enfin, l'architecte, même sous contrat de travail, devra témoigner en permanence de l'indépendance intellectuelle et morale nécessaire pour remplir les missions découlant du monopole (article 4 du Règlement de déontologie ; voy. également l'article 7 : « (...) L'architecte appointé doit pouvoir assumer ses responsabilités en fonction de la spécificité de la profession. Il doit notamment veiller à ce que, dans les rapports entre son employeur et le coccontractant de ce dernier, rien ne soit contraire aux lois et règlements régissant l'exercice de la profession d'architecte ; le cas échéant, il en informe son employeur »).

38. L'indépendance de l'avocat (art. 437 et 444 du Code judiciaire) est généralement mise en avant pour justifier la prohibition de l'exercice de cette profession dans les liens d'un contrat de travail (voy. C. trav. Bruxelles, 16 mars 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 26, note J. STEVENS, *N.J.W.*, 2004, p. 561, note M. DE VOS, *R.A.B.C.*, 2004, p. 522, note C. DE GAMCK, *Chron. D.S.*, 2005, p. 94). Cette thèse habituelle est progressivement remise en question par une certaine doctrine (voy. en ce sens C.E. CLESSE, *op. cit.*, p. 149 et réf. citées).

39. K. RASSCHAERT et I. RAMBOER, « Employez-vous ou êtes-vous un "faux indépendant" ? », *Le journal de l'architecte*, n° 126, avril-mai 2002, p. 3.

40. J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2008, p. 82. L'évolution vers la classification retenue en 1804 apparaît déjà au Moyen Âge. A. d'Espesses écrivait ainsi, en 1685 : « le contrat de Louage appelé par nos Jurisconsultes *Locatio*, se fait en deux façons. PRIMO, lorsqu'on baille l'usage ou la jouissance d'une chose (...). SECUNDO, lorsqu'on baille à faire quelque chose à quelqu'un moyennant certain prix ou à loyer, qu'on appelle souvent *Præ-facti*, comme si on a baillé à faire un bâtiment à quelqu'un » (*Œuvres de M. Antoine d'Espesses*, Tome I, Toulouse, éd. Dupléix, 1685, Titre II, p. 87).

rédaction finale, les auteurs du Code civil ont fait disparaître de l'article 1710 la référence au terme « donner » pour faire place à celui de « s'engager à faire quelque chose pour l'autre ». Si le louage d'ouvrage a depuis lors pris son indépendance, la distinction avec le louage de chose n'est pas toujours aisée, spécialement lorsqu'une relation contractuelle comporte à la fois la mise à disposition d'un bien et la prestation d'un service. De manière générale, la jurisprudence, scrutant l'intention des parties, applique la règle *accessorium sequitur principale* et qualifie en conséquence la convention en identifiant les poids respectifs des éléments caractéristiques au contrat de bail ou au contrat d'entreprise<sup>41</sup>.

En droit de la construction, une difficulté récurrente réside dans la qualification à donner au contrat de mise à disposition d'engins de chantier, notamment de grues. Il arrive en effet fréquemment que la mise à disposition de la machine s'accompagne de la mise à disposition d'un opérateur spécialisé, par exemple un grutier. Cette situation génère de surcroît une seconde difficulté, à la frontière du contrat d'entreprise et du contrat de travail, dans la mesure où des prestations de main d'œuvre sont fournies par un opérateur préposé du « bailleur » (employeur habituel), mais soumis aux instructions du « locataire » (employeur occasionnel)<sup>42</sup>.

41. J. VANKERCHOVE *e.a.*, *Le louage de choses. Les liens en général*, Les Nouvelles, T. VI, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larciér, 2000, p. 8, n° 16. La convention sera qualifiée de contrat d'entreprise lorsque la chose est mise à disposition dans le cadre et en vue de l'exécution du service. Voy. ainsi les exemples cités par W. GOOSSENS (*Aanwinsting van werk : Het gemeenrechtelijk dienstcontract*, coll. *Recht en onderneming*, n° 7, Bruges, die Keure, 2003, p. 110) ; Bruxelles, 17 septembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 41, note P. WÉRY (mise à disposition de containers par une entreprise chargée de l'enlèvement de résidus de démolition) ; J.P. Fexhe-Slins, 23 mars 1992, *J.I.P.*, 1992, p. 242 (mise à disposition de poutres par un étalagiste). Voy. également les exemples cités par J. VANKERCHOVE *e.a.* (*op. cit.*, pp. 9-14) : ne constituent généralement pas des louages, mais des prestations de service, entre autres : les contrats d'abonnement téléphonique (avec mise à disposition d'un téléphone), les contrats d'abonnements au théâtre (avec mise à disposition d'un fauteuil), les contrats de conciergerie (avec mise à disposition d'un logement), etc. Dans certains cas, le contrat n'étant pas réductible à l'une des qualifications connues au regard de son caractère complexe, la qualification de contrat *sui generis* est privilégiée. Tel est par exemple le cas des contrats d'hôtellerie ou d'hébergement en maison de soins (avec mise à disposition d'une chambre) (voy. J. VANKERCHOVE *e.a.*, *op. cit.*, p. 11 ; W. GOOSSENS, *op. cit.*, p. 112 et la jurisprudence citée).

42. L'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs (*M.B.*, 20 août 1987) définit la mise à disposition de travailleurs comme étant « l'activité exercée par une personne physique ou morale qui consiste à mettre des travailleurs qu'elle a engagés à disposition de tiers qui utilisent ces travailleurs et exercent sur ceux-ci une part quelconque de l'autorité appartenant normalement à l'employeur ». Cette activité est, sauf exception, prohibée par la loi de 1987. Il convient donc d'examiner si le travailleur est resté sous l'autorité exclusive de son employeur sans qu'il y ait délégation totale ou partielle du pouvoir d'autorité. Le juge du fond apprécie souverainement l'existence d'un lien de subordination entre le travailleur et l'entreprise utilisatrice temporaire de l'engin de chantier. Comme l'explique

Par un arrêt du 3 septembre 2010, la *Cour de cassation* semble marquer pour la première fois sa préférence pour ce troisième critère, en décidant qu'« un contrat par lequel un bien et des travailleurs sont mis à disposition constitue un contrat de louage et pas un contrat d'entreprise si les services des travailleurs mis à disposition se limitent à l'accompagnement de la chose sur laquelle le preneur a la maîtrise en tant qu'usager »<sup>48</sup>. En l'espèce, le juge d'appel disposait de suffisamment d'indices lui permettant de qualifier de contrat d'entreprise, et non de bail, la convention conclue entre les parties : le juge relevait ainsi, entre autres, que la qualification de louage d'ouvrage et d'industrie – ou contrat d'entreprise – ressortait du traitement fiscal appliqué volontairement par les parties à l'opération, que les grues ne pouvaient être manœuvrées que par des opérateurs spécialisés ayant l'expérience requise et conservant, lors du fonctionnement de la grue, une autorité suffisante sur les personnes intervenant sur le chantier, que la jouissance de la grue ne constituait qu'un accessoire du contrat d'entreprise dans lequel le travail humain était dominant, que la grue demeurait sous l'autorité et le contrôle du grutier qui la manœuvrait pendant les travaux ou encore qu'aucune preuve n'existait que l'entreprise utilisatrice ait agi comme employeur occasionnel du grutier.

La détermination de la qualification du contrat emporte des conséquences importantes. Les principes applicables en matière de perte de la chose, de responsabilité du prestataire – bailleur ou entrepreneur – ou de responsabilité de l'utilisateur divergent sensiblement selon la qualification retenue. Bailleur, le propriétaire de la machine sera en outre privé de l'action directe (article 1798 du Code civil) qui lui serait ouverte en cas d'entreprise en sous-traitance. De même le bailleur ne bénéficie-t-il pas du privilège du sous-traitant établi à l'article 20,12° de la loi hypothécaire. Enfin, la détermination de la qualification du contrat présente également de l'importance au regard du droit de la responsabilité extra-contractuelle, et spécialement des articles 1384, alinéa 3 (identification du commettant, en cas de faute du préposé) et 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil (identification du gardien de la chose, en cas de vice de celle-ci).

### 7. Contrat d'entreprise ou contrat de transport. Entreprises de déchargement. Dans un arrêt du 7 janvier 2000<sup>49</sup>, la *Cour de cassation* a examiné

48. Cass., 3 septembre 2010, R.G. 08.0554.N, inéd. (reflet par O. VANDENBERGHE, « Actualités », *R.D.C.*, 2010, p. 895). En outre, la *Cour* rappelle au préalable que « le contrat d'entreprise, qui suppose que l'entrepreneur ou ses travailleurs sont indépendants dans l'exécution de son travail n'est pas incompatible avec la collaboration, les instructions générales ou un contrôle exercé par le maître de l'ouvrage sur le travail de l'entrepreneur ».

49. Cass., 7 janvier 2000, *J.P.A.*, 1999, 397, note S.R., *R.W.*, 2001-2002, 347, *Arr. Cass.*, 2000, p. 32, *Bull.*, 2000, p. 30.

De manière générale, la jurisprudence considère que la mise à disposition d'engins de chantier doit être qualifiée de contrat d'entreprise – et non de louage de chose –, lorsque l'opérateur chargé du positionnement, de la stabilisation et de la manipulation de l'engin conserve toute sa liberté d'action à l'égard de la personne au profit de laquelle l'engin est mis à disposition. Dans ce cas, lorsque l'engin de chantier est mis à disposition d'un entrepreneur de construction pour la réalisation d'un travail au profit du maître de l'ouvrage, l'entreprise propriétaire de l'engin bénéficiera donc des protections accordées au sous-traitant<sup>43</sup>. En sens inverse, le contrat sera en principe qualifié de louage de chose lorsque le personnel accompagnant l'engin de chantier est placé sous la direction de l'utilisateur de la grue (en général un entrepreneur de construction), la jouissance du bien constituant alors l'élément central de l'opération<sup>44</sup>. A côté du critère lié à l'indépendance – ou à la dépendance – du personnel accompagnant l'engin, la doctrine examine également la spécificité du matériel mis à disposition de l'entrepreneur des travaux par le « locateur » : si le matériel fourni est spécifique, « (...) l'entreprise de construction n'a pas l'aptitude requise pour de telles opérations et contracte donc pour qu'une personne, compétente et indépendante, exécute ces opérations au moyen d'une grue. Incontestablement, le travail humain domine dans un tel contrat »<sup>45</sup> ; la qualification de contrat d'entreprise s'impose alors. Selon W. Goossens<sup>46</sup>, un troisième critère peut également être retenu : il réside dans l'identification de la personne disposant de la maîtrise sur l'engin. Selon que le fournisseur conserve ou non (lui-même ou par l'intermédiaire du travailleur mis à disposition) la maîtrise du bien, le contrat sera qualifié de contrat d'entreprise ou de contrat de bail. En France, ce critère paraît prépondérant dans la recherche de la qualification du contrat<sup>47</sup>.

C.E. Clesse, « (...) il n'est pas rare que les travailleurs mis à disposition doivent respecter une série d'instructions provenant de la société utilisatrice. Ainsi, par exemple, si des ouvriers spécialisés dans le manœuvre de grues sont mis à disposition d'une entreprise de construction, il conviendra que celle-ci organise son travail, son horaire, etc. Ce type d'instructions peut être qualifié de générales. Il n'entre pas en compte pour l'appréciation du lien d'autorité. C'est l'intensité des instructions qui va permettre d'apprécier si une part de l'autorité a été transférée » (C.E. CLESSE, « La mise à disposition d'utilisateurs », *Chron. D.S.*, 2003 p. 420).

43. Voy. A. DELVAUX et F. POTTIER, « Relations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant : questions spéciales », in *La sous-traitance*, coll. *Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 112-113.

44. Voy. W. GOOSSENS, *op. cit.*, pp. 114-118 et réf. citées.

45. T. BRUCIN, « La mise à disposition d'une grue avec grutier : louage de chose ou d'industrie ? », note sous Liège, 12 avril 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 841. Voy. également en ce sens P. HENRY et V. D'HUART, « La responsabilité du commettant et la sous-traitance », *Act. dr.*, 1992, p. 193.

46. W. GOOSSENS, *op. cit.*, p. 117.

47. Cass. fr., 1<sup>er</sup> ch. civ., 25 mars 1985, *Bull.*, I, 1985, n° 11, *R.T.D. Civ.*, 1986, note J. HUET. Voy. également en ce sens, entre autres J. HUET, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 696, n° 21124 ; J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2008, p. 92.

la question de la qualification des contrats conclus avec les entreprises de déménagement. Le juge du fond avait considéré que la prestation de déménagement était bien plus que le simple transport de marchandises, même si, en l'espèce, les opérations s'étaient limitées au chargement des marchandises (sans que l'entreprise n'ait été chargée de leur emballage) et au déchargement de celles-ci. La Cour de cassation accueille le pourvoi dirigé contre la décision, dans la mesure où le juge n'avait pas constaté l'existence d'autres prestations au-delà du transport des marchandises et n'avait pas procédé à l'examen de l'importance respective des prestations de simple transport, au regard des autres prestations liées au déménagement.

En effet, comme l'explique J.F. Peters, « il faut considérer le contrat de déménagement comme un contrat de transport lorsque les circonstances de fait indiquent que le déplacement des biens constitue l'engagement principal, tandis qu'il faut considérer la convention comme un simple contrat d'entreprise lorsqu'il apparaît que d'autres opérations font partie de l'essence du contrat (comme l'emballage et le déballage des biens) »<sup>50</sup>. L'intérêt de la qualification réside notamment dans la différence des délais de prescription, le droit de transport (par route) se caractérisant par des délais raccourcis au regard de la prescription de droit commun de dix ans (article 2262bis du Code civil), applicable au contrat d'entreprise.

## SECTION 2

### Formation du contrat d'entreprise

**8. Conformité à l'ordre public. L'indépendance de l'architecte : conséquence sur les conditions de validité du contrat d'entreprise**<sup>51</sup>. Le principe de l'indépendance de l'architecte – qui doit être distingué du principe de l'incompatibilité entre les professions d'architecte et d'entrepreneur<sup>52</sup> – fut consacré dès 1967 dans le règlement déontologique de la profession, dont l'article 33, alinéa 1<sup>er</sup>, énonçait que « l'architecte doit veiller à sauvegarder, en toutes circonstances, une totale indépendance vis-à-vis des

50. J.F. PETERS, « Observations sous Cass., 7 janvier 2000 », *R.D.C.*, 2000, p. 204 et réf. citées.  
51. Voy. également B. KOHL, « Le promoteur », in *Guide de droit immobilier*, Waterlooloo, Kluwer, 2009, IV.4.1., n° 3.44, reproduit ici.  
52. Fondé sur l'article 6 de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte (voy. entre autres J.F. HENROTTE, L.O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte. Conventions actuelles et statut de la profession en droit belge*, coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 55-63).

entrepreneurs et des fournisseurs de matériaux »<sup>53</sup>. L'indépendance pose particulièrement question à l'analyse des relations entre architectes et promoteurs immobiliers<sup>54</sup>.

Lorsqu'un promoteur immobilier, qui peut également être entrepreneur de construction, fait bâtir un ouvrage pour son propre compte en vue de le mettre en vente, la licéité du contrat qu'il conclut avec l'architecte n'est guère contestée<sup>55</sup> ; la validité du contrat d'architecture n'est pas entamée par la circonstance que ce promoteur effectuerait lui-même et pour son compte tout ou partie des travaux de construction du bâtiment : « (...) il n'y a pas lieu de faire un sort différent au promoteur qui exécute lui-même tout ou partie des travaux puisque même dans ce cas de figure, si l'architecte accomplit la mission qui lui est dévolue par l'article 4 de la loi du 20 février 1939, il existe bien "des professionnels distincts qui ont agi avec des missions propres, chacun exposant sa responsabilité personnelle" »<sup>56 57</sup>.

En revanche, lorsqu'un entrepreneur conclut un contrat d'entreprise générale avec un maître de l'ouvrage, peut se poser la question de l'indépendance de l'architecte. Tel est spécialement en présence d'opérations de

53. Règlement déontologique approuvé par l'arrêté royal du 5 juillet 1967 (*M.B.*, 19 août 1967).

54. Voy. notamment sur cette question R. DE BRIEY, « Le promoteur et l'architecte », in M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), *Le contrat d'entreprise*, Liège, éd. Formation permanente CUP, 2003, pp. 259 et s. ; K. UYTENDIJK, « De architect en de bouwpromotor : een verboden liefde of een bijzonder huwelijck ? », *T.B.O.*, 2004, pp. 170 et s.

55. Au contraire, « dans ce cas, le recours à un architecte est non seulement licite mais est également obligatoire. En effet, puisque le promoteur, dans le cas de la promotion-vente, édifie pour son propre compte, celui-ci endosse le rôle d'un maître de l'ouvrage et doit donc recourir à un architecte pour la conception et le contrôle des travaux » (L. VINCART et I. EKERMAN, « Promoteurs et architectes : des relations ambiguës », *Ent. et dr.*, 2008, p. 212) ; voy. également dans ce sens, par exemple : A. DELVAUX et J.N. KRAEWINKELS, « Questions actuelles relatives aux intervenants dans la construction et leur responsabilité dans la réception-agrégation », in *Droit de la construction*, Liège, éd. Commission Université Palais, 1996, p. 76 ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La conception de l'ouvrage », *Act. dr.*, 1991, p. 907 ; P. RIGAUD, *Le droit de l'architecture. Évolution des vingt dernières années*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 51 ; M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000)*, Coll. Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 35.

56. R. DE BRIEY, « Le promoteur et l'architecte », in M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), *Le contrat d'entreprise et le droit de la construction*, Liège, éd. Formation Permanente CUP, 2003, p. 292. L'auteur cite Liège, 23 janvier 1995, *J.T.*, 1995, p. 386.

57. En cas de promotion-vente, afin d'éviter toute ambiguïté, l'architecte doit néanmoins préciser expressément au destinataire final de l'immeuble qu'il intervient en qualité d'architecte désigné par le professionnel de la construction (voy. A. DELVAUX et J.N. KRAEWINKELS, « Questions actuelles du droit de la construction », in *Droit de la construction*, Coll. Commission Université-Palais, vol. XII, Liège, éd. Formation Permanente CUP, 1996, p. 76).

promotion-construction « clé-sur-porte » dans lesquelles le maître de l'ouvrage se voit proposer le choix de certains plans-types fournis par l'entrepreneur dans son catalogue. La *Cour de cassation* a ainsi précisé, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1994, « (...) qu'il est contraire aux dispositions d'ordre public de la loi du 20 février 1939 qu'un architecte, inféodé à un promoteur, contracte ensuite avec le client de ce promoteur comme s'il était indépendant de ce dernier (...); qu'en contractant avec ces clients, après l'accord réalisé entre ceux-ci et le promoteur, l'architecte s'est privé de la possibilité d'exercer son devoir de conseil et d'assistance vis-à-vis des clients (...) »<sup>58</sup>. Dès lors, même si, en apparence, le maître de l'ouvrage qui fait appel à un promoteur-construc-teur contracte avec un tiers architecte, l'indépendance de ce dernier ne sera nullement garantie lorsque la conclusion de ce contrat d'architecture a été suscitée par le promoteur et que cet architecte lui est en réalité « inféodé »<sup>59</sup>. Certains auteurs défendent du reste l'idée que rien n'empêcherait que le promoteur-construc-teur, même lié à son client par une convention qualifiée de contrat d'entreprise, puisse valablement conclure lui-même un contrat d'architecture, à la condition qu'il s'agisse réellement d'une opération de promotion immobilière et que l'architecte ne contracte pas, dans le même temps, avec le client du promoteur<sup>60</sup>; d'autres, au contraire, estiment cette pratique contestable par nature, tirant argument du principe de l'incompatibilité des professions et de l'impossibilité dans cette situation pour le client du promoteur d'agir directement contre l'architecte de ce dernier<sup>61</sup>. Sous réserve de cette controverse, il demeure acquis que l'appréciation de l'exigence d'indépendance doit se faire *in concreto* : le manque d'indépendance d'un architecte ne peut se présumer du simple fait de l'intervention d'un promoteur-construc-teur dans un projet immobilier<sup>63</sup>.

58. Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1078, note F. MOISES, *Arr. Cass.*, 1994, p. 1038, *Bull.*, 1994, p. 1031, *J.T.*, 1995, p. 316, *Res.*, 1994, I, p. 1031, *R.W.*, 1994-1995, 1377.

59. Voy. entre autres Mons, 25 juin 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 758, note B. LOUVEAUX; Liège, 26 mars 1997, *Empr. et dr.*, 1998, p. 263.

60. Voy. entre autres M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000)*, Coll. Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 38.

61. Dans cette situation dans laquelle l'architecte contracterait directement avec l'entrepreneur, et ce dernier avec le maître de l'ouvrage, l'architecte bénéficierait en effet à l'égard de ce dernier de la théorie de l'immunité relative des préposés et agents d'exécution (Cass., 7 décembre 1973, *Res.*, 1974, I, p. 376, *Arr. Cass.*, 1974, p. 395, *J.T.*, 1974, p. 443, *R.W.*, 1973-1974, 1597, note J. HERBOTS).

62. Voy. entre autres K. UYTENDHOEVEN, « De architect en de bouwpromotor : een verboden liefde of een bijzonder huwelijk ? », *T.B.O.*, 2004, p. 178.

