

## Verborgen gebrek (overdracht vordering)

**HOF VAN CASSATIE**, eerste kamer, 15 september 2011, inzake N.V. F. t. Regle der gebouwen en consorten en N.V. B. t. Regle der gebouwen en consorten (C.10.0456.N en C10.0464.N, samengevoegd)

- (afdelings-)Voorzitter: E. Forrier
- Raadsheren: E. Dirlx, E. Stassijns en A. Smeyrns
- Adv-gen: G. Dubrulle
- Pl.: Meesters B. Maes, P. Wouters en P. Van Ommeslaghe

### SLEUTELWOORDEN

#### Keten van niet homogene contracten

- a. **Koopovereenkomst van (door de onderaannemer te verwerken) materiaal – Verborgene fabricagegebrek in het materiaal – Rechtsvordering in vrijwaring voor verborgen gebreken tegen de fabrikant – (eerste)verkoper – Overdracht aan de bouwheer? Ja.**
- b. **(onder-)Aannemingsovereenkomst – Verhouding tussen opdrachtgever, aannemer en onderaannemer: uitsluitend beheerst door aansprakelijkheidsregels inzake aanneming – Geen rechtsvordering van de bouwheer tegen (onder-)aannemer op grond van de vrijwaring voor verborgen gebreken inzake koop.**

### SAMENVATTING

*Het recht op vrijwaring dat de eerste koper bezit tegen zijn verkoper is een toebehoren van de zaak dat samen met de zaak wordt doorverkocht aan de opeenvolgende kopers; de omstandigheid dat de gebrekkige zaak door een aannemer is geleverd aan zijn opdrachtgever ontslaat de oorspronkelijke verkopers niet van hun vrijwaringplicht tegenover deze eindgebruiker.*

*Dit houdt evenwel niet in dat de artikelen 1641 en volgende van het Burgerlijk Wetboek toepassing vinden in de onderlinge verhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer of nog tussen de opdrachtgever en een onderaannemer.*

### Nota van de redactie:

Het arrest van het Hof van Cassatie (24 bladzijden) is volledig beschikbaar op Juridat in de taal waarin het werd uitgesproken (Nederlands).

Het arrest van het hof van beroep van Antwerpen, 6<sup>de</sup> kamer, van 12 januari 2010 (2004/AR/3333), telt er 48 en is onuitgegeven.

Wij publiceren het arrest van het hof van beroep niet aangezien de feiten en anteceden-ten van de procedure duidelijk herhaald worden in de noot van J. Cabay.

Het cassatiearrest volledig lezen, is interessant. Wij beperken echter de publicatie er- van tot de uittreksels betreffende het enige rechtspunt dat aanleiding heeft gegeven tot verbreking, namelijk de veroordeling van de onderaannemer ten aanzien van de op- drachtgever op grond van de vrijwaring wegens verborgen gebreken bij verkoop.

Wij vermelden dat een vertaling naar het Frans van dit gedeelte van het arrest ook op Ju- ridat beschikbaar is.

Tot slot herhaalt de onderstaande tabel, ten behoeve van een goed begrip door de lezer, de feitelijke hoedanigheid (fabrikant, onderaannemer, enz.) van de verschillende partijen die worden aangeduid in het cassatiearrest nu eens door hun hoedanigheid in de cassa- tieprocedure dan weer wanneer het Hof van Cassatie uittreksels citeert uit het arrest van het Hof van beroep, door hun hoedanigheid in de beroepsprocedure..

	in cassatie (C.10.0464.N)	in beroep
Opdrachtgever	verweerder	eiser in beroep
Hoofdaannemer (1 <sup>ste</sup> lid van de THV, opdracht- nemer)	1 <sup>ste</sup> in bindendverkla- ring opgeroepen partij	1 <sup>ste</sup> geïntimeerde
Hoofdaannemer (2 <sup>de</sup> lid van de THV, opdracht- nemer)	2 <sup>de</sup> in bindendverkla- ring opgeroepen partij	2 <sup>de</sup> geïntimeerde
Onderaannemer	Eiser	3 <sup>de</sup> geïntimeerde
Fabrikant	3 <sup>de</sup> in bindendverkla- ring opgeroepen partij	4 <sup>de</sup> geïntimeerde

## Vice caché (transmission de l'action en -)

**COUR DE CASSATION**, 1<sup>re</sup> chambre, 15 septembre 2011, en cause S.A. F. c. Régie des bâtiments et consorts, et S.A. B. c. Régie des bâtiments et consorts (C.10.0456.N et C.10.0464.N, affaires jointes)

- Président de section: E. Forrier
- Conseillers: E. Dirlx, E. Stassijns et A. Smeyrns
- Av.-gén: G. Dubrulle
- Pl.: Maîtres B. Maes, P. Wouters et P. Van Ommeslaghe

### MOTS-CLÉS

#### Chaîne de contrats non homogènes

- a. **Contrat de vente du matériau (à mettre en œuvre par le sous-entrepreneur) – Vice caché de fabrication du matériau – Action en garantie des vices cachés contre le fabricant, vendeur originaire – Transmission de l'action au maître d'ouvrage (MO) ?**  
Oui.
- b. **Contrat de (sous-)entreprise – Rapport entre MO, entrepreneur et sous-entrepreneur : régi exclusivement par les règles de responsabilité du contrat d'entreprise – Pas d'action du MO contre l'entrepreneur ou le sous-entrepreneur fondée sur la garantie des vices cachés en matière de vente.**

### SOMMAIRE

*Le droit à garantie de l'acquéreur initial à l'égard de son vendeur constitue un accessoire de la chose qui est vendu avec la chose aux acheteurs successifs; la circonstance que la chose viciée est livrée par un entrepreneur au maître d'ouvrage ne dispense pas les vendeurs initiaux de leur obligation de garantie à l'égard de cet usager final.  
Cela n'implique toutefois pas que les articles 1641 et suivants du Code civil s'appliquent dans les rapports mutuels entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, ou encore entre le maître d'ouvrage et un sous-traitant.*

#### Note de la rédaction :

L'arrêt de la Cour de cassation (24 pages) est disponible dans son intégralité dans la langue du prononcé (néerlandais) sur Juridat.

L'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers, 6<sup>e</sup> chambre, du 12 janvier 2010 (2004/RG/3333), en compte 48 et est inédit.

Nous ne publions pas l'arrêt de la cour d'appel, les faits et antécédents de la procédure étant clairement rappelés dans la note de J. Cabay.

La lecture intégrale de l'arrêt de cassation est intéressante. Nous en limitons toutefois la publication aux extraits relatifs à l'unique point de droit ayant donné lieu à cassation, à savoir la condamnation du sous-traitant envers le MO sur pied de la garantie des vices cachés en matière de vente.

Signalons qu'une traduction en langue française de cette partie de l'arrêt est également disponible sur Juridat.

Enfin pour une bonne compréhension du lecteur, le tableau ci-dessous rappelle la qualité de fait (fabricant, sous-traitant, etc.) des différentes parties désignées dans l'arrêt de cassation tantôt par leur qualité dans la procédure en cassation, tantôt, quand la Cour de cassation cite des extraits de l'arrêt de la cour d'appel, par leur qualité dans la procédure d'appel.

	en cassation (C.10.0464.N)	en appel
Maître d'ouvrage	défendeur	appellant
Entrepreneur principal (1 <sup>er</sup> membre de la SCM, adjudicataire)	1 <sup>er</sup> appelé en déclaration d'arrêt commun	1 <sup>er</sup> intimé
Entrepreneur principal (2 <sup>ème</sup> membre de la SCM, adjudicataire)	2 <sup>ème</sup> appelé en déclaration d'arrêt commun	2 <sup>ème</sup> intimé
Sous-traitant	Demandeur	3 <sup>ème</sup> intimé
Fabricant	3 <sup>ème</sup> appelé en déclaration d'arrêt commun	4 <sup>ème</sup> intimé

\*  
\*\*

« (...) »

#### II. CASSATIEMIDDEL

In de zaak C.10.0456.N

(...)

#### In de zaak C.10.0464.N

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wetbepalingen

- artikel 149 van de Grondwet;
- de artikelen 1134, 1135, 1137, 1142, 1147 tot 1151 en 1641 tot 1648 van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissing

Het hof van beroep oordeelt dat de regels inzake de vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop de eis in schadevergoeding van de Regie der Gebouwen tegen eiseres en S.A. F. kunnen schragen.

Het arrest overweegt hierover het volgende:

“De 85 pct. van de totaal geleverde hoeveelheid geëmailleerde glaspanelen die met een gebrek, dat oorzaak was van de breuk ervan, behept waren, werden door derde geïntimeerde bij vierde geïntimeerde gekocht, die ze fabriceert. Derde geïntimeerde heeft deze gebrekkige glaspanelen op haar beurt in de door haar uitgevoerde werken verwerkt.

Het recht op vrijwaring dat de eerste koper

bezit tegen zijn verkoper is een toebehoren van de zaak dat samen met de zaak wordt doorverkocht aan de opeenvolgende kopers. De omstandigheid dat de gebrekkige zaak door een aannemer is geleverd aan zijn opdrachtgever in het raam van een aannemingsovereenkomst ontslaat de oorspronkelijke verkoper niet van zijn vrijwaringsplicht tegenover deze eindgebruiker. De opdrachtgever heeft, zoals een onderverrijger, alle rechten en vorderingen verbonden met de zaak die aan de oorspronkelijke verkoper toebehoorde (...). Appellante vermag derhalve derde en vierde geïntimeerden op grond van de artikelen 1641 e.v. B.W. aan te spreken in zoverre aan de hierin voorgeschreven voorwaarden is voldaan" (p. 31, nr. 2.5.1 van het arrest).

Het hof van beroep beslist daarop dat aan de voorgeschreven voorwaarden voldaan is:

Het hof stelt vast dat het regelmatig en 'asymptomatisch' breken van de glaspanelen te wijten is aan een intrinsiek gebrek – onvoldoende kwalitatieve metaalinsluitingen – dat de glaspanelen ongeschikt maakte voor gebruik, dat dit gebrek eigen was aan de fabricage en dus aanwezig was op het ogenblik van de koop en dat het onmogelijk kon worden ontdekt (p. 32, eerste alinea van het arrest).

Volgens het hof van beroep ligt geen bewijs voor van het absoluut onnaspeurlijk karakter van het gebrek, rekening houdend met de kennis die toen o.m. via vakpublicaties en testmethodes als de Heat Soak-test beschikbaar was. Eiseres en derde partij in gemeenverklaring dragen bijgevolg als professionele verkoper respectievelijk fabrikant de aansprakelijkheid voor de gebreken in de glaspanelen (p. 32 en 33, nr. 2.5.3 van het arrest).

Het hof van beroep beslist tot slot dat de korte termijn bedoeld in artikel 1648 van het Burgerlijk Wetboek geëerbiedigd werd en

neemt daarbij in aanmerking dat het deskundigenonderzoek lang aansleepte en een minnelijke regeling ook kort nadien niet uitgesloten was.