63. Voy. Gand, 9 juin 2006, *N.j.W.*, 2007, p. 134, note K. VANHOVE.

Face à un manque d'indépendance avéré, le contrat d'architecture passé entre le maître de l'ouvrage et l'architecte pourra être annulé en raison de la violation d'une disposition d'ordre public. En outre, la jurisprudence considère que, dans ce cas, le contrat d'entreprise lui-même peut subir le même sort<sup>64</sup>.

**9. Conformité à l'ordre public (suite). Exécution de travaux « en noir », en violation des règles d'accès à la profession ou des règles d'urbanisme.** Plusieurs décisions de jurisprudence récentes frappent de nullité le contrat d'entreprise conclu en violation de dispositions d'ordre public diverses. Par exemple, dans un jugement du 2 juin 2003<sup>65</sup>, le tribunal de commerce de Gand, après avoir constaté que les parties avaient procédé de commun accord au paiement « en noir » d'une partie substantielle des prestations commandées, prononce la nullité de la convention et déclare irrecevable l'action de l'entrepreneur tendant à obtenir l'exécution par le maître de l'ouvrage de son obligation de payer le solde du prix. Le tribunal se fonde sur l'arrêt de la *Cour de cassation* du 12 octobre 2000<sup>66</sup>, rendu en matière de « carroussels T.V.A. », et dans lequel la Cour décide qu'« (...) une convention qui a pour but d'organiser une fraude envers des tiers, en l'espèce [le Trésor], dont les droits sont protégés par une législation d'ordre public, a une cause illicite et est frappée de nullité absolue »<sup>67</sup>. Dans un arrêt du 24 décembre 2003<sup>68</sup>, la cour d'appel d'Anvers adopte une position similaire à propos d'une infraction commise à la législation sur l'aménagement du territoire et

64. Voy. Civ. Charleroi, 8 avril 1982, *R.R.D.*, 1982, p. 222 (contrat ayant confié à l'entrepreneur le choix de l'architecte); Civ. Nivelles, 18 juillet 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1341 (contrat par lequel l'entrepreneur se chargeait de choisir un architecte ayant pour seule mission de tracer les plans); Liège, 21 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 416 (contrat d'architecture signé largement après le contrat d'entreprise après que le type de construction ait été défini avec l'entrepreneur et pour un taux d'honoraires largement inférieur au marché, les honoraires étant en outre intégralement versés dès la signature du contrat avec l'architecte). Voy. également sur ces décisions I. DURANT, « Le monopole légal confié à l'architecte », in I. DURANT et R. DE BRIEY (éd.), *L'exercice de la profession d'architecte*, coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 33.

65. Comm. Gand, 2 juin 2003, *T.C.R.*, 2003, p. 12.

66. Cass., 12 octobre 2000, *R.C.D.C.*, 2001, p. 549, *R.C.J.B.*, 2003, p. 74, note P. WÉRY, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1564, *Bull.*, 2000, p. 1531, *F.J.F.*, 2003, p. 854, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1508, *Rev. not. belge*, 2001, p. 109, *R.W.*, 2002-2003, 416, *T.F.R.*, 2002, p. 69.

67. La Cour de cassation adopte dans cet arrêt la théorie du mobile illicite unilatéral, en décidant également que « (...) s'agissant de l'intérêt général, il suffit que l'une des parties ait contracté à des fins illicites et qu'il n'est pas nécessaire que ces fins soient connues du cocontractant » (voy. P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, pp. 78 et s.).

68. Anvers, 24 décembre 2003, *N.j.W.*, 2004, p. 527, note S. LUST.

l'urbanisme : dans cet arrêt, la cour dénie à l'entrepreneur le droit au paiement de son travail, en frappant de nullité absolue le contrat d'entreprise, au motif que la toiture placée par celui-ci différerait de celle autorisée par le permis d'urbanisme. Pour la cour, accorder à l'entrepreneur la rémunération de ses prestations lui aurait permis de profiter de l'infraction pénale commise par ce dernier en connaissance de cause<sup>69</sup>. Enfin, le non-respect de la réglementation relative à l'accès à la profession<sup>70</sup> – actuellement régi par la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante<sup>71</sup> – est également source de nullité du contrat d'entreprise<sup>72</sup>. Il suffit à cet égard que « (...) le défaut d'accès à la profession affecte une partie des travaux exécutés pour que la nullité de l'ensemble de la convention doive être prononcée »<sup>73 74</sup>.

69. Dans la mesure où le maître de l'ouvrage avait également participé à l'infraction (en prenant la décision de s'écarter des plans déposés à l'appui de la demande de permis), l'action reconventionnelle de ce dernier fut également jugée irrecevable.

70. En revanche, l'enregistrement des entrepreneurs a perdu son caractère obligatoire, suite à la modification législative consécutive à la condamnation du régime belge antérieur par la Cour de justice des Communautés européennes. Voy. à ce égard B. KOHL, « Enregistrement des entrepreneurs étrangers. La Belgique condamnée », note sous C.J.C.E., 9 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 177 et s. ; D. FISSE et A.-L. DURVIAUX, « L'enregistrement des entrepreneurs de travaux immobiliers », *A.P.T.*, 2007-2008, pp. 290 et s.

71. *M.B.*, 21 février 1998. Cette loi abroge la loi du 15 mars 1970 sur l'exercice des activités professionnelles dans les petites et moyennes entreprises.

72. Voy. par exemple Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454, note C. WIJNANTS ; Comm. Mons, 26 juin 2002, *D.A.O.R.*, 2002/63, p. 271 ; Mons, 25 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 638, *R.R.D.*, 2003, p. 9 ; Comm. Mons, 13 décembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 366 ; Comm. Namur, 28 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1304 ; Liège, 21 décembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 190 ; Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 790, *R.G.D.C.*, 1996, p. 163. Voy. entre autres à ce sujet I. FRANK et S. FANTIN, « De vestigingswetgeving en de gevolgen van de niet-malewing ervan », note sous Cass., 3 février 2005, *T.B.O.*, 2005, pp. 180 et s. ; C. WIJNANTS, « Nullité du contrat d'entreprise pour violation des règles d'accès à la profession ; rappel des principes », note sous Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, pp. 460 et s.

73. Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454, note C. WIJNANTS ; voy. dans le même sens : Bruxelles, 6 mars 1986, *Entr. et dr.*, 1987, p. 15, *Res jur. imm.*, 1988, p. 29.

74. La jurisprudence considérait auparavant que la validité du contrat d'entreprise avec l'entrepreneur général ne dépendait pas d'un accès à la profession n'était, par exception, pas mise en cause lorsqu'il appartenait que, recourant à la sous-traitance totale, il n'effectuait pas lui-même les travaux nécessitant un accès à la profession (voy. Bruxelles, 27 avril, 1989, *Entr. et dr.*, 1998, p. 383, *Res jur. imm.*, 1990, p. 245 ; Civ. Nivelles, 11 mars 2004, *Res jur. imm.*, 2004, p. 24). Depuis lors, l'arrêt royal du 29 janvier 2007 relatif à la capacité professionnelle pour l'exercice des activités indépendantes dans les métiers de la construction et de l'électrotechnique, ainsi que de l'entreprise générale (*M.B.*, 27 février 2007), impose certaines compétences de base pour la personne exerçant l'activité d'entrepreneur général (étant, aux termes de l'article 32, « (...) celui qui, au nom et pour compte de tiers, construit, rénove, fait construire, ou rénover un bâtiment, en exécution d'un contrat d'entreprise de travaux, jusqu'à l'état d'achèvement et fait appel pour cela à plusieurs sous-traitants »). Voy. également en ce sens S. STRIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENHOVEL et K. WILLEMS, « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten : koop en aanneming (1999-2006) », *T.P.R.*, 2008, p. 1675.

Dans un arrêt du 2 mars 2006<sup>75</sup>, la *Cour de cassation* semble toutefois relativiser le caractère automatique de la nullité, à propos d'une affaire dans laquelle l'entrepreneur réclamait le paiement de montants convenus « en noir ». Après avoir énoncé le principe selon lequel « (...) celui qui ne poursuit que le maintien d'une situation contraire à l'ordre public ou un avantage illicite n'a pas un intérêt légitime », la Cour relève que, dans leur décision, en constatant que la demande de l'entrepreneur tendait à l'exécution des obligations contractuelles du maître de l'ouvrage de payer le solde du prix de l'entreprise en contrepartie des travaux de rénovation exécutés entre-temps, mais « (...) en ne constatant donc pas que cette demande tend uniquement au maintien d'une situation ou d'un avantage illicite, les juges d'appel n'ont pas justifié légalement leur décision et ont violé l'article 17 du Code judiciaire ». Comme l'observe W. Goossens, par l'emploi du terme « uniquement », la Cour semble exiger qu'un lien direct existe entre la situation illégale et le contrat concerné ou l'action se fondant sur ce contrat. En d'autres termes, il ne semble plus correct d'affirmer sans nuance que tout contrat d'entreprise ou d'architecture est automatiquement nul en cas de travail payé – en tout ou en partie – « en noir » ou en cas de travaux exécutés sans permis.

Cette décision s'inscrit dans le droit fil de l'arrêt rendu le 18 mars 1988<sup>76</sup> en matière de vente d'immeuble par la *Cour de cassation*. Dans cet arrêt, la Cour décide que « lorsque lors d'un contrat d'achat, les parties conviennent de dissimuler le prix exact dans l'acte en vue d'éluider les droits d'enregistrement, cette convention est contraire à l'ordre public et dès lors nulle, mais la vente ne peut être déclarée nulle pour cette raison ». Selon l'interprétation donnée à cet arrêt par I. Moreau-Margrève, la contrariété à l'ordre public ne réside pas en réalité dans l'accord sur la fixation du prix qui est librement faite par les parties. Au contraire, cette contrariété vient de la dissimulation de la réalité du prix envers l'administration fiscale<sup>77</sup>. Cette jurisprudence a été appliquée à de multiples reprises ces dernières années par les juges du fond en matière de vente d'immeuble<sup>78</sup> et nous paraît transposable dans le domaine du contrat d'entreprise.

75. Cass., 2 mars 2006, *N.J.W.*, 2006, p. 703.

76. Cass., 18 mars 1988, *Pos.*, 1988, I, p. 868, *R.W.*, 1988-1989, p. 711, note E. DIRIX, *Ann. Dr. Liège*, 1989, p. 387, note I. MOREAU-MARGRÈVE et P. DELNOY, *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 973, *Bull.*, 1988, p. 868, *J.T.*, 1989, p. 5, *T. Not.*, 1990, p. 106.

77. I. MOREAU-MARGRÈVE, « Chronique de jurisprudence. Obligations », in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, Liège, éd. Faculté de droit de Liège, 1989, p. 52.

78. Voy. par exemple Gand, 14 juin 2007, *T.C.R.*, 2008, p. 108 ; Gand, 27 janvier 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 1568 ; Liège, 30 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2008, p. 103, note M. DUPONT ; *contra* : Mons, 26 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1041, note B. KOHL. Comme le relevait ainsi la cour d'appel de Liège dans son arrêt du 30 novembre 2006, « (...) seule la convention conclue

**10. Conformité à l'ordre public (suite). L'assurance de la responsabilité des entrepreneurs, condition prochaine de validité du contrat d'entreprise ?** En octobre 2006, l'Ordre des architectes avait formé, devant la Cour d'arbitrage (entretiens devenue « Cour constitutionnelle ») un recours en annulation contre les dispositions de la nouvelle loi du 15 février 2006 relative à l'exercice de la profession d'architecte dans le cadre d'une personne morale. L'Ordre des architectes visait en particulier l'obligation d'assurance de la responsabilité des architectes énoncée à l'article 9 de la loi du 20 février 1939 (tel que rétabli par la loi du 15 février 2006). A l'appui de son recours, l'Ordre des architectes croyait déceler une inégalité dans l'imposition de cette obligation d'assurance aux seuls architectes, alors que, pour les autres professionnels de la construction, l'assurance de la responsabilité demeure volontaire.

Dans son arrêt du **12 juillet 2007**<sup>79</sup>, la *Cour constitutionnelle* a rejeté ce recours, en estimant que le législateur avait entendu distinguer la profession d'architecte des autres professions du secteur de la construction, en raison des missions particulières liées à son art. L'obligation pour l'architecte d'assurer sa responsabilité, en ce compris la responsabilité décennale, énoncée à l'article 9 de la loi du 20 février 1939, se trouve ainsi validée par la Cour constitutionnelle. L'on rappelle que la couverture par une assurance de la responsabilité professionnelle de l'architecte est érigée par la loi du 15 février 2006 en condition d'exercice de la profession ; l'article 2, § 4, de la loi du 20 février 1939 prévoit désormais que « nul ne peut exercer la profession d'architecte sans être couvert par une assurance, conformément à l'article 9 ». Les conditions d'exercice de la profession d'architecte constituant une réglementation d'ordre public (tout comme le sont les diverses réglementations relatives à

à l'occasion de la vente et qui consistait à s'engager à taire dans l'acte écrit de vente le prix réellement convenu est nulle ; (...) en revanche tant la convention de vente "officielle" que la contre-lettre ne sont pas atteintes de nullité dès lors que le mobile déterminant consistait à transférer la propriété d'un immeuble pour un prix déterminé au sujet duquel les parties étaient d'accord et non pas à procéder à une fraude fiscale ». Voy. à ce sujet B. KOHL, « Le contrat de vente d'immeuble. Développements récents », in B. KOHL (éd.), *La vente immobilière. Aspects civils, administratifs et fiscaux*, coll. CUP, vol. n° 121, Liège, Anthémis, 2010, pp. 52-54 ; M. DUPONT, « Dissimulation d'une partie du prix et droit d'enregistrement : tel est pris qui croyait prendre ! », note sous Mons, 30 novembre 2006, R.C.D.C., 2008, pp. 104 et s.

79. C. const., n° 100/2007, 12 juillet 2007, R.W., 2007-2008, R.C.D.C., 2008, p. 390, note B. KOHL, *Jurim pratique*, 2008, p. 69, N.J.W., 2008, p. 251, note G. JOCQUE, T.B.O., 2007, p. 1999, note I. RAMBOER, T.B.P., 2008, p. 284. Les lignes qui suivent sont un résumé de notre note sous cet arrêt.

l'accès à la profession), la convention d'architecture passée avec un architecte non assuré peut donc être frappée de nullité absolue<sup>80</sup>.

Si la Cour rejette le recours, elle précise, dans un attendu très remarqué, « qu'en ce que les architectes sont le seul groupe professionnel du secteur de la construction à être légalement obligé d'assurer sa responsabilité professionnelle, cette responsabilité risque, en cas de condamnation *in solidum*, d'être, plus que celle des autres groupes professionnels, mise en œuvre sans qu'il existe pour ce faire une justification objective »<sup>81</sup>. Selon la Cour, cette discrimination résulte de l'absence, dans le droit applicable aux autres « parties intervenant dans l'acte de bâtir », d'une obligation d'assurance comparable, et il ne pourrait y être remédié que par l'intervention du législateur. Cette importante décision de la Cour constitutionnelle nous paraît critiqueable, pour les raisons que nous avons exposées ailleurs<sup>82</sup>. Quoi qu'il en soit, elle ouvre la porte à une large réflexion sur l'obligation d'assurance en droit de la construction. À cet égard, nous défendons l'idée que si une obligation d'assurance devait être imposée dans le secteur de la construction (le cas échéant, en limitant son champ d'application au seul secteur du logement), sa création et son organisation devraient bénéficier d'une initiative européenne, par exemple sous l'une ou l'autre forme d'autorégulation<sup>83</sup>.

80. Voy. entre autres, par analogie, Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454, note C. WYNANTS ; Comm. Mons, 26 juin 2002, D.A.O.R., 2002/63, p. 271 ; Mons, 25 mars 2002, J.L.M.B., 2003, p. 638 ; Comm. Mons, 13 décembre 2001, R.R.D., 2002, p. 366 ; Comm. Namur, 28 octobre 1999, J.L.M.B., 2000, p. 1304 ; Liège, 21 décembre 1999, R.R.D., 2000, p. 190 ; Liège, 16 juin 1992, J.L.M.B., 1993, p. 1023 ; Mons, 6 mars 1997, R.R.D., 1997, p. 196, note R. STOKART ; Civ. Charleroi, 16 février 1995, J.L.M.B., 1996, p. 790, R.C.D.C., 1996, p. 193 ; Comm. Mons, 12 avril 1988, D.C.C.R., 1989-1990, p. 150, note B. LOUVEAUX ; Comm. Charleroi, 29 octobre 1996, J.L.M.B., 1997, p. 1293, note B. LOUVEAUX. Voy. également sur ce point K. UYTENDAELE, « De architectenovereenkomst, de taken en aansprakelijkheid van de architect in het licht van het statuut en de deontologie van de architect », in S. SROKA et F. JUDO (éd.), *Bouwwet in al zijn facetten. Een actuele stand van zaken*, coll. Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, Gand, Larlet, 2006, p. 208. Le fait que, dans son avis sur le projet d'arrêté royal, le Conseil d'État ait précisé que l'article 8 du projet (qui prévoyait la nullité du contrat d'architecture si la preuve du respect de l'assurance ne pouvait être produite), devait être omis du projet, n'est pas de nature à modifier ce raisonnement. L'omission de cet article 8 dans le texte définitif de l'arrêté royal s'explique par l'absence de disposition légale permettant de fonder juridiquement à cet effet (voy. l'avis n° 42, 190/1 du Conseil d'État, M.B., 23 mai 2007, p. 27706). Ceci n'empêche cependant pas que la convention avec un architecte non assuré puisse être annulée par application des principes de la théorie générale des obligations.

81. Point B.6.3. de l'arrêt.

82. B. KOHL, « L'assurance obligatoire de la responsabilité des architectes et le principe constitutionnel d'égalité », R.C.D.C., 2008, pp. 394 et s.

83. Voy. B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2008, spéc. n° 254-255.

À la suite de cet arrêt, les initiatives parlementaires n'ont pas trainé<sup>84</sup>. Deux propositions de loi ont ainsi été déposées au Sénat le 21 septembre 2010<sup>85</sup> et à la Chambre le 19 janvier 2011<sup>86</sup>. Chacune de ces propositions vise à donner au Roi le pouvoir de préciser, par arrêté royal, « (...) les catégories de personnes qui exercent la profession d'entrepreneur et dont la responsabilité civile, en ce compris la responsabilité décennale, doit être couverte par une assurance »<sup>87</sup>. Ces propositions ont été examinées à plusieurs reprises en commission au Sénat durant le printemps 2011. Elles n'ont cependant pas encore été adoptées.

**11. La fixation du prix a posteriori dans le contrat d'entreprise.** Le prix est un élément constitutif essentiel du contrat d'entreprise. À défaut de prix, l'accord des parties s'analyserait en une prestation de services bénévoles échappant à la réglementation spéciale du contrat d'entreprise<sup>88</sup>. Le prix est le plus souvent stipulé en argent ; il est toutefois admis que la contre-prestation du maître de l'ouvrage peut consister dans l'exécution d'un travail ou dans la remise d'un bien corporel ou incorporel.

De même, il est admis que l'entrepreneur ou le prestataire de services puisse déterminer seul a posteriori le prix de la prestation<sup>89</sup>. Il s'agit là de l'une des expressions du phénomène de la fixation unilatérale de l'objet du contrat (*partijbepaling*), lequel vise « toute situation où l'une des parties au contrat

84. En effet, il existe suite à cet arrêt un risque non négligeable de mise en cause de la responsabilité de l'État du fait de la carence législative : une fois que la Cour constitutionnelle a jugé, en droit, qu'une lacune dans la législation constitue une violation du principe constitutionnel d'égalité et de non discrimination, cette lacune constitue une faute du législateur au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, obligeant l'État à réparer le dommage éventuellement causé par celle-ci (voy. entre autres R. ERGEC, « La responsabilité du fait de la carence législative », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 289-299 ; W. VAN GERVEN et S. GOVENMAEKER, *Verbitenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, p. 507).

85. Proposition de loi (déposée par W. BEKE et P. VAN ROMPUY) « relative à l'assurance responsabilité professionnelle des entrepreneurs de travaux immobiliers », *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-412/1.

86. Proposition de loi (déposée par L. VAN DER AUWEREN) « relative à l'assurance responsabilité professionnelle des entrepreneurs de travaux immobiliers », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 1077/01.

87. Article 3 des propositions de loi précitées.

88. M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le droit des constructeurs*, Bruxelles, L'entreprise et le droit, 1984, p. 23, n° 24 ; « Le louage d'ouvrage est, en principe, un contrat à titre onéreux, la preuve de la gratuité des prestations assumées par l'entrepreneur étant à charge du maître de l'ouvrage ».