"Het moet worden aangenomen dat de korte termijn verlengd werd tijdens de expertisewerkzaamheden en dat gedurende de gans loop ervan een minnelijke regeling niet kon worden uitgesloten en zo ook niet gedurende enige tijd na afloop ervan. In de gegeven omstandigheden heeft het uitbrengen van de dagvaardingen ten gronde op 20 april 1976 resp. op 17 en 18 augustus 1993, geleid op de lopende expertise, waarbij alle partijen betrokken waren, en de discussies tussen partijen, het onderzoek naar de oorsprong van de gebreken en de staat van het goed bij de levering in generlei mate in gedrang gebracht, zodat moet worden aangenomen dat de (vrijwaring)vorderingen ten gronde tijdig werden ingesteld" (p. 33 en 34, nr. 2.5.4, i.h.b. p. 34, in fine van het arrest).

#### Grieven

##### Eerste onderdeel

Schending van de artikelen 1134, 1135, 1137, 1142, 1147 tot 1151 en 1641 tot 1648 van het Burgerlijk Wetboek

1. Eiseres betwistte in voorliggend geval dat verweerster haar op grond van de regels inzake verborgen gebreken bij koop rechtstreeks kon aanspreken. Zij benadrukte dat tussen haar en eerste en tweede partij in gemeenverklaring een aannemingsovereenkomst was gesloten en dat zij niet de hoedanigheid van verkoper had (p. 10 van haar syntheseconclusie).

2. Volgens het hof van beroep is de aanneming tussen verweerster als bouwheer en eerste en tweede partij in gemeenverklaring als aannemers een 'res inter alios acta', voor eiseres als onderaannemer en kan eiseres op grond van de tienjarige aansprakelijkheid

niet worden aangesproken door verweerster (p. 30, nr. 2.4.4 van het arrest).

Het hof van beroep overweegt ook dat eiseres de gebrekkige glaspanelen aankocht bij de derde partij in gemeenverklaring, die ze fabriceerde, en dat eiseres die glaspanelen verwerkte in de door haar als onderaannemer uitgevoerde werken (p. 31, nr. 2.5.1 van het arrest).

Niettemin oordeelt het hof van beroep daarop dat eiseres door verweerster kan worden aangesproken op grond van de artikelen 1641 e.v. van het Burgerlijk Wetboek in zoverre aan de hierin voorgeschreven voorwaarden voldaan is (p. 31, nr. 2.5.1, laatste alinea van het arrest).

Die voorwaarden acht het hof vervuld: de glaspanelen zijn behept met een verborgen gebrek, eiseres bewijst niet dat het gebrek absoluut onnaspeurlijk was en de korte termijn werd bij het instellen van de vordering geëerbiedigd (p. 31, nr. 2.5.2 tot p. 34 van het arrest).

3. Aangenomen wordt dat de vrijwaringsvordering wegens verborgen gebreken niet alleen overgaat bij opeenvolgende koopovereenkomsten maar ook bij aanneming.

De opdrachtgever kan zich bijgevolg op grond van een kwalitatief recht ('accessorium sequitur principale') - de bijzaak volgt de hoofdzaak) tegen de leverancier van de aannemer richten.

Die bijkomende aanspraakmogelijkheid bestaat nochtans slechts tegen de verkoper van de aannemer aan wie de gebrekkige zaak geleverd werd.

Op de aannemer rusten alleen de bijzondere tienjarige aansprakelijkheid voor gebreken die de stevigheid van het gebouw in het gedrang brengen op grond van de artikelen 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek

en de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid voor verborgen maar lichte gebreken.

Die gemeenrechtelijke aansprakelijkheid van de aannemer dient uitsluitend op basis van de artikelen 1134, 1135, 1137, 1142 en 1147 tot 1151 van het Burgerlijk Wetboek te worden beoordeeld, waarbij de feitenrechter moet nagaan of de verweten wanprestatie berust op een middelen- dan wel resultaatverbintenis.

Er bestaat geen wettelijke garantie voor verborgen gebreken buiten die regels om.

De artikelen 1641 e.v. van het Burgerlijk Wetboek zijn op de aannemer niet van toepassing.

4. Het arrest, dat vaststelt dat eiseres onderaannemer was van eerste en tweede partij in gemeenverklaring en dat zij de aangekochte glaspanelen in de door haar als onderaannemer uitgevoerde werken verwerkte (p. 30, nr. 2.4.4 en p. 31, nr. 2.5.1 van het arrest), beslist niet wettig dat de regels inzake de vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop ten aanzien van eiseres gelden en dat die regels de vordering van verweerster tegen eiseres kunnen schragen.

De toepassing van de regels inzake de vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop miskent derhalve eiseres' hoedanigheid van onderaannemer en de op haar rustende aansprakelijkheidsregels, beperkt tot de bijzondere tienjarige aansprakelijkheid voor gebreken die de stevigheid van het gebouw in het gedrang brengen (schending van de artikelen 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek) en de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid voor verborgen gebreken (schending van de artikelen 1134, 1135, 1137, 1142, 1147 tot 1151 van het Burgerlijk Wetboek).

Tevens past het arrest onwettig de artikelen 1641 e.v. van het Burgerlijk Wetboek op

eiseres toe (schending van de artikelen 1641 tot 1648 van het Burgerlijk Wetboek), in het bijzonder het vermoeden van kennis van de verborgen gebreken dat alleen op de beroepsverkoper van toepassing is (schending van de artikelen 1641, 1643, 1645 en 1646 van het Burgerlijk Wetboek) en de korte termijn voor de vordering tot vrijwaring wegens verborgen gebreken bij koop (schending van artikel 1648 van het Burgerlijk Wetboek).