89. Voy. par exemple Bruxelles, 13 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1823 ; Gand, 30 mai 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 199, note R. PASCARIELLO, *T.C.R.*, 1997, p. 140 ; Anvers, 3 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 52 ; Comm. Hasselt, 23 septembre 1991, *Limb. Redist.*, 1992, p. 396, note B. PONET ; Civ. Malines, 15 décembre 1992, *R.G.D.C.*, 1994, p. 74.

fixe seule après la conclusion du contrat, l'objet d'une ou plusieurs des obligations issues de celui-ci »<sup>90</sup>. Dans ce cas, le montant de la prestation dépend de l'importance des travaux que l'entrepreneur a réellement effectués et du coût des matériaux et de la main-d'œuvre évalué au moment de l'exécution des tâches prestées<sup>91</sup>. Le prix est laissé à la « discrétion » de l'entrepreneur, sous réserve du principe d'exécution de bonne foi des conventions et d'un éventuel contrôle du juge<sup>92</sup>. Ce procédé de calcul est bien sûr le plus favorable aux entrepreneurs ou aux prestataires de services en général parce qu'il les met à l'abri de toute surprise provenant de difficultés techniques inattendues (ou d'événements économiques affectant les salaires et les matières premières)<sup>93</sup>. On y recourt le plus souvent pour des travaux de peu d'importance<sup>94</sup>.

Dans un arrêt du 9 novembre 2006<sup>95</sup>, la Cour de cassation refuse néanmoins de voir en cette pratique très répandue et incontestable un principe général de droit.

90. J.F. GERMAIN, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats d'activité, une application particulière de la *partijbepaling* », note sous Cass., 9 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2009, p. 24. Voy. également sur cette question, entre autres, P. VAN OMMELAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », in P.A. FORJENS (éd.), *Actualités du droit des obligations*, Coll. UB3, n° 4, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 46 et s. ; M.E. STORMES, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij *partijbepaling* », *T.P.R.*, 1988, pp. 1260 et s.

91. Voy. M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUXET F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000)*, Coll. Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 71-72 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORJENS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, pp. 792-794.

92. Naturellement, comme le relève J.F. GERMAIN, « par exception, l'entrepreneur n'est pas autorisé à fixer unilatéralement le prix des petits travaux réalisés à titre complémentaire dans le cadre d'une construction conclue à forfait. Le propriétaire doit donner son autorisation écrite sur les travaux concernés et le prix doit être convenu entre les parties (art. 1793 C. civ.) » (J.F. GERMAIN, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats d'activité, une application particulière de la *partijbepaling* », note sous Cass., 9 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2009, p. 26).

93. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard que l'article 74, 3°, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur précise qu'est une clause abusive, sous réserve de deux exceptions, la clause qui a pour objet de « déterminer, dans les contrats à durée déterminée, que le prix des produits est fixé au moment de la livraison ou permettre à l'entreprise d'augmenter unilatéralement le prix ou de modifier les conditions au détriment du consommateur sur la base d'éléments qui dépendent de sa seule volonté, même si la possibilité de mettre fin au contrat est alors offerte au consommateur ».

94. Il était autrefois admis que, pour la profession d'avocat, ce mode de fixation des honoraires « à la discrétion » résultait des usages de la profession. Le Règlement de l'O.B.F.G. du 27 novembre 2004 relatif à l'information à fournir par l'avocat à ses clients en matière d'honoraires, de frais et débours précise toutefois désormais, en son article 2 que : « (...) l'avocat informe son client, avec diligence, de la méthode qu'il utilisera pour calculer ses honoraires, frais et débours afférents aux dossiers dont il est chargé. Il fournit au client toutes les informations utiles sur les modalités d'application de la méthode retenue ». Le contrat conclu par le client avec son avocat ne devient cependant pas nul par le seul constat de l'absence de fixation préalable du mode de rémunération de l'avocat. Voy. par analogie les arrêts de la Cour de cassation du 10 octobre 2003 et du 4 novembre 2004, rendus en matière de fixation a posteriori des honoraires de l'architecte (commentés *infra*, n° 12).

95. Cass., 9 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2009, p. 19, note J.F. GERMAIN.

**Cour de cassation** en ce qui concerne le contrat d'architecture<sup>98</sup> : le simple fait qu'au moment de la conclusion du contrat d'architecte ou de la promesse d'un tel contrat, ni le budget, ni le montant des honoraires dus à l'architecte, ni la manière de les calculer – généralement un pourcentage déterminé sur le prix des travaux –, n'aient été prévus par les parties, n'entraîne pas la nullité de ce contrat à défaut d'objet déterminé ou déterminable.

La question pouvait néanmoins légitimement se poser, dans la mesure où l'article 16 du Règlement de déontologie de l'Ordre des architectes<sup>99</sup> énonce que l'architecte « veille à soumettre des projets qui restent dans les limites du programme fixé dans la mission et du budget qui en découle, tels qu'ils apparaissent dans la convention conclue entre parties. Toute modification du programme fixé dans la convention et intervenant au cours de l'étude ou de l'exécution des travaux, doit faire l'objet d'une convention additionnelle qui en mentionnera l'incidence financière ». L'article 20 du même Code établit l'obligation pour l'architecte de rédiger par écrit la convention avec le maître de l'ouvrage. Dans son arrêt du 4 novembre 2004, la Cour de cassation précise toutefois que « les obligations déontologiques qui s'imposent à l'architecte en matière de budget et d'honoraires n'ont pas pour effet d'ériger ces éléments en éléments essentiels du contrat d'architecture ».

En d'autres termes, en ce qui concerne le budget, la détermination de celui-ci ne constitue un élément essentiel du contrat que si les parties le considèrent comme tel<sup>100</sup> ; il s'agit en réalité dans ce cas d'un élément dit « substantiel », « subjectivement essentiel » ou encore « essentialisé » : lorsque le maître de l'ouvrage érige en condition de son offre de contracter avec l'architecte la fixation du budget de la construction, il essentialise par sa volonté des éléments dits accessoires<sup>101</sup>. Si l'accord préalable des parties sur le budget de la construction ne constitue donc pas un élément essentiel du contrat, il relève toutefois d'une obligation déontologique dans le chef de l'architecte<sup>102</sup>.

98. Cass., 10 octobre 2003, T.B.O., 2004, p. 85, note K. UYTTERHOEVEN, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1842, *Pas.*, 2003, I, p. 1579 ; Cass., 4 novembre 2004, T.B.O., 2005, p. 70, note K. UYTTERHOEVEN, *Arr. Cass.*, 2004, p. 1749, *Pas.*, 2004, I, p. 1723.

99. *M.B.*, 8 mai 1985.

100. Bruxelles, 10 janvier 2002, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2004, p. 1587.

101. Voy. à ce sujet P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 142.

102. Voy. entre autres J.F. HENROTTE, L.O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte. Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 139.

Cette décision est heureuse : admettre que, dans tout contrat d'entreprise, le prix ne constitue plus une condition de validité de la convention (le prestataire devenant alors fondé, en toute circonstance, à fixer unilatéralement et *a posteriori* le prix – normal – de ses prestations) eut été excessif. Par exemple, dans les contrats d'entreprise de construction d'une certaine ampleur, il ne paraît pas adéquat d'admettre que l'entrepreneur puisse déterminer seulement après l'exécution du chantier, le prix de ses prestations, sans même s'être accordé préalablement sur le mode de détermination retenu à cet effet<sup>96</sup>. Suivant l'enseignement de la Cour de cassation, lorsque l'on s'écarte des travaux de peu d'importance, l'absence totale de critères de détermination du prix pourra donc toujours, en fonction des circonstances<sup>97</sup>, être considérée comme un indice de non-conclusion du contrat d'entreprise (à défaut d'objet déterminé ou déterminable), les relations entre parties n'ayant pas dépassé le stade des pourparlers.

## 12. La fixation des honoraires (et du budget) *a posteriori* dans le contrat d'architecture.

Durant la période couverte, le droit, pour le prestataire de services, de déterminer seul *a posteriori* le prix de la prestation a été rappelé à deux reprises (le 10 octobre 2003 et le 4 novembre 2004) par la

96. Bien entendu, les parties peuvent toujours convenir d'un mode de détermination du prix en fonction de l'importance réelle des travaux via la conclusion soit de marchés en régie, soit de contrats américains aussi appelés *cost plus fee*. Le marché en régie est souvent proposé par l'entrepreneur lorsqu'il lui est difficile de dresser un devis, étant donné l'imprévisibilité de la durée des travaux, leur ampleur exacte, les aléas susceptibles d'être rencontrés, etc. Les parties conviennent alors que le prix sera fixé après exécution par référence à des barèmes de prix comprenant à la fois prix de revient et bénéfice normal, publiés par les associations professionnelles ou arrêtés par la convention. La Confédération de la construction publie ainsi régulièrement pour la main-d'œuvre, à titre indicatif, le prix horaire conseillé, tenant compte des charges salariales, des frais généraux et du bénéfice. Le contrat américain ou à livres ouverts (« *cost plus fee* »), quant à lui, est le marché dans lequel le maître de l'ouvrage paie à l'entrepreneur la main-d'œuvre et les matériaux au prix de revient plus un pourcentage de ses débours, déterminé conventionnellement et représentant le bénéfice de l'entrepreneur. Voy. à ce sujet J.M. GERADIN, « La formation du contrat d'entreprise », *Act. dr.*, 1991, pp. 1109-1110. Pour une application, voy. entre autres Civ. Malines, 12 octobre 2004, *D.A.O.R.*, 2005/73, p. 3. Dans ces types de contrats, il n'est pas question de « *partijbelzitting* », le prix étant fixé selon un mode de calcul préalablement convenu.

97. Ainsi, en cas de commencement d'exécution d'un chantier pour un maître de l'ouvrage commerçant, l'accord tacite de ce dernier pourra être déduit de l'absence de protestation à l'envoi des factures de l'entrepreneur de construction : voy. notamment Cass., 7 janvier 2005, *D.A.O.R.*, 2006, p. 37, note G. BALLON, *Arr. Cass.*, 2005, p. 39, *Pas.*, 2005, I, p. 39, *R.W.*, 2005-2006, p. 1097, note R. HOUËN (« En matière d'opérations commerciales, le juge peut déduire une présomption de fait de l'acceptation de la facture et y trouver la preuve que le débiteur a marqué accord avec l'obligation mentionnée dans la facture »), cité par J.F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 27, note 29.

réalisation de l'ouvrage<sup>107</sup>. Le forfait absolu lie définitivement les parties contractantes qui ne peuvent s'écarter des plans et du forfait établis que de commun accord et, en matière immobilière, dans les formes de l'article 1793 du Code civil<sup>108</sup>.

L'entrepreneur assume, pour les travaux couverts par le forfait, les risques tenant à l'importance des travaux, à des difficultés imprévues d'exécution et aux fluctuations des coûts. Cette rigueur est cependant atténuée en présence de « sujétions imprévues ». Cette notion, consacrée en droit des marchés publics à l'article 16, § 2, du Cahier général des charges<sup>110</sup>, est timidement, mais certainement, appliquée de manière plus générale par les cours et tribunaux en droit privé de la construction. Ainsi, la cour d'appel de Liège, dans une affaire relative à la construction d'un immeuble à appartements et ayant donné lieu à un arrêt de rejet de la *Cour de cassation* du 5 décembre 2002 a-t-elle souverainement décidé au fond que les difficultés géologiques rencontrées par l'entrepreneur (découverte de blocs de roche et de pièces de pierre bleue, particulièrement importants) avaient constitué pour ce dernier des difficultés anormales et imprévues d'exécution auxquelles n'avaient pensé ni le bureau d'étude chargé des études du sol, ni les architectes, ni même le maître de l'ouvrage. Ces difficultés, dont l'ignorance ne pouvait en l'espèce être imputable à une faute de l'entrepreneur (qui s'était basé sur les indications qui lui étaient fournies par le bureau d'étude), faussaient l'économie du contrat

107. Cass., 16 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 663, *Arr. Cass.*, 1972, p. 672, *R. W.*, 1971-1972, 1879; Cass., 3 mai 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 811, *Arr. Cass.*, 1973, p. 839, *J.C.B.*, 1973, p. 364, note Y.D., J.L., 1972-1973, p. 289, *J.T.*, 1973, p. 405, note A. FETTERWEIS, *J.T.T.*, 1973, p. 186, note L. De WILDE, *R. W.*, 1973-1974, p. 631, *R.D.S.*, 1973, p. 110; Cass., 2 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 3; Cass., 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1222, *Arr. Cass.*, 1980, p. 1235, *Bull.*, 1980, p. 1222. On admet cependant que l'existence d'une clause prévoyant l'adaptation du prix en fonction d'indicateurs économiques n'est pas inconciliable avec la nature d'un marché à forfait (Cass., 16 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 663, *Arr. Cass.*, 1972, p. 672, *R. W.*, 1971-1972, 1879).

108. Aux termes de l'article 1793 du Code civil, un architecte ou un entrepreneur, chargé de la construction à forfait d'un bâtiment d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, ne peut demander une augmentation du prix que si les modifications des travaux ont été autorisées par écrit et si le prix en a été convenu avec le propriétaire. Ce texte déroge au droit commun en tant qu'il impose aux parties le respect d'une formalité dans l'expression de leur volonté; l'accord du propriétaire doit être écrit. L'article 16, § 2, du Cahier général des charges énonce que « l'adjudicataire n'a droit en principe à aucune modification des conditions contractuelles pour des circonstances quelconques auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger. Toutefois, l'adjudicataire peut soit pour demander une prolongation des délais d'exécution, soit lorsqu'il a subi un préjudice très important, pour demander la révision ou la résiliation du marché, se prévaloir de circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de l'offre ou de la conclusion du marché, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires ». Voy. à ce sujet M.A. FLAMME, P. MATHEI, P. FLAMME, A. DEBVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 2, 6<sup>e</sup> éd., Bruxelles, éd. Confédération de la construction, 1997, pp. 364-366.

13. **Marchés à forfait et sujétions imprévues.** Il y a marché à forfait absolu ou à prix ferme lorsque l'entrepreneur prend l'engagement d'effectuer un travail défini pour un prix global et invariable fixé dès l'accord des volontés ou pour un prix unitaire par prestation avec indication des quantités nécessaires à la

103. Voy. à ce sujet K. UYTENDAELE, « De (objectief) essentiële bestanddelen van een architectenovereenkomst », note sous Cass., 4 novembre 2004, *T.B.O.*, 2005, p. 78.

104. Décision de la Commission européenne du 24 juin 2004; voy. aussi la Décision n° 2008-P/K-45 du 25 juillet 2008 du Conseil de la concurrence concernant les honoraires recommandés pour les architectes d'intérieur.

105. Dans un arrêt du 6 avril 2011, la Cour constitutionnelle a jugé que l'inapplicabilité de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur sur la plupart des titulaires d'une profession libérale est contraire au principe d'égalité (C. C., n° 55/2011, 6 avril 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 861, *N.J.W.*, 2011, p. 298, note R. STEENNOT, *R. W.*, 2010-2011, p. 1494).

106. Pour une analyse de l'impact de la réglementation des clauses abusives sur certaines clauses habituelles des contrats conclus entre consommateurs et architectes, voy. entre autres B. SINDIC, « Contrat d'architecture et clauses abusives. Questions choisies à propos de la loi du 2 août 2002 », in I. DURANT et R. DE BRIEY (éd.), *L'exercice de la profession d'architecte*, coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 175-212.

d'entreprise et n'avaient pas été mises contractuellement à charge de l'entrepreneur, de sorte qu'il convenait de faire droit à sa demande d'indemnisation. Dans son arrêt, la cour d'appel énonce qu'il n'est fait droit à la théorie des sujétions imprévues, qu'aux trois conditions cumulatives : « (i) que des difficultés imprévues, existant au moment de la formation du contrat, se manifestent au cours de l'exécution des travaux ; (ii) qu'elles soient de nature à remettre en cause la validité du contrat, le consentement de l'entrepreneur étant affecté d'une erreur substantielle ; (iii) que ces difficultés anormales ne soient pas contractuellement mises à charge de l'entrepreneur ». D'autres estimant au contraire qu'il n'est pas nécessaire de faire ainsi référence à la notion d'erreur substantielle viciant le consentement de l'entrepreneur : « les aléas assumés par l'entrepreneur dans les limites du forfait sont les aléas normaux et prévisibles, en sorte qu'il n'est pas obligé de supporter les "sujétions imprévues", à moins que le maître de l'ouvrage l'en instruisse et que les parties conviennent d'un supplément de prix non compris dans le forfait »<sup>111</sup>.

En toute hypothèse, l'on peut en conclure que la théorie des sujétions imprévues s'installe de manière durable en droit privé de la construction. Elle ne vise toutefois que les difficultés préexistantes au contrat ; elle se distingue en cela de la théorie de l'imprévision, laquelle concerne les événements et circonstances imprévisibles qui, s'ils bouleversent l'économie du contrat comme peuvent le faire les sujétions imprévues, naissent en revanche postérieurement à la formation du contrat. Sous réserve de l'abus de droit, la théorie de l'imprévision n'est toujours pas admise par la jurisprudence belge<sup>112</sup> (sauf en matière de marchés publics<sup>113</sup>).

111. Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 811 et réf. citées.

112. Voy. p. ex. Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365 : « la règle de l'exécution de bonne foi n'implique pas que si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance ». Cette jurisprudence se trouve à nouveau confirmée par l'arrêt du 20 avril 2006 (Cass., 20 avril 2006, *E. J.*, 2006, p. 100, note C. AERTS, *Pas.*, 2006, I, p. 884, *R.A.B.G.*, 2007, p. 143, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 95, *R.G.D.C.*, 2009, p. 34. Sur la théorie de l'imprévision, voy. entre autres D.M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986 ; S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 477 et s. Un arrêt du 29 juin 2009, rendu sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, pourrait cependant laisser entrevoir l'annonce d'une évolution de la jurisprudence en droit interne (Cass., 19 juin 2009, *D.A.O.R.*, 2010, p. 149, note D. PHILIPPE et note K. COX, *Pas.*, 1590, *R.W.*, 2009-2010, 744, *R.D.C.*, 2009, p. 734, note K. COX, *R.D.C.*, 2009, p. 988, note K. SZYCHOWSKA, *R.D.C.*, 2010, p. 879, note J. MALFIET). Voy. également C. BIQUET-MATHIEU, « Le droit des obligations et de crédit *in* Y.H. LELEU (éd.), *Chroniques notariales*, vol. 53, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 34-36.

113. Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 803-806 ; M.A. FLAMME, P. MATTHEI, P. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *op. cit.*, pp. 366-367.

## SECTION 3

## Exécution du contrat d'entreprise

**14. L'intensité des obligations de l'entrepreneur (obligations de moyen et de résultat).** La question de l'intensité des obligations de l'entrepreneur de construction est restée discutée pendant longtemps. La majorité des auteurs considérait que, conformément aux principes fondamentaux de la théorie générale des obligations, l'entrepreneur n'était tenu que d'une obligation de moyen et qu'il appartenait par conséquent au maître de l'ouvrage de prouver la faute de ce dernier. Raisonnant sur la base de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 1961, rendu en matière de responsabilité décennale, qui semblait admettre qu'une faute est prouvée dès lors que le maître de l'ouvrage apporte la preuve d'un vice de construction ou d'un vice du sol, sauf pour l'entrepreneur à apporter l'ignorance invincible du vice, certains estimaient au contraire que le locateur d'industrie promettait un résultat. Suite à l'arrêt rendu par la **Cour de cassation le 15 décembre 1995**<sup>114</sup> en matière de défauts graves, la preuve d'un vice de construction, exigé dès 1961 par la Cour de cassation, doit désormais s'entendre comme la preuve d'une faute dans les opérations de construction, qu'elles relèvent de la conception ou de l'exécution, et non seulement la seule preuve d'une dégradation<sup>115</sup>. Il revient donc au maître de l'ouvrage d'apporter la preuve d'une véritable faute dans le chef de l'entrepreneur ou en d'autres termes la preuve de l'imputabilité de la malfection à l'entrepreneur. Le fait que l'action soit fondée sur les articles 1792 et 2270 du Code civil (responsabilité décennale) n'y change rien.

Dans un arrêt du **5 décembre 2002**<sup>116</sup> (rendu en matière d'entreprise mobilière), la **Cour de cassation** a d'ailleurs confirmé que la détermination de l'intensité des obligations de l'entrepreneur devait être appréciée par le juge du fond conformément au droit commun. L'on rappelle que, selon la distinction admise par la doctrine et la jurisprudence, l'obligation de résultat est celle en vertu de laquelle le débiteur est tenu de fournir un résultat donné, tandis que l'obligation de moyen est celle en vertu de laquelle le débiteur est tenu de rechercher en œuvre tous les moyens nécessaires pour aboutir au résultat recherché (c'est-à-dire est tenu d'agir comme un professionnel diligent et prudent, placé

114. Cass., 15 décembre 1995, *Entr. et dr.*, 1997, p. 177, conclusions J.-M. PIRET, obs. A. DELVAUX, *Atr. Cass.*, 1995, p. 1135, *Bull.*, 195, p. 1171, *J.L.M.B.*, 1996, p. 780, *Pas.*, 1995, I, p. 1171.

115. Voy. A. DELVAUX, B. DE COCQUEAU, F. POTIER et R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 3.

116. Cass., 5 décembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2339, *J.L.M.B.*, 2003, p. 628, *R.W.*, 2005-2006, 420, note A. VAN OVELEN, *R.G.D.C.*, 2004, p. 203, note W. GOOSSENS, *J.T.*, 2003, p. 228, *Atr. Cass.*, 2002, p. 2662, *R.G.A.R.*, 2004, 13938, *Dr. str.*, 2003, p. 102.

dans les mêmes circonstances, en vue de l'obtention du résultat). À défaut de disposition légale ou d'intention claire des parties, la jurisprudence recourt habituellement au critère de l'aléa pour déterminer l'intensité de l'obligation : si l'obtention du résultat ne dépend pas essentiellement du débiteur mais est au contraire sujette à l'interférence de nombreux aléas, on est en présence d'une obligation de moyen ; si en revanche l'obtention du résultat dépend essentiellement du débiteur, on est en présence d'une obligation de résultat<sup>117</sup>. Le critère de l'aléa fut ainsi explicitement retenu par le juge du fond pour qualifier de moyen l'obligation d'un entrepreneur (en matière fluviale), dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de rejet de la *Cour de cassation* du **18 janvier 2007**<sup>118</sup>.

Si dans son arrêt précité du 15 décembre 1995, la Cour semble donc qualifier « de moyen », non « de résultat », l'obligation de l'entrepreneur de construire en respectant les règles de l'art et les documents contractuels, en présence de circonstances particulières, la qualification d'obligation de moyen peut parfois céder le pas devant celle de résultat.

Celle-ci est par exemple retenue en ce qui concerne les obligations d'un promoteur immobilier. Cette solution est généralement déduite de l'observation que le promoteur est considéré comme étant un spécialiste chargé d'une mission globale de fournir à son client un bien immeuble, de la même manière que le ferait un vendeur. Le promoteur s'engage donc à fournir un résultat, c'est-à-dire un immeuble conforme au plan et au cahier des charges, dans le délai convenu avec son client ; il prend en charge les tâches et les risques qui reposent sur l'initiateur du projet immobilier<sup>119</sup> ; l'obligation de résultat concerne également l'absence de désordres postérieurement à la

117. Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 41. La jurisprudence recourt parfois à d'autres critères que celui de l'aléa, tel que celui du degré de spécialisation du débiteur, celui de l'aptitude respective des parties à apporter la preuve de l'inexécution ou encore celui du caractère grossier du manquement (voy. en ce sens B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations*, Liège, éd. Formation permanente CUP, vol. 27, 1998, p. 113 ; J. DEWEZ, « Responsabilité de l'entrepreneur : de l'obligation de résultat à l'obligation de moyen », note sous Comm. Mons, 17 avril 2008, R.G.D.C., 2009, p. 107).

118. Cass., 18 novembre 2007, *Res. jur. imm.*, 2007, p. 27. Dans cette affaire, le juge du fond avait souverainement pu considérer que le cahier des charges imposant à l'entrepreneur de ne pas entraver la sécurité et la circulation des bateaux et de maintenir un mouillage minimum de trois mètres pendant la durée des travaux, consacrait une obligation de moyen et non de résultat « (...) étant donné que le maintien d'une profondeur navigable de trois mètres dans un fleuve susceptible de charrier des rochers et des pierres durant les travaux d'approfondissement nécessitant l'emploi d'excavatrices était nécessairement aléatoire ».

119. Voy. par exemple Liège, 26 mars 1997, *Empr. et dr.*, 1998, p. 263 ; Gand, 1<sup>er</sup> mars 1984, *Res. jur. imm.*, 1984, p. 331, note G. BAERT.

toute hypothèse, à prendre les mesures nécessaires en vue d'éviter toutes infiltrations d'eau ; suite au manquement de l'entrepreneur et à l'infiltration d'eau, d'autres entrepreneurs exécutant leurs prestations sur le même chantier avaient subi un préjudice. La cour d'appel avait retenu la responsabilité extracontractuelle du premier à leur égard, dans la mesure où le manquement à l'obligation contractuelle constituait aussi la violation d'une obligation générale de prudence. L'entrepreneur fautif faisait valoir, dans son pourvoi, que la cour d'appel aurait dû, pour pouvoir le condamner sur la base de l'article 1382 du Code civil, examiner *in concreto* en quoi, indépendamment du contrat, ledit manquement constituait aussi un défaut de prudence. La Cour de cassation rejette cette approche : si les prétentions du tiers victime doivent certes se fonder sur une source juridiquement distincte du contrat, les mêmes faits peuvent parfaitement recevoir une qualification différente : « faute contractuelle à l'égard du cocontractant, faute délictuelle à l'égard des tiers »<sup>136</sup>.

L'obligation d'information envers les autres intervenants au projet immobilier était également au centre du litige ayant donné lieu à l'arrêt de la *Cour de cassation* du **29 novembre 2007**<sup>137</sup>. Dans cette affaire, l'un des entrepreneurs s'était écarté du projet architectural et avait conçu et réalisé une construction métallique qui était incomplète et incapable de supporter directement toutes les charges prévues, en particulier les murs à l'étage. Plus précisément, il avait modifié fondamentalement le projet et l'avait réalisé sans en avertir les autres entrepreneurs. Par contre, les architectes, qui avaient l'obligation de vérifier le plan d'exécution du constructeur de la charpente métallique (cette vérification étant d'autant plus indispensable qu'elle avait directement trait à la stabilité) avaient remarqué la modification effectuée par l'entrepreneur, mais n'y avaient pas vu d'inconvénient « au motif qu'ils avaient confiance en la compétence de l'équipe technique (de l'entrepreneur) ». Le juge du fond, estimant cependant que la faute de l'entrepreneur était bien plus grave que celle des architectes, avait mis à charge du premier 75 % de la responsabilité, les 25 % restant à charge des architectes. Dans son pourvoi, l'entrepreneur contestait cette répartition des responsabilités, en avançant qu'en cas d'entreprise par lots séparés (ou adjudication scindée), la mission de coordination reposant sur les architectes aurait eu pour conséquence que ceux-ci seraient les seules personnes tenues de communiquer aux entrepreneurs les modifications apportées éventuellement par un entrepreneur aux

136. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 1 : Le fait générateur et le lien causal*, coll. Dossiers du J.T., n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 479.

137. Cass., 29 novembre 2007, *Res.*, 2007, I, p. 2143, T.B.O., 2008, p. 33, T.B.O., 2009, p. 25.

plans d'exécution que les architectes auraient remarquées, sans que l'entrepreneur ayant ainsi modifié les plans d'exécution doive le faire. Dans son arrêt du 29 novembre 2007, la Cour rejette le pourvoi, en précisant que cette mission de coordination « spéciale » (...) n'exclut pas qu'un entrepreneur qui s'écarte fondamentalement des projets réguliers de l'architecte, soit tenu, en vertu de ses obligations contractuelles à l'égard de son cocontractant ou en vertu de la norme générale de prudence à laquelle il est soumis, d'informer les autres entrepreneurs impliqués de cette modification de sorte que ceux-ci puissent convenablement évaluer les conséquences de cette modification et prendre les mesures appropriées ».

**16. La réception de travaux : aspects formels.** La réception est l'acte juridique unilatéral<sup>138</sup> par lequel le maître constate l'achèvement des ouvrages ainsi que leur conformité à ce qui avait été commandé et reconnu, après vérification, que l'exécution des travaux a été apparemment correcte ; la réception a donc pour effet l'agrément des travaux. Bien que le Code civil ne lui impose pas expressément une telle obligation, le maître de l'ouvrage a le devoir d'assurer la réception des travaux.

La réception peut être expresse, c'est-à-dire constatée dans un écrit (nommé « procès-verbal » par les praticiens) sans que l'utilisation de formules sacramentelles soit requise, ou tacite, c'est-à-dire résulter d'actes qui ne s'expliqueraient pas si le maître n'avait eu la volonté d'agréer les travaux. Ainsi, peuvent constituer une réception tacite, le paiement du prix sans réserves<sup>139</sup> ou encore la prise de possession sans contestation et la mise en service de l'ouvrage sans réserve<sup>140</sup>. Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la **Cour de cassation** du **26 octobre 2006**<sup>141</sup>, le maître de l'ouvrage avait payé sans réserves la facture adressée par l'entrepreneur, alors que les travaux (liés au nettoyage d'un parc) n'avaient pas été réalisés sur plus des trois quarts de la superficie prévue. Selon l'entrepreneur, dès l'instant où le maître de l'ouvrage avait payé sans réserve aucune l'ensemble des factures, ce dernier ne pouvait plus prétendre que tout ou partie des travaux n'aurait pas été réalisés ou auraient été mal exécutés. Le juge du fond n'avait toutefois pas fait droit à cette thèse, en considérant que « si des travaux mal ou incomplètement exécutés peuvent faire l'objet d'une réception tacite, (...) en revanche,

138. La réception est donc susceptible d'être entachée d'un vice de consentement (voy. par exemple Liège, 22 février 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1276, note R. DE BREYER, *Res. jur. imm.*, 1989, p. 27).

139. Liège, 4 octobre 1977, *J.L.*, 1977-1978, p. 137 ; Mons, 17 janvier 1984, *R.R.D.*, 1984, p. 272 ; Bruxelles, 22 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1476, note J.F. HENROTTE.

140. Bruxelles, 20 novembre 1979, *J.T.*, 1980, p. 297.

141. Cass., 26 octobre 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 2167.

il ne peut en être de même de travaux qui en l'espèce n'ont pas été réalisés ». Dans son arrêt, la Cour de cassation rappelle que l'appréciation de l'existence d'une réception tacite procède d'un examen en fait des circonstances de la cause par le juge du fond, de sorte que ce dernier a légitimement pu, en l'espèce, conférer au paiement fait sans réserves le caractère de réception tacite et, partant, faire droit à la demande du maître de l'ouvrage fondée sur l'enrichissement sans cause de l'entrepreneur. En effet, si la réception peut être tacite, le juge doit néanmoins pouvoir déduire des circonstances le caractère certain de celle-ci, le comportement du maître de l'ouvrage devant témoigner de sa volonté d'agréer les travaux.

Cet arrêt illustre la différence relevée par P.A. FORIERS entre l'agrément tacite par l'acquéreur et la réception tacite par le maître de l'ouvrage. Si, dans la vente, l'agrément se traduit par le simple défaut de protestation de l'acheteur lors de la délivrance ou à bref délai après celle-ci, de sorte que la sauvegarde du recours de l'acheteur suppose en principe une désagrégation expresse de sa part (mentionnant les griefs de l'acheteur), en revanche, en matière de contrat d'entreprise, « les tribunaux recherchent (...) *in concreto*, dans chaque cas, si le maître a entendu agréer. Le phénomène est spécialement marqué en matière d'entreprise de construction »<sup>142</sup>.

**17. Effets de la réception provisoire et de la réception définitive.** En matière de construction immobilière, la pratique a consacré l'usage d'une double réception<sup>143</sup>, procédé initialement consacré par le Cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics (art. 12 et 27)<sup>144</sup>, et confirmé ensuite en matière de construction de logements par la loi Breyne du 9 juillet 1971 (art. 9). La doctrine majoritaire<sup>145</sup>, dont la position a été consacrée par la Cour de cassation<sup>146</sup>, lui reconnaît respectivement les effets suivants. La

142. P.A. FORIERS, « Décharge, réception, quittance », in L. CORNEILS et P. VAN OMMESLAGHE (éd.), *La fin du contrat*, Bruxelles, éd. A.B.J.E. et Jeune Barreau de Bruxelles, p. 124.

143. Le contrat peut toutefois prévoir une réception unique.

144. Annexé à l'arrêt royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (*Moniteur belge*, 18 octobre 1996).

145. Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence : Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, pp. 798-801, n° 180 et réf. citées.

146. Voy. Cass., 4 mars 1977, *J.T.*, 1978, p. 206, *Pas.*, 1977, I, p. 721, obs. ; Cass., 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1222, *Arr. Cass.*, 1980, p. 1235, *Bull.*, 1980, p. 1222 ; Cass., 24 février 1983, *J.T.*, 1983, p. 575, *Ent. et dr.*, 1983, p. 221, *Arr. Cass.*, 1982-1983, p. 808, *Bull.*, 1983, p. 716, *Pas.*, 1983, I, p. 716, *R.C.J.B.*, 1985, p. 400, note J. HERBOTS, *R.W.*, 1983-1984, 164, *Res. jur. imm.*, 1984, p. 105, *Rev. not. belge*, 1983, p. 315. Voy. à ce sujet, e.a., J. HERBOTS, « La charnière chronologique des responsabilités des entrepreneurs, architectes et promoteurs », *R.C.J.B.*, 1985, pp. 404 et s.

livraison de l'immeuble par le promoteur<sup>120</sup>. Cette solution vaut indépendamment de la qualification contractuelle retenue<sup>121</sup>. Bref, l'opération se caractérise, aux yeux de la jurisprudence, par l'absence d'aléa quant au résultat à atteindre<sup>122</sup>. Ce principe a été définitivement consacré par la *Cour de cassation* dans un arrêt rendu le **21 octobre 2010** en matière de « promotion-organisation »<sup>123</sup>. Dans cette affaire, le promoteur avait offert un certain nombre de services globalisés en vue d'assurer la fourniture d'un ouvrage « clé-sur-porte » pour un prix forfaitaire et dans un délai déterminé, et avait procédé à cet effet à la désignation de l'architecte et des autres intervenants dans la réalisation de l'immeuble<sup>124</sup>. Pour la *Cour de cassation*, ces éléments étaient suffisants pour permettre au juge du fond de conclure, dans le chef du promoteur immobilier, à l'existence d'une obligation de résultat de procurer à ses clients un immeuble exempt de vices de construction.

De même, la jurisprudence fait-elle fréquemment reposer sur l'entrepreneur une obligation de résultat lorsque le désordre est causé, non par une faute dans l'opération de construction, mais par des matériaux employés ou l'adaptation des matériaux au sol<sup>125</sup>, ou encore en présence d'un entrepreneur

120. Voy. par exemple Mons, 11 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1294, *Rev. Expert.*, 1995, p. 38.  
 121. Voy. B. LOUVEAUX, « De quelques aspects civils du contrat de promotion (hors loi Breynne) », *Jurim. pratique*, 2008, pp. 101 et s., spéc. p. 104.  
 122. Voy. entre autres Civ. Gand, 11 avril 2001, *R.W.*, 2002-2003, 1185 ; Bruxelles, 2 octobre 2002, *Res. jur. imm.*, 2003, p. 219 ; Mons, 11 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1294, *Rev. Expert.*, 1995, p. 38 ; Bruxelles, 14 janvier 1993, *Entr. et dr.*, 1993, p. 136 ; Bruxelles, 22 avril 1988, *Entr. et dr.*, 1990, p. 86 ; Mons, 11 février 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 542 ; Bruxelles, 8 avril 1992, *Entr. et dr.*, 1994, p. 54 ; Bruxelles, 26 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1992, p. 364, note P.H. ; Liège, 26 mars 1997, *Entr. et dr.*, 1998, p. 263. Voy. également dans ce sens entre autres K. UYTENDAELE, « De promotieovereenkomst », in K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS et A. VERBEKE, *Handboek Bouwrecht*, Bruges et Anvers, de Keure et Intersentia, 2004, p. 491 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 104 ; A. DELVAUX et P. HENRY, « Les particularités de la promotion », *Ad. dr.*, 1991, p. 1244 ; B. KOHL, « Le promoteur », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2009, IV.4.1., n° 3.28-3.30.

123. Cass., 21 octobre 2010, R.G. C.09.0582.F. inédit.  
 124. L'obligation de résultat du promoteur n'est pas ébranlée par la circonstance que, comme en l'espèce, les contrats sont conclus directement par le maître de l'ouvrage avec l'architecte et avec les entrepreneurs, ces derniers lui étant proposés (ou imposés) par le promoteur-organisateur. Voy. en ce sens B. KOHL, *op. cit.*, n° 329.  
 125. Voy. A. DELVAUX, « Le régime de la responsabilité décennale », *Ad. dr.*, 1992, p. 327 ; Y. HANNEQUART, « Réflexions générales », *Ad. dr.*, 1992, pp. 442-447 ; A. DELVAUX, B. DE COCK-QUEAU, F. POTTIER et R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 6-8 ; voy. par exemple Comm. Turnhout, 9 janvier 1986, *Entr. et dr.*, 1986, p. 173 ; Mons, 28 juin 1995, *Entr. et dr.*, 1997, p. 156, note J. EMBRECHTS ; Anvers, 26 janvier 2009, *T.B.O.*, 2009, p. 225 ; Bruxelles, 9 novembre 2004, *R.W.*, 2007-2008, 152 ; Liège, 11 juin 2007, *Entr. et dr.*, 2008, p. 242, note B. VAN LIEKDE ; Comm. Hasselt, 16 mars 2004,

réception provisoire a pour seuls buts de constater l'achèvement des travaux (ou un certain degré d'achèvement des travaux) et de faire courir le délai pendant lequel le maître de l'ouvrage pourra procéder à une vérification approfondie desdits travaux. La réception définitive, quant à elle, est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage reconnaît la bonne exécution par son cocontractant de ses obligations. Seule la réception définitive vaut donc agrégation et, partant, constitue le point de départ de la responsabilité décennale<sup>147</sup>. Les règles ainsi énoncées par la *Cour de cassation* sont cependant supplétives. Il est donc tout à fait permis – et fréquent – pour les parties de définir autrement la portée des deux phases de la réception, et ainsi de convenir que l'agrégation des travaux se fera lors de la réception provisoire.

Dans un **arrêt du 21 septembre 2007**<sup>148</sup> rendu en matière d'exécution de marchés publics, la *Cour de cassation* a eu l'occasion de se pencher tant sur les aspects formels de la réception des travaux que sur les effets de celle-ci. La *Cour* refuse de casser un arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait constaté que le procès-verbal de réception provisoire avait mentionné une date conventionnelle antérieure pour l'achèvement de travaux, le procès-verbal précisant que cette date (et non celle de la signature du procès-verbal) était celle « (...) à partir de laquelle court le délai de garantie des deux ans stipulé pour la réception définitive »<sup>149</sup>. L'article 43, § 2, alinéa 4, du *Cahier général des charges* précise que « l'ouvrage qui est trouvé en état de réception provisoire est présumé, jusqu'à preuve du contraire, l'avoir été à la date fixée pour son achèvement ou, (lorsque l'ouvrage est terminé avant ou après cette date), à la date d'achèvement réel qu'à indiquée l'entrepreneur dans sa lettre recommandée ». La date de la réception provisoire est importante pour l'entrepreneur, puisque, dans les chantiers soumis au *Cahier général des charges*, elle constitue le point de départ de la responsabilité décennale, sans qu'aucune mention particulière soit nécessaire à cet effet<sup>150</sup>. Pour ce motif, il est légitime que lorsque l'administration tarde fautivement à procéder à la réception provisoire, elle soit

147. Cette position est toutefois contestée par une doctrine minoritaire (voy. spécialement M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, *La loi des constitutions*, Bruxelles, L'Entreprise et le droit, 1984, pp. 109-110).

148. Cass., 21 septembre 2007, *Entr. et dr.*, 2010, p. 417, note K. TOBBACK et C. GOETHALS, *Air. Cass.*, 2007, p. 1711, conclusions T. WERQUIN, *T.B.O.*, 2009, p. 137.

149. L'arrêt se fonde sur les dispositions du *Cahier général des charges* tel qu'il se présentait dans sa version de 1977. Les dispositions pertinentes n'ont pas été substantiellement modifiées dans la version actuelle (1996) du *Cahier général des charges*.

150. Voy. l'article 41, alinéa 2, du *Cahier général des charges* : « À partir de la réception provisoire et sans préjudice des dispositions de l'article 39, relatives à ses obligations pendant le délai de garantie, l'entrepreneur répond de la solidité de l'ouvrage et de la bonne exécution des travaux conformément aux articles 1792 et 2270 du Code civil ».

spécialisé<sup>126</sup>. Enfin, l'on rappelle que les deux types d'obligations (moyen et résultat) se retrouvent fréquemment combinés dans un même contrat : « en fait, l'entrepreneur et l'architecte sont engagés dans un faisceau d'obligations concrètes de moyen et de résultat »<sup>127</sup>.

**15. L'obligation d'information de l'architecte et de l'entrepreneur.** La jurisprudence a progressivement mis à charge de l'entrepreneur professionnel un véritable devoir de conseil envers le maître de l'ouvrage<sup>128</sup>, devoir d'autant plus rigoureux qu'il aura la qualité de spécialiste et que le maître de l'ouvrage sera un profane. L'architecte est également tenu d'un devoir de conseil. Ce devoir de conseil et d'assistance « (...) est de mise du début à la fin et dans toutes les facettes de la mission architecturale : lors de l'examen de

R. W., 2006-2007, 107. Dans cette dernière décision, le tribunal estime que la simple démonstration que le vice du matériau ne pouvait être découvert qu'après un examen scientifique sophistiqué ou en laboratoire n'est pas suffisante pour établir l'ignorance invincible de l'entrepreneur. La jurisprudence majoritaire tend cependant à admettre l'exonération de l'entrepreneur dans ce cas (voy. ANVERS, 26 janvier 2009, T.B.O., 2008, p. 225 ; LIÈGE 11 juin 2007, *Entr. et dr.*, 2008, p. 242, note B. VAN LIERDE ; ANVERS, 9 octobre 1990, *Entr. et dr.*, 1997, p. 162, note J. EMBRECHTS ; ANVERS, 22 décembre 1992, *Entr. et dr.*, 1998, p. 35 ; Gand, 26 janvier 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 49 ; LIÈGE, 30 septembre 2010, R.G., 2009/1513, inédit (Juridat n° 20100930-12) ; dans ce dernier arrêt, la cour d'appel de Liège précise que « le caractère indécidable s'apprécie en fonction des compétences particulières de l'entrepreneur, de sa spécialisation éventuelle ; (en l'espèce), ce vice non seulement n'était pas apparent mais n'était pas décelable par des moyens d'investigation simples et raisonnables, n'étant apparu qu'après réalisation d'un carottage suivi d'une analyse chimique de la composition du béton »).