Tweede onderdeel

(...)

## II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

### Zaak C.10.0464.N

Middel

Eerste onderdeel

2. Krachtens artikel 1641 Burgerlijk Wetboek is de verkoper gehouden tot vrijwaring voor de verborgen gebreken van de verkochte zaak, die deze ongeschikt maken tot het gebruik waartoe men ze bestemt, of die dit gebruik zodanig verminderen dat de koper, indien hij de gebreken gekend had, de zaak niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht.

Krachtens artikel 1648 Burgerlijk Wetboek moet de rechtvordering op grond van koopvernietigende gebreken door de koper worden ingesteld binnen een korte tijd, al naar de aard van de koopvernietigende gebreken en de gebruiken van de plaats waar de koop gesloten is.

3. Het recht op vrijwaring dat de eerste koper bezit tegen zijn verkoper, is een toebehoren van de zaak dat samen met de zaak

wordt doorverkocht aan de opeenvolgende kopers. De omstandigheid dat de gebrekkige zaak door een aannemer is geleverd aan zijn opdrachtgever, ontslaat de opeenvolgende verkopers niet van hun vrijwaringsplicht tegenover deze eindgebruiker.

Dit houdt evenwel niet in dat de artikelen 1641 en volgende Burgerlijk Wetboek toepassing vinden in de onderlinge verhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer of nog tussen de opdrachtgever en een onderaannemer.

4. De appelrechters stellen vast dat:

- de eerste en tweede in bindendverklaring opgeroepen partijen als aannemers een kantoorgebouw hebben opgericht te Antwerpen in opdracht van de rechtsvoorganger van de verweerster, de Belgische Staat;
- de eerste en tweede in bindendverklaring opgeroepen partijen de levering en de plaatsing van de glaspanelen in onderaanneming toevertrouwd aan eiseres, die zelf de glaspanelen kocht van de derde in bindendverklaring opgeroepen partij.

5. Door vervolgens te oordelen dat de verweerster als opdrachtgever de eiseres, onderaannemer van de eerste en tweede in bindendverklaring opgeroepen partijen, vermocht aan te spreken op grond van de artikelen 1641 en volgende Burgerlijk Wetboek, verantwoordden de appelrechters hun beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

(...)

### in de zaak C. 10.0464.N

Vernietigt het bestreden arrest, in zoverre het de eiseres hoofdelijk met de derde in bindendverklaring opgeroepen partij en in solidum met de eerste en de tweede in bindendverklaring opgeroepen partijen veroordeelt tot het betalen aan de verweer-

ster van 412.788,06 euro, vermeerderd met kosten van de gerechtelijke expertise, de compensatoire en gerechtelijke rente, en de kosten van beide aanleg.

(...)

\*  
\*\*

## Observations

### L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : la porte reste ouverte<sup>1</sup>

1. Les faits qui ont donné lieu à l'arrêt commenté sont les suivants : l'État belge, pré-décèsseur de la Régie des bâtiments<sup>2</sup>, avait contracté avec deux entrepreneurs réunis en société momentanée pour la réalisation d'un immeuble de bureau à Anvers. Dans le cadre de ce projet de construction, les deux entrepreneurs ont confié la livraison et l'installation de panneaux de verre en sous-traitance à la S.A. Bombardier Transportation Belgium (à l'époque S.A. La Brugeoise & Nivelles), laquelle a elle-même acheté les panneaux de verre à la S.A. AGC Flat Glass Europe (à l'époque S.A. Glaverbel).

Des cassures sont ensuite apparues dans une série de ces panneaux. La Régie des bâtiments décida alors de poursuivre en réparation les entrepreneurs concernés, lesquels à leur tour appelèrent en garantie le sous-traitant et le fabricant des panneaux.

Alors que l'action principale, et par conséquent les demandes en intervention et garantie, ont été rejetées en première instance, la Cour d'appel d'Anvers les a considérées fondées, par un arrêt du 12 janvier 2010.

Estimant que les cassures étaient dues à un vice intrinsèque aux panneaux et que le vice en question affectait la solidité d'une partie importante et essentielle de la construction (les façades), la cour a estimé que les entrepreneurs étaient tenus au titre de la responsabilité décennale.

1 Nous tenons à remercier vivement François GLANSORFF et Baudouin VAN LIEDE pour leurs observations et suggestions à propos de cette note, lesquelles ont permis d'alimenter la réflexion et de peaufiner le raisonnement. Un merci tout particulier également à Isabelle EXERMAN et Baudouin VAN LIEDE (à nouveau) pour nous avoir offert cette tribune.

2 Les faits de la cause remontent avant la fondation de la Régie des bâtiments, créée par une loi du 1<sup>er</sup> avril 1971 (M.B. 27 mai 1971, p. 6795).