126. Voy. les nombreux exemples cités par M.A. Flamme, P. Flamme, A. Delvaux et F. Pottier, Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000), Coll. Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 125-127. Dans ce contexte, le tribunal de commerce de Mons, dans un jugement du 17 avril 2008, ajoute un élément temporel au raisonnement, en considérant que l'intensité de l'obligation de l'entrepreneur spécialiste, tenu a priori d'une obligation de résultat (en l'espèce une entreprise de chauffage), maximale en cours des travaux ou à l'issue de ceux-ci, diminue cependant avec le temps, la maîtrise de l'entrepreneur diminuant en raison de l'intervention de facteurs étrangers ; en d'autres termes, l'écoulement du temps jouerait en faveur de l'entrepreneur, puisque qu'après un certain laps de temps, le maître de l'ouvrage, face un défaut à l'origine inconnue, ne bénéficiera plus de la présomption de faute de l'entrepreneur qui reposait sur ce dernier à l'issue des travaux (Comm. Mons, 17 avril 2008, R.G.D.C., 2009, p. 103, note J. DEWEZ).

127. A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, Coll. Rép. not., Tome IX, Livre VIII, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 148. Selon M.A. Flamme, P. Flamme, A. Delvaux et F. Pottier, à l'analyse de la jurisprudence, les décisions constatant des obligations de moyen dans le chef des entrepreneurs et architectes sont en réalité de moins en moins nombreuses (M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000)*, Coll. Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 128).

128. Voy. entre autres A. DELVAUX, B. DE COCQUEAU, F. POTTIER et R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 15-17.

la situation des lieux, lors des travaux de conception, dans le respect du programme et du budget précisés par le maître de l'ouvrage, dans le choix des techniques et des entrepreneurs, dans le contrôle des travaux, lors des réception des ouvrages, etc. »<sup>129</sup>.

Le devoir de conseil de l'architecte porte également, dans une certaine mesure, sur certains aspects juridiques du projet immobilier. Ainsi, dans un arrêt du 9 juin 1997<sup>130</sup>, la *Cour de cassation* a souligné que le devoir d'assister le maître de l'ouvrage dans le choix de l'entrepreneur, qui trouve sa source dans l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte et qui est spécialement prescrit à l'architecte par l'article 22 du règlement de déontologie, s'accomplit, notamment, « (...) en rendant le maître de l'ouvrage attentif aux garanties que doit offrir l'entrepreneur ; (...) il s'ensuit que le devoir de conseil et d'assistance de l'architecte l'oblige à informer le maître de l'ouvrage de la réglementation concernant l'enregistrement des entrepreneurs et des conséquences qui peuvent en résulter, et à vérifier l'enregistrement de l'entrepreneur lors de la conclusion du contrat d'entreprise et au cours de l'exécution de celui-ci »<sup>131</sup>.

129. *Id.*, p. 132.

130. Cass., 9 juin 1997, J.L.M.B., 1997, p. 1279, note B. LOUVEAUX, *Arr. Cass.*, 1997, p. 625, *Bull.*, 1997, I, p. 649, J.T., 1998, p. 3, J.T.T., 1997, p. 494, *Pas.*, 1997, I, p. 649, R.W., 1997-1998, p. 876 (et err. p. 1000), *Chron. D.S.*, 1997, p. 587.

131. Le régime de la responsabilité solidaire des entrepreneurs non enregistrés a été profondément modifié par le législateur suite à la condamnation de la Belgique par un arrêt du 9 novembre 2006 de la Cour de justice des Communautés européennes (J.L.M.B., 2007, p. 172, note B. KOHL, J.T.-dr. *ent.*, 2007, p. 14, *Rev. C.J.C.E.*, 2006, I, 10653, conclusions A. TIZZANO, T.B.O., 2007, p. 131, note I. MASSIN, T.F.R., 2007, p. 312). La procédure d'enregistrement est dorénavant volontaire, pour tous les travaux désormais immobiliers. D'autre part, tout commettant d'un entrepreneur, qu'il soit enregistré ou non, est invité à consulter la nouvelle banque de données permettant de vérifier que l'entrepreneur n'est pas débiteur à l'égard des administrations fiscale ou sociale (voy. les articles 400, 401, 403, 404 et 406 du Code des impôts sur les revenus 1992 ainsi que l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs). Parant, le devoir de conseil de l'architecte porte désormais sur la nécessaire consultation par le maître de l'ouvrage de ladite banque de données.

132. La Cour de cassation s'appuyant sur l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 20 février 1939 pour asseoir le devoir de conseil de l'architecte à propos de la réglementation concernant l'enregistrement des entrepreneurs, la question de la validité d'une clause déchargeant l'architecte de cette obligation de conseil est controversée, en raison du caractère d'ordre public de cette disposition (voy. *pro fession in droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 243 ; *contra* : M. CLAVIE, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur. Commentaires de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 328).

S'appuyant explicitement sur cette décision, la cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 19 avril 2005, avait décidé que l'article 22 du règlement de déontologie imposait également à l'architecte d'avertir le pouvoir adjudicateur des conséquences possibles du non-respect par ce dernier de la réglementation relative aux marchés publics. Dans son arrêt du 23 février 2007<sup>133</sup>, la *Cour de cassation* refuse de casser cet arrêt, par lequel l'architecte était condamné à garantir le pouvoir adjudicateur à concurrence des montants auxquels ce dernier serait condamné à l'égard de l'entreprise soumissionnaire irrégulièrement évincée : la Cour constate en effet que le juge du fond avait bien apprécié *in concreto* le manquement contractuel de l'architecte. Enfin, pour être complet, l'on signale que la jurisprudence met également à charge de l'architecte un devoir de conseil d'ordre juridique à propos de la réglementation relative à l'urbanisme et à l'aménagement du territoire, à la construction d'habitations (loi Breynne), aux aides publiques ou à la T.V.A.<sup>134</sup>

Le devoir de conseil et d'information qui repose sur l'entrepreneur ou l'architecte s'applique non seulement à l'égard du maître de l'ouvrage, mais également envers les autres intervenants à l'acte de construire. Dans ce cas, le fondement de l'obligation d'information ne réside plus dans le contrat d'entreprise (de manière explicite ou implicite, conformément à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil), mais dans le devoir général de prudence et de prévoyance qui s'impose à tous en application de l'article 1382 du Code civil (responsabilité extra-contractuelle). En cas de manquement à ce devoir, l'on se trouve dans une situation dite de « coexistence » des responsabilités : la victime lésée — en l'espèce les autres entrepreneurs — n'obtiendront gain de cause qu'en démontrant que l'auteur du fait dommageable — un autre intervenant à l'acte de construire (architecte ou entrepreneur) — n'exécutant pas son obligation contractuelle, a, dans le même temps, méconnu le devoir général de prudence qui s'impose à tous indépendamment de tout contrat. Ce principe a été définitivement posé par un arrêt de principe de la *Cour de cassation* du 20 juin 1997<sup>135</sup>, rendu dans un litige de droit de la construction. En l'espèce, l'entrepreneur s'était contractuellement engagé envers le maître de l'ouvrage à recouvrir immédiatement les zones démantelées à la suite de travaux, et, en

133. Cass., 23 février 2007, *Entr. et dr.*, 2007, p. 189, *Entr. et dr.*, 2008, p. 350, *Arr. Cass.*, 2007, p. 454, *Pas.*, 2007, I, p. 400, *R.W.*, 2008-2009, 669, note M. GELDEKERS, R.G.D.C., 2008, p. 570, T.B.O., 2007, p. 175.

134. Voy. J.F. HENROTTÉ, L.O. HENROTTÉ et B. DEVOS, *op. cit.*, pp. 241-248.

135. Voy. Cass., 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 708, *R.W.*, 1998-1999, p. 435, *Arr. Cass.*, 1997, p. 673, *Bull.*, 1997, p. 708, *Dr. circ.*, 1998, p. 81.

tenue, au besoin par jugement, de faire rétroagir celle-ci à la date où les travaux étaient réellement en état d'être reçus<sup>151</sup>. L'article 43, § 2, alinéa 4, exige à cet effet de l'entrepreneur qu'il adresse au pouvoir adjudicateur une lettre recommandée. En l'espèce cependant, l'entrepreneur avait négligé, une fois les travaux achevés, de notifier la date d'achèvement au pouvoir adjudicateur par lettre recommandée et de demander par la même occasion, conformément à l'article 43, § 2, alinéa 2, du Cahier général des charges, à ce qu'il soit procédé à la réception provisoire (la date de l'achèvement réel indiquée dans la lettre entraînant la présomption de ce que l'entrepreneur était en état de réception provisoire). Malgré cette carence, la Cour de cassation a confirmé que le juge du fond pouvait valablement déduire des mentions du procès-verbal de réception provisoire, dressé bien plus tard, que les travaux s'étaient effectivement achevés à une date antérieure. En d'autres termes, la Cour de cassation semble ne pas rendre nécessaire la formalité de la lettre recommandée pour permettre à l'entrepreneur de prétendre à la présomption précitée, lorsque ce dernier rapporte la preuve par d'autres voies (telle une mention dans le procès-verbal ultérieur) de ce les travaux étaient achevés à cette date<sup>152</sup>.

L'enseignement tiré de cet arrêt de la Cour de cassation du 21 septembre 2007 nous paraît devoir être limité aux dispositions du Cahier général des charges sur lesquelles s'appuyait le pourvoi. En particulier, il ne nous paraît pas pouvoir en être déduit que les parties à un contrat d'entreprise de construction seraient désormais libres de fixer comme elles l'entendent le point de départ de la responsabilité décennale. Celui-ci ne peut, selon nous, être fixé qu'à la date de l'agrément des travaux. En d'autres termes, la clause qui, dans un contrat d'entreprise, ferait remonter à la réception provisoire (ou à toute

151. Voy. M.A. FLAMME, P. MATHIE, P. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 2, 6<sup>e</sup> éd., 1997, p. 721.

152. Voy. K. TOBBACK et C. GOETHALS, « Aanvang van de verjaringstermijn van de vordering op grond van de tienjarige aansprakelijkheid bij een overheidsopdracht voor aanneming van werken », note sous Cass., 21 septembre 2007, *Entr. et dr.*, 2010, p. 420.

153. En effet, dans la mesure où en matière de marchés publics, le point de départ de la réception décennale coïncide avec le délai d'épreuve et de garantie s'écoulant entre la réception provisoire et la réception définitive, il était difficilement concevable, selon la cour d'appel, de faire naître le délai décennal à la date du procès-verbal de réception provisoire, dans la mesure où celui-ci fixait une date antérieure pour la prise de cours du délai de garantie prévu par le Cahier général des charges courant jusqu'à la réception définitive. Comme l'expliquait l'avocat général T. WERQUIN dans ses conclusions, « (...) l'existence d'une réception ne peut être confondue avec sa prise d'effet. Dès lors qu'elle a pour objet premier de constater l'achèvement des travaux, elle doit prendre effet à dater du jour où l'achèvement a été matériellement réalisé conformément (au Cahier général des charges), ce jour servant de point de départ de la responsabilité décennale pour la réception provisoire et de déchéance du délai de garantie pour la réception définitive ».

autre date) le point de départ de la responsabilité décennale, sans reconnaître par convention à cette réception un effet d'agrégation des travaux, ne nous paraît pas pouvoir être cautionnée<sup>154</sup>. Notons enfin que, dans les marchés privés ou publics indistinctement, il n'est pas rare que, le maître de l'ouvrage ayant tardé ou refusé de recevoir provisoirement les travaux – et donc de les agréer, si cet effet était prévu par la convention –, le juge se prononce, le cas échéant avec l'aide d'un expert judiciaire, sur la date – antérieure – à laquelle l'immeuble était en état d'être réceptionné, et fixe à cette date le point de départ de la responsabilité décennale<sup>156</sup>.

Par ailleurs, en application du principe de l'effet relatif des conventions (article 1165 du Code civil), la dérogation contractuelle habituelle aux effets respectifs des réceptions provisoire et définitive – c'est-à-dire la fixation de l'effet d'agrégation des travaux à la réception provisoire de ceux-ci –, d'une part ne s'impose qu'aux parties contractantes et, d'autre part, ne profite pas aux tiers. La *Cour de cassation* a eu l'occasion de rappeler ce principe dans un arrêt du 22 octobre 1999<sup>157</sup>. Dans cette affaire, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur avaient, semble-t-il, convenu, par une clause du contrat d'entreprise, de prévoir que la réception provisoire emporterait agrégation des travaux et/ou de faire remonter à la réception provisoire le point de départ de la responsabilité décennale<sup>158</sup>. L'architecte, dont la responsabilité décennale était recherchée par le maître de l'ouvrage, prétendait pouvoir bénéficier

de la clause précitée. La Cour de cassation rejette à bon droit le pourvoi : le fait que le devoir de contrôle de l'architecte suppose que ce dernier doit prendre en compte les clauses et conditions du contrat d'entreprise n'entraîne pas ou publics indistinctement, il n'est pas rare que, le maître de l'ouvrage ayant tardé ou refusé de recevoir provisoirement les travaux – et donc de les agréer, si cet effet était prévu par la convention –, le juge se prononce, le cas échéant avec l'aide d'un expert judiciaire, sur la date – antérieure – à laquelle l'immeuble était en état d'être réceptionné, et fixe à cette date le point de départ de la responsabilité décennale<sup>156</sup>.

## SECTION 4

### Responsabilité de droit commun de l'entrepreneur après la réception des travaux

**18. Responsabilité de l'entrepreneur pour vices cachés véniels. Rappel des principes.** La réception définitive – ou la réception provisoire, lorsque les parties lui ont attaché un effet d'agrégation – libère l'entrepreneur de la responsabilité des vices apparents sauf s'il s'agit de vices susceptibles de mettre en œuvre la responsabilité décennale visée aux articles 1792 et 2270 du Code civil ; dans son arrêt du 18 novembre 1983, la Cour de cassation énonce ainsi que « (...) suivant le droit commun en matière de contrat, la réception de l'ouvrage exécuté par l'entrepreneur, et la livraison et l'agrégation de celui-ci par le maître de l'ouvrage signifient en principe qu'en ce qui concerne les obligations de l'entrepreneur, la convention a sorti ses effets – sauf exceptions pour les vices cachés ou le dol –, de sorte que l'entrepreneur a satisfait à ses obligations et qu'ensuite, il est déchargé de toute responsabilité pour l'ouvrage qu'il a construit »<sup>159</sup>. Dès 1975, la *Cour de cassation* avait déclaré qu'après la réception des travaux, l'entrepreneur demeure responsable des vices cachés même si ceux-ci ne mettent pas en péril la solidité de l'ouvrage<sup>160</sup>. Elle a depuis lors rappelé ce principe à de multiples reprises, et notamment dans un arrêt du 15 septembre 1994<sup>161</sup>. Ceci s'explique par le fait qu'on ne peut considérer qu'un maître de l'ouvrage puisse renoncer à invoquer des vices dont il ignore

154. Voy. en ce sens, entre autres : M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, Coll. Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2001, p. 213 ; W. GOOSSENS, *Aanmerking van werk : het gemeentrechtelijk dienstcontract*, coll. Recht en onderneming, Bruges, die Keure, 2003, p. 993 ; G. TOSSEN, note sous Liège, 12 décembre 1991, R.G.D.C., 1994, p. 389.

155. Lorsque, par convention, les parties se limitent à fixer à la réception provisoire le point de départ de la responsabilité décennale, la jurisprudence tend généralement à considérer que, par cette clause, les parties ont également souhaité donner à la réception provisoire un effet d'agrégation. Cette interprétation est contestée par certains, en s'appuyant sur la règle d'interprétation énoncée à l'article 1157 du Code civil (voy. en ce sens, G. TOSSENS, *op. cit.*, p. 389 ; W. GOOSSENS, *op. cit.*, p. 994).

156. Voy. par exemple Civ. Termonde, 26 avril 1968, *Entr. et dr.*, 1972, p. 12, note R. MOORS (les constatations opérées par l'expert judiciaire désigné dans le cadre d'une procédure en référé sont considérées ultérieurement par le juge du fond comme constituant la réception provisoire-agrégation). Comme l'expliquent P. Flamme et M.A. Flamme, « En cas de refus injustifié de la réception (...) l'entrepreneur n'a d'autre ressource que de s'adresser au juge pour que celui-ci constate, généralement avec l'aide d'un expert, que les travaux litigieux se trouvaient effectivement en état de réception à la date alléguée et prononce la réception rétroactivement à cette date ou à une autre plus conforme à la réalité » (P. et M.A. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 71).

157. Cass., 22 octobre 1999, *REDRIM*, 2000, p. 199, note K. TROCH, *Res jur. imm.*, 2001, p. 24, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1324, *Bull.*, 1999, p. 1379, *R.W.*, 2001-2002, p. 1461.

158. L'arrêt ne reproduit pas la clause contenue dans le contrat d'entreprise.

159. Cass., 18 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 303, *J.T.*, 1984, p. 549, *R.W.*, 1984-1985, p. 47, note G. BAERT, *Arr. Cass.*, 1983, p. 323, *Bull.*, 1984, p. 303.

160. Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, I, p. 708, *Arr. Cass.*, 1975, p. 783, *Entr. et dr.*, 1977, p. 302 ; Cass., 18 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 303, *J.T.*, 1984, p. 549, *R.W.*, 1984-1985, p. 47, note G. BAERT, *Arr. Cass.*, 1983, p. 323, *Bull.*, 1984, p. 303 ; Cass., 25 octobre 1985, *J.T.*, 1986, p. 438, *Entr. et dr.*, 1986, p. 204, note J. EMARECHTS, *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 270, *Bull.*, 1986, p. 226, *Pas.*, 1986, I, p. 226, *R.W.*, 1988-1989, 670, note C. VAN SCHOUBROECK ; Cass., 18 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1125, *Arr. Cass.*, 1986-1987, p. 1250, *Bull.*, 1987, p. 1125, *R.W.*, 1988-1989, 1124.

161. Cass., 15 septembre 1994, *R.W.*, 1994-1995, 454, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1068, obs. B. LOUVEAUX, *J.T.*, 1995, p. 68, *R. Cass.*, 1995, p. 31, note G. BAERT, *R.G.A.R.*, 1995, 12471, *Arr. Cass.*, 1994, p. 748, *Bull.*, 1994, p. 730, *Pas.*, 1994, I, p. 730.

l'existence en raison de leur caractère caché. L'entrepreneur reste donc tenu des vices cachés véniels nonobstant l'agrégation des travaux <sup>162</sup>.

**19. Responsabilité de l'entrepreneur pour vices cachés véniels. Délai utile.** L'action en responsabilité contractuelle à raison des vices cachés véniels est une action personnelle. Elle se prescrit, en application de l'article 2262bis du Code civil, dans un délai ultime de dix ans à compter de l'agrégation. Une fois le défaut apparu, le maître de l'ouvrage ne peut rester passif : l'action est en effet soumise à un délai « de procédure ». À cet égard, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 8 avril 1988, que ne s'appliquait pas, par analogie, l'article 1648 du Code civil relatif au contrat de vente (lequel oblige l'acheteur à agir « à bref délai ») : en matière de contrat d'entreprise, l'action doit être intentée « en temps utile » à partir de la découverte du vice <sup>163</sup>.

Au-delà du vocabulaire employé, le régime présente donc des similitudes avec le droit de la vente. Nous partageons à cet égard l'opinion de P.A. Foriers : « (...) la seule nuance entre les deux régimes apparaît comme assez théorique (...). Certes, en matière d'entreprise, la Cour de cassation ne fait pas allusion à l'idée de « bref délai », mais à celle de « temps utile », mais au-delà de ces divergences de vocabulaire, l'idée de base est la même. Il faut que l'on ne puisse induire de l'absence de protestation ou d'action du maître de l'ouvrage qu'il aurait agréé le défaut » <sup>164</sup>. L'appréciation du délai au-delà duquel il pourra être considéré que le maître de l'ouvrage a tacitement agréé le défaut relève de l'appréciation souveraine du juge du fond, au regard des circonstances particulières à chaque cause <sup>165</sup>.

162. Par un arrêt du 12 janvier 1995 (*Pas.*, 1995, I, p. 35, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 8, note J. VANBELLE, *Arr. Cass.*, 1995, p. 35, *Bull.*, 1995, p. 35), la Cour de cassation casse une décision qui, tout en relevant que l'absence de drain périphérique entraînait l'humidité (alors qu'il en aurait fallu un et que l'entrepreneur le savait ou aurait dû le savoir) était un vice caché entraînant la responsabilité de l'entrepreneur, avait dans le même temps considéré comme dénuée de pertinence la circonstance que le maître de l'ouvrage connaissait l'absence de drain, à tout le moins lors de la réception définitive. En effet, un vice ne peut être considéré comme étant « caché » s'il était décelable et, *a fortiori*, s'il était connu par le maître de l'ouvrage lors de la réception-agrégation. En l'espèce cependant, la cassation de la décision – logique en raison de la contradiction des motifs –, ne devrait finalement avoir rien changé pour le maître de l'ouvrage, dans la mesure où l'action semblait se fonder sur le régime de la responsabilité délictuelle de l'entrepreneur (articles 1792 et 2270 du Code civil), lequel s'applique indistinctement au vice apparent et au vice caché, pourvu qu'il soit grave (voy. *infra* p° 21).

163. *Cass.*, 8 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 921, *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 1000, *Bull.*, 1988, p. 921.

164. P.A. FORIERS, « Les obligations de l'entrepreneur : les sanctions de l'inexécution », in M. VANWICJK-ALEXANDRE (éd.), *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, coll. CUP, vol. 63, Liège, éd. Formation permanente CUP, 2003, p. 26.

165. Voy. p. ex. *Arrêts*, 30 septembre 1998, R.G.D.C., 2000, p. 58 ; Bruxelles, 12 octobre 2001, J.L.M.B., 2002, p. 718, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 740, note G. BALLON ; Liège, 22 octobre 2001,

La détermination du point de départ de ce délai « utile » pose question en présence de relations de sous-traitance ou de ventes successives de l'immeuble.

Le problème est d'abord apparu dans le cadre d'actions en garantie formées sur la base de la garantie des vices cachés de la vente : assigné par son client pour un motif imputable aux matériaux mis en œuvre dans le cadre du contrat d'entreprise ou dans le cadre du contrat de vente (lorsqu'il vend l'immeuble après l'avoir érigé), l'entrepreneur exerce généralement un recours en garantie contre son fournisseur-vendeur. En pareille situation, se pose la question de savoir à quel moment prend cours le bref délai de l'article 1648 du Code civil dans lequel l'entrepreneur (acheteur) doit introduire son action contre le fournisseur (vendeur). Par un arrêt du 29 janvier 2004 <sup>166</sup>, la *Cour de cassation* avait consacré la règle selon laquelle le point de départ du bref délai était, dans ce cas, la date à laquelle l'entrepreneur était lui-même assigné par son client (et non la date à laquelle il avait acheté les matériaux destinés à être incorporés) <sup>167</sup>. Dans ses conclusions, le ministère public soulignait en effet que l'acquéreur des matériaux, avant d'être lui-même assigné par son propre acquéreur (ou par le maître de l'ouvrage), ne dispose en principe pas d'intérêt à agir contre son propre vendeur (articles 17 et 18 du Code judiciaire) <sup>168</sup> : en effet, en même temps que les matériaux, l'entrepreneur a transmis, sauf clause contraire, l'action en garantie des vices cachés attachée à ceux-ci (*accessorium sequitur principalem*).

Dans un arrêt du 14 novembre 2008 <sup>169</sup>, la Cour adopte une solution différente en matière d'action en garantie basée sur le contrat d'entreprise.

J.L.M.B., 2002, p. 725 ; voy. également les décisions inédites citées par B. LOUVEAUX, « Inédits de jurisprudence en droit de la construction », J.L.M.B., 2006, pp. 1678-1679. Dans un jugement du 6 janvier 1998, tribunal de première instance de Nivelles considéré à cet égard que la durée de l'expertise judiciaire n'emane pas le délai raisonnable : il ne peut être déduit de l'écoulement de cette période que le maître de l'ouvrage ait accepté le défaut ; ce dernier doit cependant agir sans tarder une fois le rapport d'expertise déposé (Civ. Nivelles, 6 janvier 1998, J.L.M.B., 2000, p. 164).

166. *Cass.*, 29 janvier 2004, R.W., 2004-2005, p. 431, *Arr. Cass.*, 2004, p. 149, concl. D. Thijs, D.A.O.R., 2004, p. 55, concl. D. Thijs, *Pas.*, 2004, p. 186, R.A.B.G., 2004, p. 402, R.D.C., 2004, p. 537, T.V.V., 2004, p. 133.

167. Voy. dans le même sens Bruxelles, 9 novembre 2004, R.W., 2007-2008, 152 ; Comm. Hasselt, 27 mars 2002, R.W., 2004-2005, p. 232.

168. Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », R.C.J.B., 1995, p. 202, n° 55, note 47. Les auteurs se réfèrent également à la maxime *contra non valentem agere non currit prescriptio* (« la prescription ne court pas contre celui qui se trouve dans l'impossibilité d'agir »). Voy. à ce sujet J. DABIN, « Sur l'adage "*contra non valentem agere non currit prescriptio*" », note sous *Cass.*, 2 janvier 1969, R.C.J.B., 1969, pp. 93 et s.

169. *Cass.*, 14 novembre 2008, R.W., 2009-2010, 1223, note K. VANHOVE, *Pas.*, 2008, I, p. 2554, R.A.B.G., 2010, p. 606, R.G.D.C., 2011, p. 136.

Dans cette affaire, un entrepreneur avait commis des malfaçons dans la pose d'une chape dans un immeuble construit pour un promoteur immobilier. Bien que le promoteur se soit rapidement rendu compte du problème, il attendit le moment d'être assigné par l'acquéreur de l'immeuble – trois années plus tard – avant d'appeler l'entrepreneur en garantie. Pour la cour d'appel, le délai de trois ans écoulé entre le moment de la découverte du défaut par le promoteur immobilier et l'introduction de l'action contre l'entrepreneur excédait le délai « utile » dans lequel cette action devait être introduite. Dans son arrêt, la *Cour de cassation* refuse de faire droit au pourvoi, qui s'appuyait par analogie sur l'argumentation utilisée en matière de vente, et décide que l'intérêt du promoteur immobilier ou de l'entrepreneur principal d'intenter une action du chef de l'exécution défectueuse des travaux par l'entrepreneur ou le sous-traitant, ne dépend pas nécessairement d'une action du maître de l'ouvrage. La Cour relève ensuite qu'en matière d'entreprise de travaux, le juge doit examiner en fait si l'action en garantie du promoteur immobilier contre l'entrepreneur ou de l'entrepreneur principal contre le sous-traitant a été intentée en temps utile et il ne doit pas nécessairement se fonder sur le moment où a été intentée l'action du maître de l'ouvrage contre le promoteur immobilier ou l'entrepreneur principal. En d'autres termes, à la différence du vendeur intermédiaire, l'intérêt à agir du promoteur immobilier ou de l'entrepreneur principal n'est pas toujours dépendant d'une assignation par le client de celui-ci.

En apparence, la différence entre les deux régimes est tenue. Comme le relève K. Vanhove, elle s'explique sans doute par la circonstance que, dans le contrat de vente, le défaut caché affecte la chose elle-même, quel que soit le propriétaire dans les mains duquel elle se trouvera (même lorsque celle-ci est ensuite incorporée<sup>170</sup>), alors que, dans le contrat d'entreprise, lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un travail commandé par un entrepreneur ou un promoteur-construteur, cette action n'est pas transmise au maître de l'ouvrage<sup>171</sup>. Signalons par ailleurs l'ambiguïté du terme « promoteur » retenu par la Cour de cassation. L'on fait en effet habituellement une différence entre, d'une part, le promoteur-vendeur et, d'autre part, le promoteur-construteur<sup>172</sup>.

170. Voy. Cass., 18 mai 2006, R.G.D.C., 2009, p. 138, *N.j.W.*, 2006, p. 608, concl. M.P., note K. VANHOVE, *Pas.*, 2006, I, p. 1154, *R.W.*, 2007-2008, 147, concl. G. DURVILLE, note N. CARETTE, T.B.O., 2006, p. 126, concl. M.P., note W. GOOSSENS, *Voy.* à ce sujet *infra* n° 29.

171. K. VANHOVE, « De proceduretermijn voor een gedwongen vrijwaringsoverdring wegens lichte verborgen gebreken inzake aanneming », note sous Cass., 14 novembre 2008, *R.W.*, 2009-2010, 1226-1227.

172. Voy. B. KOHL, « Le promoteur », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2009, IV.4.1., n° 1.4-1.5.

Selon nous, ce n'est que dans ce dernier cas que s'appliquera la solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 14 novembre 2008 ; en revanche, en présence d'un promoteur-vendeur, l'action en responsabilité contre l'entrepreneur engagé par ce dernier à raison des défauts cachés véniels de l'entreprise (de même que l'action en responsabilité décennale) est – comme l'action en garantie des vices cachés de la vente – transmise au client du promoteur-vendeur, en tant qu'accessoire de la chose vendue (art. 1615 du Code civil). La jurisprudence récente fournit de nouvelles illustrations de ce principe<sup>173</sup>, également rappelé par la *Cour de cassation* dans son arrêt du 29 février 2008<sup>174</sup>. Dans ce cas, le point de départ du « délai utile » dans le chef du promoteur-vendeur devra, selon nous, s'apprécier de la manière indiquée par la Cour dans son arrêt précité du 29 janvier 2004 en matière de recours en garantie à raison des vices rédhibitoires des matériaux vendus.

L'on rappelle enfin que, d'ordre supplétif, les parties peuvent aménager cette responsabilité pour vices cachés véniels. Elles peuvent notamment convenir de raccourcir la durée de la responsabilité de l'entrepreneur. Elles peuvent également aménager un délai contractuel dans lequel le maître de l'ouvrage est tenu, soit de dénoncer le défaut caché, soit d'introduire son action devant les cours et tribunaux ; ce faisant, elles écartent le caractère quel que peu aléatoire de l'appréciation par le juge du fond de la notion de « délai utile ». La validité des clauses exonératoires ou limitatives de la responsabilité de l'entrepreneur à raison des défauts cachés véniels sera appréciée conformément au droit commun<sup>175</sup>.

**20. Absence de présomption de connaissance du vice de l'entrepreneur professionnel.** Dans un arrêt du 5 décembre 2002, la *Cour de cassation* met fin à la tendance visant à faire peser sur l'entrepreneur la présomption de connaissance des vices cachés que les juges du fond mettent généralement à

173. Voy. par exemple Civ. Anvers, 15 janvier 2004, *R.W.*, 2007-2008, p. 1207 ; Liège, 7 septembre 2004, *Entr. et dr.*, 2007, p. 251 ; Bruxelles, 9 mai 2003, *Entr. et dr.*, 2009, p. 81, note B. VAN LIERDE, *Voy.* également *infra*, n° 27.

174. Cass., 29 février 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 587, R.A.B.C., 2010, p. 665, note E. DE BAERE, R.C.D.I., 2008, p. 19, T.B.O., 2008, p. 151, *Voy.* également *infra* n° 27.

175. L'on rappelle qu'une telle clause n'est pas valable lorsqu'elle permet au débiteur de s'exonérer de son dol, lorsqu'elle enlève tout objet au contrat ainsi que, dans les contrats conclus avec les consommateurs, lorsque la clause « libère l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires, ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat » (article 74, 13°, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur ; voy. également l'article 74, 25° : est interdite la clause qui a pour objet « d'exclure ou de limiter la responsabilité légale de l'entreprise en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de cette entreprise »).

## SECTION 5

## Responsabilité décennale de l'entrepreneur

**21. Défauts couverts par la responsabilité décennale.** Il résulte de la combinaison des articles 1792 et 2270 du Code civil que seul un vice grave de la construction ou du sol est susceptible d'engager la responsabilité décennale des architectes et des entrepreneurs. Les cours et tribunaux disposent d'un pouvoir souverain dans l'appréciation de la gravité du vice. On considère généralement comme grave toute « défectuosité qui altère considérablement la solidité ou la stabilité du bâtiment ou de l'une de ses parties maîtresses »<sup>179</sup>. Cette responsabilité peut être reconnue dès lors qu'il existe une possibilité pour le vice d'affecter, même progressivement, la solidité du bâtiment. À la différence du droit français<sup>180</sup>, une malfaçon de nature à rendre la construction impropre à sa destination normale n'est pas suffisante pour enclencher le jeu des articles 1792 et 2270 du Code civil, lorsque cette malfaçon n'altère pas dans le même temps la solidité ou la stabilité de l'immeuble<sup>181</sup>. Dans pareil cas, le maître de l'ouvrage fondera sur l'action sur la responsabilité contractuelle de droit commun, à la condition qu'il puisse démontrer le caractère caché du défaut et qu'il agisse en temps utile<sup>182</sup>.

Tant le texte des articles 1792 et 2270 du Code civil que le caractère d'ordre public de la responsabilité expliquent que celle-ci s'applique quand bien même le vice était apparent au moment de la réception-agrégation des travaux. La *Cour de cassation* l'a précisé sans équivoque dans un arrêt du 18 novembre 1983<sup>183</sup>. Elle le confirme à nouveau *a contrario* de manière

charge du vendeur professionnel (sauf à prouver le caractère indécidable de celui-ci)<sup>176</sup>. À l'appui de sa décision, la Cour relève qu'« il ne ressort d'aucune disposition légale qu'un entrepreneur spécialisé est présumé avoir eu connaissance du vice caché dont la chose qui lui a été confiée pour entretien demeure affectée après l'exécution de son ouvrage ; (...) conformément au droit commun, l'entrepreneur n'encourt une responsabilité contractuelle qu'en cas de manquement à l'une des obligations découlant du contrat ; (...) il appartient au juge du fond de rechercher si l'obligation dont l'inexécution est reprochée à l'entrepreneur est une obligation de moyen ou de résultat ». Il n'est donc pas question, comme l'avait fait le juge du fond, de transposer au contrat d'entreprise le régime de la présomption de connaissance du vice du vendeur professionnel ; la Cour s'accorde sur ce point avec la doctrine majoritaire<sup>177</sup>.

Cette jurisprudence est d'importance, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité des clauses d'exonération ou de limitation de la responsabilité de l'entrepreneur : en effet, dans le contrat de vente, le vendeur professionnel étant présumé avoir connu le vice ou étant présumé apte à découvrir le vice, l'acheteur peut sur cette base se prévaloir de la nullité des clauses exonératoires ou même limitatives de garantie, sauf si le vendeur parvient à renverser la présomption<sup>178</sup>. Tel ne pourra donc en être le cas en matière de contrat d'entreprise, où il revient au maître de l'ouvrage d'apporter la preuve de la mauvaise foi de l'entrepreneur.

176. Si la présomption de connaissance du vice par le vendeur professionnel s'appuie sur une jurisprudence maintenant bien établie, ainsi que sur une doctrine majoritaire, elle n'a jamais été consacrée comme telle par la Cour de cassation. Cette jurisprudence est néanmoins critiquée par certains qui suggèrent d'en revenir à la règle « *spondet petitum artis* », qui consacre l'obligation de compétence du vendeur professionnel et à laquelle devrait être reconnue un caractère supplétif (voy. P.A. FORJES, « La garantie des vices cachés du vendeur professionnel », in *Vente et cession de créance*, coll. CUP, vol. 15, Liège, éd. Formation permanente CUP, 1997, pp. 51-58 ; l'auteur souligne (p. 56) que, dans les faits, « les connaissances techniques du fabricant ou du spécialiste, jointes à son devoir d'information, pourront permettre fréquemment de conclure, en fait, à un dol — ou à une faute lourde non expressément couverte par la clause d'exonération »).

177. Voy. P.A. FORJES, *op. cit.*, p. 53 et réf. citées. Voy. cependant C. JASSOGNE, « La mauvaise foi du professionnel », R.G.D.C., 2011, p. 112. L'auteur relève qu'« (...) en tant qu'il se réfère à l'absence de "dispositions légales", l'arrêt du 5 décembre 2002 paraît peu attentif au fait que pareille disposition spécifique n'existe pas non plus à l'égard du vendeur professionnel, et que la présomption qui pèse sur lui est essentiellement une création jurisprudentielle ».

178. Voy. par ex. P. VAN OMMESLAGHE, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilités en droit belge », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles et Paris, Bruylant et Dalloz, 1994, p. 197 et réf. citées.

179. Cass., 11 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 200, *Arr. Cass.*, 1970-1980, p. 186 ; Cass., 18 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 185, conclusions du Procureur général W. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; Cass., 18 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 303, *J.T.*, 1984, p. 549, *R.W.*, 1984-1985, 47, note G. BAERT, *Arr. Cass.*, 1983, p. 323, *Bull.*, 1984, p. 303.

180. Voy. B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2008, pp. 174-175 et réf. citées.

181. La tendance qui, en jurisprudence, avait étendu le champ d'application de l'article 1792 en y incluant la notion d'impropriété de l'ouvrage à sa destination et même de critères liés au confort, semble avoir bel et bien disparu depuis une vingtaine d'années ; voy. par exemple récemment Anvers, 5 juin 2000, *T.B.O.*, 2008, p. 190, note K. UYTENDAELE ; Civ. Bruxelles, 21 décembre 2007, *T.B.O.*, 2008, p. 201 ; Civ. Anvers, 23 octobre 2007, *T.B.O.*, 2008, p. 199. Voy. cependant *contra* : Bruxelles, 9 mai 2003, *Entr. et dr.*, 2009, p. 81, note B. VAN LIERDE ; la Cour décide de manière catégorique que l'article 1792 peut s'appliquer au défaut fonctionnel grave (sans toutefois l'appliquer en l'espèce, en raison du caractère véniel du défaut). Cette décision apparaît toutefois isolée.

182. Voy. *supra*, n° 19.

183. Cass., 18 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 303, *J.T.*, 1984, p. 549, *R.W.*, 1984-1985, 47, note G. BAERT, *Arr. Cass.*, 1983, p. 323, *Bull.*, 1984, p. 303 ; voy. également Cass., 11 avril 1986, *J.T.*, 1987, p. 85, *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 1088, *Bull.*, 1986, p. 983, *Pas.*, 1986, I, p. 983, *R.W.*, 1986-1987, 2629, note J. EMBREGHTS.

implicite dans des arrêts du 4 avril 2003<sup>184</sup> et du 2 février 2006<sup>185</sup>, en énonçant que la règle induite des articles 1792 et 2270 du Code civil vaut « également » en cas de vice caché.

**22. Délais : pas de distinction entre le délai de garantie et le délai d'action.** Les arrêts précités de la *Cour de cassation* du 4 avril 2003 et du 2 février 2006 confirment par ailleurs la vision traditionnelle de la jurisprudence belge, selon laquelle, en présence d'un vice grave, le délai de dix ans énoncé aux articles 1792 et 2270 du Code civil concerne autant le délai de garantie que le délai de procédure.

Le délai de garantie est le délai, prenant cours lors de la réception-agrégation des travaux<sup>186</sup>, durant lequel la responsabilité de l'entrepreneur peut être mise en cause pour des défauts affectant l'immeuble (que ces défauts apparaissent ou pas) ; le délai de procédure est le délai durant lequel le maître de l'ouvrage doit entreprendre son action en justice après la découverte du défaut de construction. Si, en présence de vices cachés véniels, le maître de l'ouvrage doit introduire son action dans un délai « utile » ou « raisonnable » après la découverte du vice (l'action étant par ailleurs prescrite à l'expiration du délai de droit commun de dix ans établi par l'article 2262bis du Code civil)<sup>187</sup>, en revanche, comme le confirme la Cour de cassation dans les arrêts précités, lorsque le juge relève la présence d'un vice grave, fût-il caché, il n'est pas exigé que l'action du maître de l'ouvrage soit introduite dans ce délai « raisonnable », pour autant que le délai de dix ans établi aux articles 1792 et 2270 du Code civil ne soit pas expiré au moment où l'action est introduite.

**23. Délais : pas d'influence de l'expiration du délai décennal sur le bref délai de la vente.** En matière de vente, selon l'article 1648 du Code civil, l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, suivant la nature du vice et l'usage du lieu de la vente. La Cour de cassation décide quant à elle que l'appréciation du bref délai dans lequel l'action fondée sur la garantie des vices cachés doit être intentée, de

184. Cass., 4 avril 2003, *T.B.O.*, 2004, p. 43, note W. GOOSSENS, *Arr. Cass.*, 2003, p. 882, *Pas.*, 2003, I, p. 736, *R.G.A.R.*, 2004, 13826.

185. Cass., 2 février 2006, *N.j.W.*, 2006, p. 218, *R.W.*, 2005-2006, 1590, note S. MOSSSELMANS, *Pas.*, 2006, I, p. 270.

186. Sur le point de départ de la responsabilité décennale, voy. *supra*, n° 17.

187. *Voy. Cass.*, 8 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 921, *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 1000, *Bull.*, 1988, p. 921 ; *Cass.*, 15 septembre 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 454, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1068, obs. B. LOUVEAUX, *J.T.*, 1995, p. 68, *R. Cass.*, 1995, p. 31, note G. BAERT, *R.G.A.R.*, 1995, 12471, *Arr. Cass.*, 1994, p. 748, *Bull.*, 1994, I, p. 730, *Voy. supra*, n° 19.

même que son point de départ, relève de l'appréciation souveraine du juge du fond. Il doit pour ce faire tenir compte de la nature du vice<sup>188</sup>.

Si l'origine du vice caché dont souffre l'acquéreur s'explique par un manquement de l'entrepreneur ou de l'architecte, le vendeur – tenu envers l'acheteur sur la base de la garantie des vices cachés – pourra fonder un recours contre ces derniers sur la base des règles de la responsabilité décennale, lorsque le défaut est susceptible de porter atteinte à la solidité ou à la stabilité du bâtiment (ou sur la base de la responsabilité contractuelle de droit commun dans les autres cas). Dans un arrêt du 10 octobre 2003<sup>189</sup>, la *Cour de cassation* a précisé que la circonstance que le délai de dix ans de l'article 1792 du Code civil soit expiré lorsque l'action en garantie des vices cachés est introduite par l'acheteur contre le vendeur, n'emporte aucune conséquence sur les conditions auxquelles cette dernière action est soumise. En d'autres termes, l'action en garantie des vices cachés demeure ouverte à l'acquéreur nonobstant l'expiration du délai de la responsabilité décennale. Ce principe, qui s'explique par la différence entre les points de départ des délais respectifs (réception-agrégation pour l'action en responsabilité décennale et découverte du défaut par l'acquéreur ultérieur pour l'action en garantie des vices cachés) n'est pas sans risque pour le vendeur, qui pourra être assigné sans disposer de recours en garantie contre l'entrepreneur ou l'architecte fautif<sup>190</sup>.