À défaut pour le sous-traitant d'avoir contracté directement avec le maître de l'ouvrage, il ne pouvait par contre être mis en cause par ce dernier sur la base des articles 1792 et 2270 du Code civil<sup>3</sup>. En revanche, la cour d'appel estime que :

« Het recht op vrijwaring dat de eerste koper bezit tegen zijn verkoper is een toebehooren van de zaak dat samen met de zaak wordt doorverkocht aan de opeenvolgende kopers. De omstandigheid dat de gebrekkige zaak door een aannemer is geleverd aan zijn opdrachtgever in het raam van een aannemingsovereenkomst ontslaat de oorspronkelijke verkoper niet van zijn vrijwaringplicht tegenover deze eindgebruiker. De opdrachtgever heeft, zoals een onderverkrijger, alle rechten en vorderingen verbonden met de zaak die aan de oorspronkelijke verkoper toebehoorde. »

La cour reprend ainsi mot pour mot l'enseignement tiré de l'arrêt du 18 mai 2006 de la Cour de cassation, suivant lequel l'action en garantie contre le vendeur originaire est transmise au maître de l'ouvrage<sup>4</sup>. À la suite de quoi, elle ajoute que le maître de l'ouvrage peut agir contre le sous-traitant et le fabricant des panneaux sur pied des articles 1641 et suivants du Code civil, dans la mesure où il est satisfait aux conditions que ces dispositions prévoient, ce qui, à l'estime de la cour, est le cas en l'espèce.

2. C'est ce point en particulier de l'arrêt qui va être critiqué par le sous-traitant. Celui-ci introduit en effet un pourvoi dans lequel il fait valoir qu'en sa qualité de sous-traitant, les règles de responsabilité qui lui incombent sont limitées à la responsabilité décennale des articles 1792 et 2270 du Code civil<sup>5</sup> et à la responsabilité de droit commun à raison des vices cachés. En le soumettant au régime de responsabilité prévu par les articles 1641 et suivants du Code civil, lequel est particulier à la vente et ne s'applique donc pas à l'entreprise, la cour d'appel méconnaît sa qualité de sous-traitant. Il y a donc violation des dispositions relatives à la responsabilité de droit commun et à la garantie des vices cachés en matière de vente.

La Cour de cassation va accueillir le moyen. Ainsi, elle énonce que :

« Het recht op vrijwaring dat de eerste koper bezit tegen zijn verkoper, is een toebehooren van de zaak dat samen met de zaak wordt doorverkocht aan de opeenvolgende kopers. De omstandigheid dat de gebrekkige zaak door een aan-

3 « De aannemingsovereenkomst tussen appellante enerzijds en eerste en tweede geïntimeerden anderzijds is een res. Inter alios acta voor de onderaannemer, derde geïntimeerde, die derhalve door de bouwheer niet kan worden aangesproken op basis van de artikelen 1792 en 2270 B. W. »

4 Cass., 18 mai 2006, concl. av. gén. G. DUBRULLE, R.W., 2007-2008, p. 147, note N. CARETTE, « Rechtstreekse contractuele aanspraak voor de opdrachtgever tegen de leverancier van zijn aannemer », T.B.O., 2006, p. 128, note W. GOOSSENS, « De contractuele vordering in het kader van een koopovereenkomst gaat als kwalitatief recht over op de opdrachtgever van de koper/aannemer van werk », NJW, 2006, p. 608, note K. VANHOVE. Voy. aussi F. GLANSDORFF, « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'armice d'une solution ? », in X. Liber amicorum Jean-Luc Fagnart, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, pp. 545 et s., spéc. pp. 549 et s., nos 5 et s.; M.-P. NOËL, « La transmission du droit à la garantie des vices cachés de l'entrepreneur au maître de l'ouvrage - Commentaire de l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 18 mai 2006 », R.G.D.C., 2009, p. 86. Voy. également notre étude, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », J.T., 2009, p. 765.

5 Le sous-traitant, en tant qu'il est entrepreneur pour la partie de l'ouvrage qu'il réalise, est en effet tenu à la responsabilité décennale à l'égard de l'entrepreneur principal. Voy. Cass., 5 mai 1967, Pas., 1967, I, p. 1046; Cass., 11 avril 1986, Pas., 1986, I, p. 983. Certains déduisent par contre de ces arrêts que le sous-traitant n'est pas tenu de garantir le maître de l'ouvrage. Voy. notamment Bruxelles, 28 octobre 1987, J.T., 1988, p. 665, obs. F. GLANSDORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », J.L.M.B., 1988, p. 312, obs. P. RIGAUX, « À propos du concours de responsabilités ».

nemer is geleverd aan zijn opdrachtgever, ontslaat de opeenvolgende verkopers niet van hun vrijwaringplicht tegenover deze eindgebruiker.

Dit houdt evenwel niet in dat de artikelen 1641 en volgende Burgerlijk Wetboek toepassing vinden in de onderlinge verhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer of nog tussen de opdrachtgever en een onderaannemer.

(...)

Door vervolgens te oordelen dat de verweerster als opdrachtgever de eiseres, onderaannemer van de eerste en tweede in bindendverklaring opgeroepen partijen, vermocht aan te spreken op grond van de artikelen 1641 en volgende Burgerlijk Wetboek, verantwoordden de appel rechters hun beslissing niet. »

La Cour casse donc l'arrêt de la cour d'appel.

Comme nous allons le voir, la portée de l'arrêt est incertaine, et si l'on peut retrouver quelque confirmation d'une jurisprudence antérieure, d'autres éléments ne manquent pas de susciter des interrogations. Par ailleurs, cet arrêt nous offre un prétexte pour revenir sur la question de la possibilité d'une action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. Car si la décision ne traite pas directement de la question, elle constitue tout de même un élément du cadre général dans lequel elle s'inscrit.