**24. Délais : évolution du dommage ou survenance de nouveaux dommages après l'expiration du délai.** L'action en responsabilité décennale concerne les défauts qui apparaissent dans les dix ans à dater de l'agréation des travaux, c'est-à-dire, sauf convention contraire, à dater de la réception définitive<sup>191</sup>. Le délai de dix ans constitue un délai préfix, qui ne

188. *Voy. par exemple Cass.*, 4 mai 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 223 ; *Cass.*, 20 février 1976, *Arr. Cass.*, 1976, p. 728, *Pas.*, 1976, I, p. 695 ; *Cass.*, 19 mai 1983, *R.G.A.R.*, 1987, 11234, note P.-H. DELVAUX ; *Cass.*, 29 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 624, *Arr. Cass.*, 1986-1987, p. 693, *Bull.*, 1987, p. 624, *J.T.*, 1987, p. 499.

189. *Cass.*, 10 octobre 2003, *T.B.O.*, 2004, p. 85, note K. UYTTERHOEVEN, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1842, *Pas.*, 2003, I, p. 1579.

190. *Voy. S. STIJNS, B. TILLEMAN, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENEPOEL et K. WILLEMS, « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten : koop en anningem (1999-2006) », T.P.R.*, 2008, p. 1711 ; B. KOHL, « Le contrat de vente d'immeuble. Développements récents », in B. KOHL (éd.), *La vente immobilière. Aspects civils, administratifs et fiscaux*, coll. CUP, vol. n° 121, Liège, Anthemis, 2010, pp. 99-100.

191. *Cass.*, 4 mars 1977, *J.T.*, 1977, I, p. 721, obs. ; *Cass.*, 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1222, *Arr. Cass.*, 1980, p. 223, *Bull.*, 1980, p. 1222 ; *Cass.*, 24 février 1983, *R.C.J.B.*, 1984, p. 400, note J. HERBOTS, *Entr. et dr.*, 1983, p. 221, obs., *J.T.*, 1983, p. 575, *Rev. not. belge*, 1983, p. 315.

peut être interrompu ni suspendu. Dans deux arrêts (du **27 octobre 2006**<sup>192</sup> et du **22 décembre 2006**<sup>193</sup>), la *Cour de cassation* répond à la question de savoir si de nouveaux défauts (apparus à d'autres endroits de l'ouvrage) résultant d'une même faute contractuelle, mais apparus après l'expiration du délai décennal, peuvent être « virtuellement »<sup>194</sup> compris dans la citation introduite à l'origine par le maître de l'ouvrage sur la base des manquements contractuels constatés. Ainsi, la Cour de cassation, dans son arrêt du 27 octobre 2006, casse l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers, qui avait refusé au maître de l'ouvrage le bénéfice de l'article 1792 pour les nouveaux défauts apparus après le délai décennal. Autrement dit, dans une action introduite avant l'expiration du délai contre un entrepreneur ou un architecte sur la base d'une faute de construction ou de conception déterminée, est également comprise l'action pour les défauts apparus ultérieurement, mais uniquement dans la mesure où ceux-ci constituent des conséquences nouvelles du même manquement contractuel ; selon la Cour, « (...) la circonstance que le nouveau dommage se situe à un autre endroit que le dommage pour lequel l'indemnité originaire est demandée ou que le demandeur n'a pas formulé de réserve pour un autre dommage éventuel lorsqu'il intente la demande originaire, n'exclut pas en soi que la nouvelle demande concerne de nouveaux effets, pour un édifice déterminé, d'un même vice et d'un même manquement contractuel dans la conception ou dans l'exécution »<sup>195</sup>. Ce faisant, la Cour maintient l'approche qu'elle

192. Cass., 27 octobre 2006, *R. W.*, 2007-2008, 1435, note K. VANHOVE, *Pas.*, 2006, p. 2190, *R.A.B.G.*, 2007, p. 591, *T.B.O.*, 2007, p. 34.

193. Cass., 22 décembre 2006, *R. W.*, 2006-2007, 1439, note A. VAN OEVERLEN, *T.B.O.*, 2007, p. 40, *Pas.*, 2006, I, p. 2855.

194. Nous repreneons l'expression de K. VANHOVE, « Virtuele tienjarige aansprakelijkheidsvorderingen », note sous Cass., 27 octobre 2006, *R. W.*, 2006-2007, 1436.

195. La cour d'appel d'Anvers avait en effet relevé que les vices nouvellement identifiés, bien que situés à un autre endroit, étaient de même nature et avaient une même cause que ceux qui faisaient l'objet de la demande originaire et que le nouveau dommage constituait « (...) un nouvel effet d'un même vice de conception ou d'exécution dans le cadre de la même adjudication réalisée par un même entrepreneur (...) et approuvée par un seul procès-verbal de réception provisoire ». Parant, selon la Cour de cassation, la cour d'appel ne pouvait entendre au maître de l'ouvrage de prétendre à l'indemnisation des préjudices résultant desdits nouveaux dommages.

196. À l'inverse, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 22 décembre 2006, la cour d'appel de Gand avait conclu à la recevabilité de la demande concernant les « nouveaux » dommages. La Cour de cassation, après avoir rappelé le principe posé dans son arrêt du 27 octobre 2006, relève que, selon le juge du fond, « (i) la demande finale du premier défendeur est précisément fondée sur les faits qui ont été énoncés dès le départ dans la citation ; (ii) la demande finale du premier défendeur ne peut aucunement être qualifiée de demande nouvelle mais au contraire d'extension légale de la demande principale originaire ; (iii) le fil conducteur du dossier est celui de "l'évolution" allant en s'aggravant, de plusieurs dommages, qui doit être qualifiée de dommage nouveau et réclamé en tant que tel, mais inhérent à une évolution du même dommage ». Elle conclut dès lors au rejet du pourvoi.

avait réservée à cette question dans son arrêt du 29 mars 1984<sup>197</sup>, mais que d'aucuns, en doctrine, avaient entretemps contestée<sup>198</sup>.

Il se déduit aussi de cet arrêt du 27 octobre 2006 que si le maître de l'ouvrage souhaite engager la responsabilité décennale aussi bien de l'entrepreneur que de l'architecte, il doit le faire avant l'expiration du délai à l'égard de chacun d'eux. Ainsi, ce n'est pas parce que le maître de l'ouvrage a introduit son action dans le délai décennal contre l'entrepreneur, et qu'ensuite ce dernier introduit, toujours dans ce délai, une action en garantie contre l'architecte, que le maître de l'ouvrage est déchargé de l'obligation d'introduire personnellement son action contre l'architecte dans le délai de dix ans. En d'autres termes, en cas de survenance de nouveaux dommages après l'expiration du délai décennal, il ne pourra être question pour le maître de l'ouvrage d'étendre, par voie de conclusions, l'action en responsabilité à un intervenant avec lequel il n'aurait établi aucun lien d'instance avant l'expiration dudit délai.

Enfin, l'on signale également un arrêt important de la cour d'appel d'Anvers, rendu le 4 novembre 2008<sup>199</sup> et qui n'a pas fait l'objet de pourvoi. L'arrêt tranche d'abord implicitement la question si l'exécution pour l'entrepreneur dans le délai de dix ans de travaux de réparation et ou de mise en ordre constitue ou non une reconnaissance de responsabilité dans son chef et partant, si elle présente un effet interruptif. Si la jurisprudence semble habituellement réticente à admettre l'effet interruptif de travaux exécutés sans reconnaissance préjudiciable quant à la responsabilité de l'entrepreneur, de tels travaux étant généralement exécutés « pour des motifs commerciaux »<sup>200</sup>, tel n'est pas le cas en présence de travaux de réfection suffisamment importants pour pouvoir être considérés comme de gros ouvrages. Dans ce cas, la Cour de cassation considère en effet que le délai de dix ans prend cours, non seulement à compter de la réception de l'ouvrage originaire, mais aussi, pour la partie de l'ouvrage réparée, à compter des réfections pouvant être considérées elles-mêmes comme de gros ouvrages<sup>201</sup>. La cour d'appel d'Anvers

197. Cass., 29 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 908, *R.G.E.N.*, 1988, p. 382, *Arr. Cass.*, 1983-1984, p. 1016, *Bull.*, 1984, p. 908.

198. Voy. en particulier G. BAERT, « Toekomstige schade in bouwzaken en de tienjarige garantie », in *Libor Antionium Jan Ronsse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, p. 490.

199. Anvers, 4 novembre 2008, *T.B.O.*, 2009, p. 31, note K. UVITTERHOEVEN, *N.j.W.*, 2008, p. 930, note S. MAES.

200. Voy. par exemple Civ. Anvers, 21 septembre 1988, *Entr. et dr.*, 1990, p. 48 ; Mons, 17 janvier 1984, *R.R.D.*, 1984, p. 272 ; Civ. Anvers, 17 février 1981, *Entr. et dr.*, 1980, p. 128 ; voy. également A. DELVAUX, « Le régime de la responsabilité décennale », *Act. dr.*, 1992, p. 323.

201. Cass., 9 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 401, *Arr. Cass.*, 1988-1989, p. 440, avis J. DU JARDIN, *Bull.*, 1989, p. 401, *R. W.*, 1988-1989, 1229, avis J. DU JARDIN.

confirme cette position *a contrario* dans l'arrêt annoté, en décidant que les interventions limitées ne peuvent faire courir aucun nouveau délai décennal. La cour d'appel ajoute par ailleurs que puisque le délai décennal est un délai préfix et que la responsabilité décennale est d'ordre public, il n'est par conséquent pas possible de le prolonger par contrat. En l'espèce, étant donné que la responsabilité décennale aurait expiré le 11 août 2004, la commune pour laquelle les travaux avaient été effectués avait décidé d'envoyer un courrier à l'architecte et l'entrepreneur principal pour leur demander s'ils étaient prêts à prolonger d'une année la responsabilité décennale relative aux réparations effectuées au toit. Alors que l'architecte avait fait savoir qu'il ne pouvait être d'accord, l'entrepreneur principal avait marqué son accord le 6 juillet 2004, donc avant l'expiration du délai de la responsabilité décennale. Par sa décision, qui écarte l'action contre l'entrepreneur en raison de son introduction tardive, nonobstant l'accord antérieur des parties prolongeant le délai décennal, la Cour tranche avec la solution habituellement retenue par la doctrine, qui considère invariablement qu'il est toujours possible aux parties de convenir d'un délai de responsabilité plus long, même si de telles clauses sont improbables<sup>202</sup>. Les commentateurs de l'arrêt approuvent néanmoins cette solution, les articles 1792 et 2270 établissant non seulement un délai de garantie contractuelle, mais également un délai de procédure dans lequel l'action doit être introduite<sup>203, 204</sup>.

202. J.F. HENROTTE, L.O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecture. Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 385 ; A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, Coll. Rép. not., Tome IX, Livre VIII, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 182 ; A. VERBEKE, N. CARLETTE, N. HOECKX et K. VANHOVE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 250 ; voy. également dans ce sens Comm. Hasselt, 30 janvier 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 1329.

203. Voy. K. UYTENDIJK, « Hoe fatal is de tienjarige aansprakelijkheidsstermijn ? », note sous Anvers, 4 novembre 2008, *T.B.O.*, 2009, p. 36 ; S. MAES, « Verlenging tienjarige aansprakelijkheid », note sous Anvers, 4 novembre 2008, *N.J.W.*, 2008, p. 933.

204. Voy. également Gand, 21 décembre 2007, *Entr. et dr.*, 2011, p. 158, note B. STROOBANTS et note B. VAN LIERDE. Dans cet arrêt, l'accord précise que si le délai de la responsabilité décennale peut être prolongé de l'accord des parties, cet accord ne peut toutefois être valablement donné qu'après l'expiration complète du délai décennal. En d'autres termes, *a contrario*, la clause ou l'accord prévoyant, avant l'expiration dudit délai, une prolongation de ce dernier, serait frappé de nullité en raison de sa contrariété à l'ordre public.

## SECTION 6

## Chaînes des contrats

**25. Action directe du sous-traitant. Renvoi.** Plusieurs arrêts importants ont été rendus par la Cour de cassation en matière d'action directe du sous-traitant (article 1798 du Code civil) pendant ces quinze dernières années.

Cette matière fait l'objet de la contribution de A. Cruquenaire et L.O. Henrotte dans le présent ouvrage. Nous y renvoyons le lecteur.

**26. Responsabilité du fait des sous-traitants.** La Cour de cassation énonce depuis longtemps<sup>205</sup> que le débiteur d'une obligation répond envers son créancier non seulement de ses fautes propres mais aussi de celles commises par ses agents d'exécution. Le débiteur est en effet tenu à l'exécution de ses obligations à l'égard de son cocontractant, peu importe qu'il ait ou non recours à des tiers pour ce faire. Il s'agit là d'une application du principe général de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Dans un arrêt du 27 février 2003<sup>206</sup> rendu en matière d'entreprise de construction, la *Cour de cassation* confirme cette jurisprudence habituelle : « lorsqu'une personne qu'un contractant s'est substituée pour exécuter une obligation contractuelle commet une faute dans l'exécution de cette obligation, le contractant est lui-même contractuellement responsable du dommage causé par cette faute au cocontractant ».

Ce principe trouve une application particulière dans l'article 1797 du Code civil qui rend l'entrepreneur principal responsable du fait des personnes auxquelles il a confié l'exécution de tout ou partie du marché principal et ce, indépendamment de toute faute personnelle dans son chef. L'entrepreneur principal est entièrement responsable, par exemple, du retard, des malfaçons imputables à l'un de ses sous-traitants et ne peut invoquer ces faits comme cause étrangère libératoire<sup>207</sup>. Traditionnellement, la doctrine et la jurisprudence considéraient que l'entrepreneur principal ne devait répondre que de la faute de ses sous-traitants. Ainsi, l'entrepreneur pouvait-il prétendre être libéré à l'égard du maître de l'ouvrage en cas de fait non fautif du sous-traitant (démence, cause étrangère libératoire, etc.). Un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1984<sup>208</sup> a

205. Voy. p. ex. Cass. 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376, *Arr. Cass.*, 1974, p. 395, *J.T.*, 1974, p. 443, *R.W.*, 1973-1974, 1597, note J. HERBOTS ; Cass., 3 décembre 1976, *R.G.A.R.*, 1978, 9908, obs. *R.W.*, 1977-1978, 1303 ; Cass., 21 juin 1979, *J.T.*, 1979, p. 675.

206. Cass., 27 février 2003, *R.C.D.C.*, 2004, p. 410, *Arr. Cass.*, 2003, p. 513.

207. Gand, 25 octobre 1966, *Entr. et dr.*, 1970, p. 173 ; Gand, 15 décembre 1971, *Entr. et dr.*, 1973, p. 22, obs. T. DELAHAYE ; Bruxelles, 10 octobre 1974, *R.W.*, 1975-1976, 1242 ; Liège, 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 382.

208. Cass., 29 novembre 1984, *R.C.J.B.*, 1987, p. 213, note F. GUANDESDORFF, *J.T.*, 1987, p. 417, note Ph. DELVAUX, *Arr. Cass.*, 1984, p. 446, *Bull.*, 1985, p. 399, *Pas.*, 1985, I, p. 399, *R.W.*, 1986-1987, 542.

récente fournit de nouvelles illustrations de ce principe <sup>213</sup>, également rappelé par la *Cour de cassation* dans son arrêt du 29 février 2008 <sup>214</sup>.

La Cour expose qu'en règle générale, dans le cadre d'un tel mécanisme, l'entrepreneur conserve à l'égard de l'acquéreur les droits et exceptions qu'il pouvait faire valoir à l'encontre du vendeur. Ce faisant, la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles qui avait considéré, dans le cadre d'une action introduite par les acquéreurs des lots privatifs et par l'association des copropriétaires contre l'entrepreneur en réparation de défauts et malfaçons affectant l'immeuble, que l'entrepreneur n'était pas fondé à invoquer l'exception d'inexécution, parce que celle-ci n'aurait, selon la cour d'appel, pu s'appliquer qu'en cas de rapport synallagmatique et qu'en l'espèce, en effet, aucun lien contractuel n'existait entre les différents copropriétaires et l'entrepreneur ayant érigé l'immeuble pour le promoteur-vendeur. La Cour de cassation casse cette décision, en rappelant le principe de l'opposabilité aux acquéreurs des exceptions que l'entrepreneur pouvait lui-même opposer à l'égard de son client, vendeur de l'immeuble.

En revanche, en sens inverse, comme le rappelle le tribunal de commerce de Tongres dans un jugement du 2 octobre 2007 <sup>215</sup>, l'existence dans le contrat de vente d'une clause d'exonération de la garantie des vices cachés du vendeur ne fait pas obstacle à l'action en responsabilité que peut introduire l'acquéreur contre l'entrepreneur et qui lui est transmise avec le bien par le vendeur. En effet, comme le relèvent S. Bar et C. Alter, « alors que le titulaire de l'action directe [du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage] peut en principe se voir opposer par le sous-débiteur les exceptions que son débiteur avait contre lui, l'action en garantie des vices cachés ou décennale, transmise au sous-acquéreur et exercée contre le vendeur originaire [ou contre l'entrepreneur], ne peut

213. Voy. par exemple Civ. Anvers, 15 janvier 2004, *R.W.*, 2007-2008, p. 1207 (transmission par le promoteur-vendeur dans un contrat régi par la loi Breynne) à l'acquéreur de l'action en responsabilité contractuelle à l'encontre de l'architecte) ; Liège, 7 septembre 2004, *Ent. et dr.*, 2007, p. 251 (immeuble en cours de construction par un maître de l'ouvrage : transmission à l'acquéreur de la créance d'indemnisation des vices affectant l'immeuble vendu qui ne font pas l'objet, au jour de la vente, d'une procédure judiciaire) ; Bruxelles, 9 mai 2003, *Ent. et dr.*, 2009, p. 81, note B. VAN LERDE (transmission aux acquéreurs de l'action en responsabilité décennale).

214. *Cass.*, 29 février 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 587, *R.A.B.G.*, 2010, p. 665, note E. DE BAERE, *R.C.D.I.*, 2008, p. 19, *T.B.O.*, 2008, p. 151. Voy. également à ce sujet B. KOHL, « Le contrat de vente d'immeuble. Développements récents », in B. KOHL (éd.), *La vente immobilière. Aspects civils, administratifs et fiscaux*, coll. CUP, vol. n° 121, Liège, Anthémis, 2010, pp. 87-88.

215. *Comm. Tongres*, 2 octobre 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 579, *F.J.F.*, 2009, p. 833, *R.W.*, 2009-2010, p. 246.

cependant explicitement consacré, en matière de bail, le principe de responsabilité du locataire pour les faits même non fautifs de ses sous-locataires <sup>209</sup>. La généralité des termes employés par la Cour de cassation dans cet arrêt du 29 novembre 1984 et la motivation principale de l'arrêt (à savoir l'emploi du mot « fait » et non « faute » dans l'article 1735 du Code civil) ont conduit certains auteurs à interpréter celui-ci, en matière de contrat d'entreprise, comme consacrant la responsabilité de l'entrepreneur principal pour le fait, même non fautif, de son sous-traitant. Dans cette thèse, l'entrepreneur principal ne pourrait donc plus invoquer la cause étrangère libératoire dont pourrait pourtant se prévaloir son sous-traitant <sup>210</sup>.

**27. Action de l'acquéreur de l'immeuble contre l'entrepreneur.** En cas de vente, les accessoires juridiques transmis avec le bien sont non seulement les droits et actions réels en lien avec le bien, mais également les « droits *propter rem* », c'est-à-dire les droits et actions fondamentalement attachés à la propriété de la chose et dont l'exercice ne présente d'intérêt que pour le propriétaire <sup>211</sup>. Il n'en est autrement que si, au moment de la vente, le vendeur a déjà introduit l'action en garantie <sup>212</sup>. L'acheteur d'un immeuble bénéficie donc de tous les droits et actions appartenant au vendeur qui sont liés à cet immeuble, entre autres l'action en responsabilité contractuelle du vendeur à l'égard de l'entrepreneur (pour vices graves ou véniels). La jurisprudence

209. Il s'agissait en l'espèce d'un sous-locataire dément reconnu non responsable de ses actes mais pour lequel le locataire a été considéré comme responsable à l'égard du bailleur.

210. Voy. A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, op. cit., p. 203, n° 262 ; P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *J.T.*, 1987, pp. 417 et s. Ce dernier auteur ne peut se résoudre à voir dans cet arrêt de la Cour la consécration d'un principe général de responsabilité contractuelle du fait, même non fautif, d'autrui. Il propose dès lors de limiter le champ d'application de l'enseignement de la Cour aux seuls cas de responsabilité contractuelle du fait d'autrui fondés sur des textes légaux comportant, à l'instar de l'article 1735 du Code civil, le mot « fait » (et non faute), ce qui est le cas de l'article 1797 du Code civil. Il convient de remarquer que P.-H. DELVAUX, conscient de l'impact de l'extension de la responsabilité de l'entrepreneur principal au fait non fautif de son sous-traitant, entend revenir à une interprétation « minimaliste » de l'article 1797 du Code civil. Selon lui, la responsabilité du fait du sous-traitant ne s'appliquerait qu'aux seules entreprises de construction, l'article 1797 ne visant initialement que celles-ci. Ce faisant, l'auteur revient totalement sur la jurisprudence et la doctrine établies de longue date, qui appliquent l'article 1797 du Code civil à tout contrat d'entreprise.

211. Voy. notamment *Cass.*, 5 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 398, *Arr. Cass.*, 1980-1981, p. 382, *Bull.*, 1981, p. 398, *R.W.*, 1981-1982, 886, *R.G.E.N.*, 1983, p. 108, *T. Not.*, 1982, p. 22.

212. *Voy. Cass.*, 15 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 65, *Arr. Cass.*, 1989-1990, p. 70, *Bull.*, 1990, p. 65, *R.C.J.B.*, 1992, p. 509, note J. HERBOTS, *R.W.*, 1989-1990, 776, *R.D.C.*, 1990, p. 387, note E. DIRUX.

se voir opposer les moyens tels qu'une action de non-garantie, que le vendeur intermédiaire aurait eus contre le sous-acquéreur » 216.

**28. Action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant.** La théorie de l'immunité relative des agents d'exécution est réaffirmée avec vigueur de manière régulière en matière de sous-traitance par la *Cour de cassation* (notamment dans ses arrêts du **26 avril 2002** 217, du **14 mai 2004** 218 et du **2 février 2006** 219). Par l'effet de cette jurisprudence constante, les possibilités d'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant sur la base extra-contractuelle sont très limitées, dans la mesure où l'on prive ce dernier de la qualification de « tiers » par rapport au maître de l'ouvrage. Sauf si sa faute constitue une infraction pénale, la responsabilité du sous-traitant ne peut être engagée sur le plan extracontractuel, que si les deux conditions suivantes sont remplies cumulativement : (i) la faute imputée doit constituer aussi une faute extracontractuelle, c'est-à-dire soit un manquement à une obligation générale de prudence, soit la violation d'une loi ou d'un règlement imposant une règle de conduite ou une abstention ; (ii) cette faute doit avoir causé un autre dommage que celui résultant seulement de la mauvaise exécution du contrat 220. Le principe de la relativité des conventions, combiné avec cette théorie de l'immunité relative des agents d'exécution, rend donc très difficile l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant.

Confrontée à cette situation, la cour d'appel de Bruxelles a été invitée par un maître de l'ouvrage à poser la question préjudicielle suivante à la Cour

216. S. BAE et C. ALTER, « Les effets du contrat », in *Les obligations - Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2005, n° II.1.7 et s., spéc. p. 85. Voy. également en ce sens P. WÉRY : « la situation du sous-acquéreur qui se prévaut d'un droit *propter rem* est plus inépuisable (que celle du sous-traitant dans le cadre d'une action directe) puisque le vendeur initial ne peut exciper que d'un moyen de défense tiré du contrat initial : il ne pourrait opposer au sous-acquéreur une clause de non-garantie qui figurerait dans la sous-acquisition » (P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, coll. Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 766).

217. Cass., 26 avril 2002, *R. W.*, 2004-2005, 940, *Arr. Cass.*, 2002, I, p. 1017, *R.G.A.R.*, 2002, 13585, *J.P.A.*, 2004, p. 10.

218. Cass., 14 mai 2004, *Res jnr. imm.*, 2005, p. 31, *Arr. Cass.*, 2004, p. 855, *Pas.*, 2004, I, p. 836, conclusions M.P.

219. Cass., 2 février 2006, *R.G. C-04052/N*, inédit. La Cour précise à nouveau que « l'agent d'exécution qui est subrogé à un contractant afin d'exécuter totalement ou en partie le contrat ne peut être considéré comme un tiers dans les rapports contractuels en ce qui concerne l'exécution du contrat et à l'égard du cocontractant du maître de l'ouvrage ». Voy. à ce sujet W. GOOSSENS, « Kneelpunten aannemen van contract », in B. TILLEMANS et A. VERBEKE, *Kneelpunten dienstverlening*, coll. Kneelpunten contractrecht, n° 4, Anvers, Intersentia, 2007, p. 28.

220. Voy. entre autres sur ce point M. VANWICK-ALEXANDRE et B. KOHL, « Droit des obligations et sous-traitance », in *La sous-traitance*, coll. C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 71-72.

d'arbitrage : « L'article 1798 du Code civil, tel que modifié par la loi du 19 février 1990, qui accorde au sous-traitant une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage, ne crée-t-il pas une discrimination inconstitutionnelle (articles 10 et 11 de la Constitution) envers le maître de l'ouvrage qui ne dispose pas de pareil recours à l'encontre du sous-traitant ? » 221.

Dans son arrêt du **28 juin 2006**, la Cour d'arbitrage (devenue *Cour constitutionnelle*) répond par la négative à cette question très controversée 222. Constatant la différence de traitement créée par l'article 1798 entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage, la Cour estime néanmoins que « la situation du sous-traitant et celle du maître de l'ouvrage diffèrent fondamentalement en ce qui concerne la nature de l'obligation dont l'exécution est demandée : le sous-traitant demande le paiement d'une somme pour un travail qu'il a accompli, tandis que le maître de l'ouvrage demanderait l'exécution d'une obligation de faire non respectée par l'entrepreneur principal. En outre, lorsqu'une action directe est intentée par le sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage, ce dernier peut opposer à l'action les exceptions déduites de ses propres relations avec l'entrepreneur principal ». La Cour considère par ailleurs que le législateur avait raisonnablement pu considérer que les sous-traitants, comme les maçons, charpentiers et ouvriers, se trouvaient dans une position économique particulière, en raison de leur dépendance à l'égard de l'entrepreneur principal. La Cour semble enfin faire un appel du pied au législateur, en précisant que « le principe d'égalité ne lui imposait pas de prévoir également une action directe, qui est un mécanisme dérogatoire au droit commun, en faveur du maître de l'ouvrage. Toutefois, ce principe d'égalité ne l'empêcherait pas de prévoir une protection spécifique du maître de l'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant ».

**29. Action du maître de l'ouvrage contre le fournisseur des matériaux.** La question tranchée par la *Cour de cassation* dans son arrêt du **18 mai 2006** 223 présente un grand intérêt pratique : le maître de l'ouvrage

221. Bruxelles, 6 octobre 2005, *R.G. 1198/AR/2595*, inédit. Voy. sur cette affaire R. DE BRIEF et O. JAUGNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », in *Droit de la construction*, Actes du Colloque du 31 mai 2006, Liège, Éd. Jeune Barreau, 2006, pp. 132-146.

222. C.A., 28 juin 2006, *Entr. et dr.*, 2006, p. 328, note B. KOHL, *Arr. C.A.*, 2006, p. 1335, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184, note E. MONTERO, *R.A.G.B.*, 2007, p. 583, note F. BURSSENS, *R.G.D.C.*, 2007, p. 287, note O. JAUNIAUX, *T.B.O.*, 2006, p. 155, note K. UYTENDIJKHOVEN. Pour de plus amples développements à propos de cet arrêt, voy. notre note « Action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : le débat n'est pas clos », sous C.A., 28 juin 2006, *Entr. et dr.*, 2006, pp. 334 et s.

223. Cass., 18 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2009, p. 138, *N.j.W.*, 2006, p. 608, concl. M.P., note K. VANHOVE, *Pas.*, 2006, I, p. 1154, *R.W.*, 2007-2008, 147, concl. G. DUBRULLE, note N. CARETTE, *T.B.O.*, 2006, p. 126, concl. M.P., note W. GOOSSENS.

dispose-t-il d'une action « directe » contre le fournisseur de matériaux de l'entrepreneur ? Cette question très controversée doit être soigneusement distinguée d'un autre problème distinct, qui ne pose plus guère de difficultés depuis de nombreuses années : il n'est plus contesté, d'une part que l'action en garantie des vices cachés du vendeur d'un bien meuble ou immeuble est transmise aux acquéreurs successifs de ce bien<sup>224</sup>, et, d'autre part, que l'action en responsabilité dont bénéficie le maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur ou l'architecte est également transmise aux acquéreurs successifs de l'immeuble<sup>225</sup>. De manière plus générale, la jurisprudence et la doctrine semblent admettre que les acquéreurs d'un bien bénéficient ainsi des droits *proprius rem*, c'est-à-dire des droits et actions fondamentalement attachés à la propriété de cette chose et dont l'exercice ne présente d'intérêt que pour le propriétaire<sup>226</sup> ; l'on peut même parler d'un principe général de transmission à l'ayant cause à titre particulier des actions et garanties attachées à la chose. Plusieurs fondements sont avancés pour justifier cette théorie, notamment l'article 1122 du Code civil ou, plus fréquemment, l'article 1615 du Code civil, qui consacre l'obligation du vendeur de livrer la chose avec ses accessoires.

Dans le cas d'espèce, est en revanche visée l'hypothèse de la transmission au maître de l'ouvrage, par le contrat d'entreprise conclu entre celui-ci et l'entrepreneur, de l'action en garantie des vices cachés dont est titulaire ce même entrepreneur contre le vendeur des matériaux de construction incorporés dans l'immeuble.

L'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006 tranche la controverse et assimile le maître de l'ouvrage au sous-acquéreur : le fait que la chose viciée soit livrée au maître de l'ouvrage dans le cadre de l'exécution d'un contrat d'entreprise, plutôt que dans le cadre d'un contrat de vente, ne décharge nullement le fournisseur (vendeur) originaire de son obligation de garantie à l'égard de l'utilisateur final du bien ; l'action en garantie se trouve liée à la chose vendue par le vendeur originaire et se transmet à ses différents utilisateurs, même si elle est incorporée dans un ouvrage dont la construction fait l'objet d'un contrat d'entreprise. Les conclusions de l'avocat général font clairement apparaître que c'est l'existence d'un « lien objectif » entre l'action en garantie et le bien transmis, ainsi que la circonstance que cette action

224. Voy. Cass., 8 juillet 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 302 ; Cass., 5 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 398, *Arr. Cass.*, 1980-1981, p. 382, *Bull.*, 1981, p. 398, *R.W.*, 1981-1982, 886, *R.G.E.N.*, 1983, p. 108, *T. Not.*, 1982, p. 22.

225. Voy. *supra*, n° 27.

226. Voy. entre autres à ce sujet S. BAR et C. ALTER, « Les effets du contrat », *op. cit.*, p. 71 et réf. citées.

inhérente au bien ne présente d'intérêt que pour le destinataire final du bien, qui justifient, sauf convention contraire, la transmission de l'action à ce dernier ; plus particulièrement, l'avocat général estime qu'il n'y a pas lieu d'interpréter de manière trop restrictive l'article 1615 du Code civil en tant que fondement au principe de la transmission des droits *proprius rem* : la distinction que cette interprétation restrictive établirait entre d'une part, l'acquéreur final d'un bien et, d'autre part, le bénéficiaire final d'un bien dans le cadre d'un contrat d'entreprise, n'est donc pas justifiée aux yeux du ministre public, suivi en cela par la Cour dans l'arrêt commenté.

Ce faisant, la Cour rejoint la jurisprudence de la Cour de cassation française qui, depuis un arrêt du 7 février 1986, décide que « le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; qu'il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée »<sup>227</sup>.

L'arrêt de la Cour de cassation se limite à reconnaître le principe de la transmission au maître de l'ouvrage de l'action en garantie des vices cachés dont bénéficie l'entrepreneur contre le fournisseur de matériaux. En revanche, la Cour n'a pas été amenée à se prononcer sur l'hypothèse de la transmission au maître de l'ouvrage de l'action en responsabilité décennale (ou de l'action en responsabilité en raison des défauts cachés véniels) dont bénéficie l'entrepreneur contre le sous-traitant ; jusqu'à présent, la jurisprudence refuse de reconnaître l'existence d'une telle « action directe » du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant<sup>228</sup>, et la Cour constitutionnelle n'y trouve rien à redire<sup>229</sup>. Suite à la décision de la Cour de cassation dans cet arrêt du 18 mai 2006, la porte n'est-elle pas laissée entrouverte pour la reconnaissance, à terme, d'un principe d'une transmission au maître de l'ouvrage de l'action en responsabilité décennale contre le sous-traitant ?

Depuis longtemps en effet<sup>230</sup>, l'action en responsabilité décennale (ainsi que l'action en responsabilité contre l'entrepreneur à raison des vices cachés véniels) est, comme l'action en garantie des vices cachés, transmise aux acquéreurs successifs de l'immeuble ; ne doit-elle pas bénéficier également au maître de l'ouvrage, dès lors que l'on accepte la transmission à ce dernier

227. Cass. civ. fr. (plén.), 7 février 1986, *D.*, 1986, 286, note A. BENABENT.

228. Voy. entre autres récemment, Liège, 7 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 296, note B. LOUVEAUX, *R.R.D.*, 1994, p. 55 ; Gand, 18 juin 2004, *T.C.R.*, 2004, p. 278, *T.B.O.*, 2004, p. 238 ; Mons, 16 janvier 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 189, *R.R.D.*, 1997, p. 694, note J.-L. FAGNART.

229. Voy. *supra* n° 28.

230. Cass., 8 juillet 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 300.

de l'action en garantie des vices cachés contre le fournisseur ? Plusieurs commentateurs de l'arrêt ont franchi le pas : il est vrai que les situations du fournisseur de matériaux et du sous-traitant sont proches, tant en fait qu'en droit. Ainsi J. Cabay relève entre autres que les contrats de vente et d'entreprise présentent régulièrement un caractère mixte, mais également que, « (...) si l'on fonde la transmission de l'action sur la théorie de l'accessoire, comme semble le faire la Cour de cassation, ce qui importe en réalité, ce n'est pas qu'il y ait eu transfert de propriété vers l'entrepreneur, mais bien par l'entrepreneur »<sup>231</sup>. En effet, comme l'ajoute F. Glansdorff, c'est « (...) comme accessoire à ce transfert-là (de l'entrepreneur au maître de l'ouvrage) que l'entrepreneur transmet l'action qu'il possède »<sup>232</sup>, de sorte que la qualification du contrat en vertu duquel il détient cette action perd son influence.

Une interprétation des termes de l'arrêt de la Cour de cassation dans ce sens nous paraît cependant prématurée et dépasserait assurément les limites posées dans le pourvoi. La reconnaissance d'une « action directe » générale du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant entraînerait en outre une complète reconsidération, sinon des principes mêmes de la relativité des conventions et de la théorie de l'immunité des agents d'exécution, à tout le moins des conséquences importantes qu'emporte l'application cumulée de ces principes en droit de la construction ; il nous semble improbable que telle ait été la volonté de la Cour en l'espèce.

## SECTION 7

## Fin du contrat d'entreprise

**30. Résiliation unilatérale et indemnité forfaitaire.** L'article 1794 du Code civil confère au maître de l'ouvrage le pouvoir de résilier (pour l'avenir), par sa seule volonté, un marché à forfait pour autant qu'il indemnise l'entrepreneur de ses débours, de ses travaux et de son manque à gagner. Ce texte, qui déroge manifestement au principe de la convention-loi consacré par l'article 1134 du Code civil, n'est plus considéré par la doctrine et la jurisprudence comme une application particulière de l'article 1184 du Code

civil<sup>233</sup>. Par la généralité de ses termes, il s'applique à tout ouvrage quelconque, matériel ou intellectuel, pourvu qu'il s'agisse de l'entreprise d'un travail déterminé par son objet ou par un terme exprès (et ce, afin de pouvoir déterminer le *lucrum cessans*)<sup>234</sup>, quel que soit le mode de fixation du prix.

L'article 1794 du Code civil n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent donc y déroger, soit pour supprimer ou limiter l'exercice du droit de résiliation, soit pour préciser le montant, les modalités de calcul ou les composantes de l'indemnité. Elles peuvent également convenir d'accorder un tel droit à l'entrepreneur<sup>235</sup>. Le montant de cette indemnité est parfois fort élevé. Même si l'on peut être tenté d'y voir une clause pénale illicite, la *Cour de cassation*, dans un arrêt de principe du **22 octobre 1999**, rappelle la différence entre ces deux clauses : « (...) l'article 1229, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil dispose que la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ; (...) il s'en déduit que la somme stipulée à titre de clause pénale ne peut être qu'une indemnisation forfaitaire du dommage pouvant résulter pour le créancier de l'inexécution de cette obligation et (...) ne saurait, dès lors, être une clause pénale au sens de cet article 1229, la stipulation conventionnelle d'une somme d'argent qui ne constitue pas la réparation d'un dommage mais la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale prévue par le contrat ; (...) en ce cas, il n'appartient pas, en règle, au juge d'apprécier le rapport entre le montant convenu et le dommage susceptible d'être causé par cette résiliation

233. Lorsque le maître de l'ouvrage a mis un terme au contrat sans préciser les motifs de sa décision, la tendance est de considérer qu'il l'a fondée sur l'article 1794 du Code civil, avec pour conséquence la possibilité pour l'entrepreneur de réclamer l'indemnisation des frais qu'il a déjà exposés (*dammum emergens*) ainsi que de son *lucrum cessans*. Le contrat étant résilié par sa volonté, il n'est pas plus possible pour le maître de l'ouvrage de solliciter ensuite la résolution pour l'avenir du contrat pour faute grave de l'entrepreneur, sur la base de l'article 1184 du Code civil : la jurisprudence n'admet pas facilement la « requalification » de la résiliation en résolution. La doctrine considère cependant que l'on ne peut priver le maître de l'ouvrage du droit de réclamer des dommages et intérêts pour les inexécutions imputables à l'entrepreneur et antérieures à la résiliation. Voy. sur cette question, entre autres P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 829 ; M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », note sous Mons, 21 juin 2004, R.G.D.C., 2007, p. 233-234, n° 13 ; P.A. FORLIES, « Les obligations de l'entrepreneur : les sanctions de l'inexécution », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, coll. CUP, vol. LXIII, Ed. Formation Permanente CUP, Liège, 2003, pp. 63-64, n° 52 ; W. GOOSSENS, *Aanmerking van werk : het gemeenrechtelijk dienstvercontract*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1045.

234. Cass., 4 septembre 1980, *Par.*, 1981, I, p. 7, R.C.J.B., 1981, p. 523, J.T., 1981, p. 99, *Arr. Cass.*, 1980, p. 7, R.W., 1980-1981, 2686.

235. Voy. par exemple Liège, 23 mars 2009, J.T., 2009, p. 502.

unilatérale »<sup>236</sup>. Dans sa note critique sous cet arrêt, I. Moreau-Margrève relève notamment l'aspect formaliste de la distinction tracée : le droit que le contrat donne au débiteur de ne pas s'exécuter n'est véritablement un droit pour celui-ci que si son exercice est assorti d'une indemnité qui ne vise qu'à réparer le préjudice susceptible d'être encouru par le créancier : « en effet, dès lors que, sous peine de sanction, aujourd'hui, en droit commun de la réduction, la clause pénale ne peut être qu'indemnitatoire, ne serait-il pas logique que soit soumise à une sanction du même ordre l'indemnité fixée en cas d'exercice d'un droit de non-exécution si ladite indemnité se révèle excessive ? Il nous paraît pour le moins heurtant qu'un débiteur en état d'inexécution ne puisse être pénalisé alors que pourrait l'être celui qui exerce le droit de ne pas exécuter que lui reconnaît la convention »<sup>237</sup>. Nonobstant ces critiques convaincantes, la *Cour de cassation* (notamment dans un arrêt rendu le 30 mars 2001 en matière de construction<sup>238</sup>), suivie par les juges du fond<sup>239</sup>, a maintenu cette jurisprudence.

236. Cass., 22 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1373, *R.C.J.B.*, 2001, p. 103, note I. MOREAU-MARGRÈVE, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1318, *Bull.*, 1999, p. 1373, *J.L.M.B.*, 2000, p. 476, *R.W.*, 2001-2002, p. 1502, *R.C.D.C.*, 2001, p. 552, *R.D.C.*, 2000, p. 181.

237. I. MOREAU-MARGRÈVE, « Quel sort réserver aux clauses reconnaissant à une partie une faculté de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement d'une somme d'argent ? », note sous Cass., 22 octobre 1999, *R.C.J.B.*, 2001, p. 140.

238. Cass., 30 mars 2001, *Pas.*, 2001, p. 560, concl. BRESSELEERS, *Arr. Cass.*, 2001, p. 566, concl. BRESSELEERS (à propos d'un contrat d'entreprise avec application de l'article 1794).

Voy. également Cass., 6 septembre 2002, *R.C.D.C.*, 2004, p. 106, *Arr. Cass.*, 2002, p. 1737, *Pas.*, 2002, I, p. 1546, *R.A.B.G.*, 2003, p. 637, *R.W.*, 2004-2005, p. 300 (en matière de bail).

239. Voy. par exemple Mons, 22 octobre 2003, *R.C.D.C.*, 2005, p. 100, note H. SCHELHAAS.