#### ■ Confirmation de la transmission des actions en garantie par application de la règle *accessorium sequitur principale*

3. Le premier enseignement que l'on peut retirer de cette affaire est la confirmation de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006 et de la justification tirée de la règle *accessorium sequitur principale* s'agissant de la transmission des actions en garantie aux acquéreurs successifs d'un bien, sans distinction selon que l'acquisition intervienne à la suite d'un contrat de vente ou d'entreprise. Pour rappel, dans son arrêt précité et dont l'enseignement a été repris *in extenso* par l'arrêt de la cour d'appel dans cette affaire (voy. supra), la Cour s'était départie de l'article 1615 du Code civil<sup>6</sup>, propre à la vente, pour admettre qu'une action en garantie à l'encontre d'un fournisseur puisse être transmise par un entrepreneur au maître de l'ouvrage. En abandonnant le recours à cette disposition, la Cour aurait entendu se référer au principe plus général dont elle ne serait qu'une application, à savoir la règle *accessorium sequitur principale*<sup>7</sup>.

Avant d'autres, nous avons critiqué cette solution<sup>8</sup>.

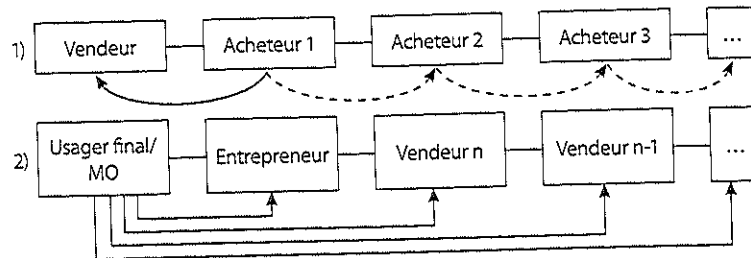
Toujours est-il qu'il semble qu'il faille voir dans cet arrêt une confirmation de la jurisprudence antérieure, quoique suivant une formule étrange. En effet, alors que dans son arrêt de 2006, elle identifiait clairement le vendeur initial comme débiteur de la garantie à

6 « L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel. »

7 En ce sens, N. CARETTE, *op. cit.*, p. 150, n° 7.

8 Voy. notre étude précitée (note 2), spéc. pp. 769-770, n° 14 et les réf. citées notes 77-82, pp. 771-772, nos 18-20.

l'égard de l'acquéreur final, indépendamment du fait que l'acquisition soit intervenue au terme d'un contrat d'entreprise<sup>9</sup>, elle envisage ici dans un même attendu l'aspect actif et l'aspect passif de la garantie. Par ailleurs, elle ne considère plus uniquement le seul vendeur initial, mais envisage les vendeurs successifs. Ce faisant, elle considère donc deux règles que l'on peut schématiser comme suit :



Le schéma sous 1) traduit la règle suivante : « Le droit à garantie de l'acquéreur initial à l'égard du vendeur constitue un accessoire de la chose qui est vendu avec la chose aux acheteurs successifs »<sup>10</sup>. L'acheteur 1 dispose donc d'un droit à garantie contre le vendeur (flèche pleine) qu'il transmet à l'acheteur 2 (flèche pointillée), lequel le transmet à l'acheteur 3, et ainsi de suite. Cette transmission intervient à titre d'accessoire. Il s'agit donc là de la règle posée en matière de ventes successives par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 décembre 1980<sup>11</sup>, rappelée par la Cour dans son arrêt de 2006.

Le schéma sous 2) traduit la règle suivante : « La circonstance que la chose viciée est livrée par un entrepreneur ne dispense pas les vendeurs successifs de leur obligation de garantie à l'égard de cet usager final »<sup>12</sup>. Au-delà de l'obligation contractuelle de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage, qui est par ailleurs l'usager final, sont débiteurs d'une obligation de garantie à l'égard de cet usager final le vendeur n chez qui l'entrepreneur avait acheté la chose, le vendeur n-1 chez qui le vendeur n avait acheté la chose, et ainsi de suite jusqu'au vendeur initial. La règle est donc en réalité double. Premièrement, tout vendeur est tenu de garantir l'acquéreur final d'une chose. Deuxièmement, il importe peu que dans la chaîne des acquisitions successives, l'une d'elles soit le fait d'un contrat d'entreprise.

En somme, on voit que la règle sous 1) vient justifier la première des règles sous 2). Si tout vendeur est tenu de garantir l'usager final, c'est parce que ce dernier reçoit à titre d'accessoire de la chose l'ensemble des actions en garantie correspondant à chacune des obligations de garantie nées dans le chef de chacun des vendeurs intervenant dans la chaîne translatrice de propriété. En effet, l'usager final, en droit positif, ne dispose pas

<sup>9</sup> « Het recht op vrijwaring dat de eerste koper bezit tegen zijn verkoper, is een toebehoren van de zaak dat samen met de zaak wordt doorverkocht aan de opeenvolgende kopers. De omstandigheid dat de gebrekkige zaak door een aannemer is geleverd aan zijn opdrachtgever in het raam van een aannemingsovereenkomst, ontslaat de oorspronkelijke verkoper niet van zijn vrijwaringplicht tegenover deze eindgebruiker. »

<sup>10</sup> Traduction de l'arrêt disponible sur Juridat.

<sup>11</sup> *Pas.*, 1981, I, p. 398.

<sup>12</sup> Traduction de l'arrêt disponible sur Juridat. Nous avons toutefois opéré une modification qui n'est pas anodine, puisque l'on parle non pas de « l'usager final » mais de « cet usager final ». Celle-ci nous paraît plus conforme au texte original (« deze eindgebruiker »).

d'une action directe contre les vendeurs situés au-delà de son cocontractant direct dans la chaîne translatrice de propriété, sauf dans des cas circonscrits tels qu'en matière de responsabilité du fait des produits défectueux<sup>13</sup>. C'est donc bien la règle de l'accessoire (règle sous 1)) qui vient fonder l'assertion suivant laquelle l'usager final est garanti par chacun des vendeurs successifs (première règle sous 2)).

La règle sous 1) n'a cependant que peu à voir avec la seconde règle sous 2). En effet, telle que formulée, la règle sous 1) vise uniquement le cas de la vente, puisqu'il est question de « chose vendue » et d'« acheteur ». Si l'on veut justifier que l'usager final, en l'occurrence le maître de l'ouvrage, qui a acquis la chose via un contrat d'entreprise, puisse agir à l'encontre des vendeurs successifs, il faut alors entendre largement les termes « chose vendue » comme visant la « chose livrée » (ce qui est précisément le cas dans la formulation sous 2)), l'« acheteur » comme visant également le maître de l'ouvrage, mais aussi alors le « vendeur » comme visant également l'entrepreneur. Aussi, l'entrepreneur, en tant que « vendeur », transmet avec la chose livrée (« vendue ») les droits et actions qui en sont l'accessoire.

Ainsi, même si la formulation est peu orthodoxe, on peut voir dans cet arrêt une confirmation de l'analyse que la doctrine néerlandophone faisait de l'arrêt de 2006 et du principe qu'il posait : « de automatische overgang van accessoire rechten geldt bij eigendomsverrijging onder bijzondere titel »<sup>14</sup>.

#### Non-application des articles 1641 et suivants du Code civil en matière d'entreprise

4. L'arrêt pose une troisième règle importante, à savoir la non-application des articles 1641 et suivants du Code civil dans les rapports entre maître de l'ouvrage et entrepreneur et entre maître de l'ouvrage et sous-traitant.

En somme, cela n'a rien d'étonnant, dès lors que les articles 1641 et suivants du Code civil relèvent du régime de la vente et nullement du régime du contrat d'entreprise. D'autant que ces dispositions sont exorbitantes du droit commun, dès lors qu'elles font peser sur le vendeur une obligation de garantie des vices cachés, à laquelle s'attache en outre, pour le vendeur professionnel, une présomption de connaissance de ces vices cachés<sup>15</sup>.

En posant clairement cette règle, la Cour vient utilement préciser la portée de son arrêt de 2006 précité. En effet, dans les circonstances propres à cette espèce, le vendeur dont la responsabilité avait pu être recherchée sur pied de l'article 1641 du Code civil était en réalité un sous-traitant doublé de la qualité de fournisseur de matériaux<sup>16</sup>. Nous avions pour

<sup>13</sup> Sur la responsabilité du fait des produits défectueux, voy. A. DELEU, « La responsabilité du fait des produits défectueux », in *Vente - Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, feuil. mob., I, 6-50 et s. (mise à jour 1<sup>er</sup> octobre 2007).

<sup>14</sup> « La transmission automatique des droits accessoires vaut pour chaque transfert de propriété à titre particulier » (traduction libre), N. CARETTE, op. cit., p. 150, n° 8. En ce sens également, M.-P. NOËL, op. cit., p. 90, n° 12.

<sup>15</sup> Voy. C. ALTER et R. THUNGEN, « Les obligations du vendeur », in *Vente - Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, feuil. mob., I, 6-18.27 et s. (mise à jour 1<sup>er</sup> octobre 2007). Voy. également C. JASSOGNE, « La mauvalaise foi du professionnel », *R.G.D.C.*, 2011, p. 106.

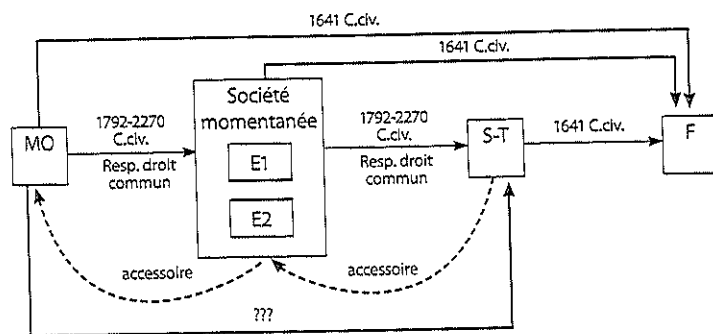
<sup>16</sup> Ainsi que le souligne F. GLANSORFF, in « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amorce d'une solution ? », op. cit., p. 554, n° 7.

notre part insisté sur le fait que tant la Cour que son avocat général semblaient mettre l'accent sur l'aspect vente afin de justifier la solution<sup>17</sup>. L'arrêt commenté paraît ajouter quelque crédit à cette lecture. Si la Cour admet que le sous-traitant fournisseur peut être mis en cause par le maître de l'ouvrage, c'est donc bien en tant qu'il est un vendeur et non un entrepreneur au sens du Code civil.

Aussi, si d'aucuns avaient déjà pu souligner que la distinction entre contrat de vente et d'entreprise apparaît floue, en raison du caractère mixte qui caractérise souvent ces deux contrats<sup>18</sup>, on voit ici que l'un ne se fonde pas dans l'autre pour autant. Ainsi, si ce caractère mixte a pu justifier dans certains cas que la distinction entre les deux s'estompe, s'agissant de leur régime juridique<sup>19</sup>, il ne s'agit pas là d'une règle générale, de sorte que les deux contrats demeurent soumis à un régime propre. À tout le moins s'agissant de la garantie des vices cachés<sup>20</sup>.

### La vraie question : les rapports entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant

5. Confirmation de la règle de l'accessoire, inapplication des articles 1641 et suivants en matière d'entreprise : tout cela n'est ni surprenant, ni révolutionnaire. Si l'on considère la situation factuelle sous-jacente, on peut schématiser les enseignements tirés de cet arrêt comme suit :



Le maître de l'ouvrage (MO) dispose à l'encontre de chacun des deux entrepreneurs, réunis dans le cadre d'une société momentanée, des actions en responsabilité décennale

17 Voy. notre étude précitée, p. 767, n° 8, note 27.

18 Voy. notamment F. BALLON, « Relations maître de l'ouvrage/sous-traitant », *La sous-traitance*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 81.

19 On a d'ailleurs relevé qu'il s'agissait là d'un des arguments avancés par l'avocat général G. DUBRILLE pour aboutir à la solution du 18 mai 2006 : « *Koop en aanneming vertonen meer dan vroeger een gemengd karakter. (...) Aldus moet de bouwheer over dezelfde met de zaak verbonden rechten en vorderingen als de koper-aannemer kunnen beschikken.* »

20 Si s'agissant du décal pour intenter l'action, on peut considérer que la différence de régime entre celui de la vente pour les vices cachés et celui de l'entreprise pour les vices cachés vénériels apparaît théorique (P.-A. FORTIERS, « Les obligations de l'entrepreneur : les sanctions de l'inexécution », in M. VANWUJCK-ALEXANDRE (éd.), *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Liège, formation permanente CUP, 2003, pp. 25-26, n° 15), il n'en va pas de même au niveau de l'obligation qui pèse respectivement sur le vendeur et sur l'entrepreneur. La responsabilité pour les vices cachés vénériels est en effet à base de faute, il ne s'agit pas d'une garantie comme celle prévue par les articles 1641 et suivants du Code civil, voy. C. BURETTE et B. KOHL, « Responsabilité des intervenants à l'acte de construire postérieurement à la réception », in M. DUPONT (sous la dir. de), *Les obligations et les moyens d'action en droit de la construction*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 286, n° 60.

des articles 1792 et 2270 du Code civil ainsi que de l'action en responsabilité de droit commun à raison des vices cachés vénériels. Il dispose par ailleurs de l'action en garantie des vices cachés des articles 1641 et suivants du Code civil. Celle-ci appartenait initialement au sous-traitant (S-T) et découlait du contrat de vente liant ce dernier au fabricant (F). Par application de la théorie de l'accessoire, laquelle suivant la jurisprudence de la Cour (arrêts de 2006 et 2011) s'applique aussi en matière d'entreprise, cette action en garantie a été transmise aux deux entrepreneurs, lesquels l'ont ensuite, toujours en application de cette jurisprudence, transmise au maître de l'ouvrage. Sur pied des articles 1641 et suivants du Code civil donc, seul le fabricant peut être mis en cause, et uniquement par le maître de l'ouvrage.

Mais la véritable question qui se pose dans cet arrêt concerne les rapports entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. L'arrêt apporte une réponse : aucune action fondée sur les articles 1641 et suivants du Code civil à l'encontre du sous-traitant ne naît dans le chef du maître de l'ouvrage, ni ne lui est transmise. La solution est évidente, il s'agit d'une disposition propre au régime de la vente (voy. *supra*). Par contre, l'arrêt ne traite pas de la question du sort des actions dont disposent les deux entrepreneurs (responsabilité décennale et responsabilité pour les vices cachés vénériels). Sont-elles également transmises à titre d'accessoire de la chose au maître de l'ouvrage ? Le maître de l'ouvrage dispose-t-il d'un droit d'action à l'encontre du sous-traitant ?

6. On sait que, malgré les critiques portées à l'adresse de cette situation<sup>21</sup>, il est généralement admis que le maître de l'ouvrage ne peut agir contractuellement à l'encontre du sous-traitant, dans la mesure où ils sont tiers entre eux, ce par application du principe de la relativité des conventions (article 1165 du Code civil)<sup>22</sup>. La Cour d'arbitrage (aujourd'hui Cour constitutionnelle), saisie de la question de savoir si l'article 1798 du Code civil, en ce qu'il « *accorde au sous-traitant une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage,] ne [créerait]-il pas une discrimination inconstitutionnelle (articles 10 et 11 de la Constitution) envers le maître de l'ouvrage qui ne dispose pas de pareils recours à l'encontre du sous-traitant* », avait d'ailleurs répondu par la négative, dans un arrêt du 28 juin 2006<sup>23</sup>.

Par ailleurs, la Cour de cassation a posé dans son arrêt du 7 décembre 1973 des conditions qui entravent largement la possibilité d'agir sur une base quasi délictuelle à l'encontre de

21 Voy. par exemple Liège, 7 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 296, obs. B. LOUVEAUX : « (...) Il serait sans doute souhaitable que, de lege ferenda, une telle action soit reconnue comme l'a été, par la loi du 19 février 1990, celle accordée au sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage » ; Mons, 30 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 372, obs. B. LOUVEAUX, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant » ; « (...) aussi insatisfaisante qu'elle apparaisse sur le plan de l'équité, eu égard notamment aux récentes modifications législatives apportées à l'article 1798 du Code civil, l'absence d'action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant est constatée par la jurisprudence et la doctrine dominantes, (...) ». Voy. également A. MEINERTZ-HAGEN-LIMPENS, obs. sous Cass., 7 décembre 1973, *Entr. et Dr.*, 1975, p. 198, n° 31 ; E. MONTERO, « La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage », *R.G.A.R.*, 1989, n° 11445, n° 22 ; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, F. POTTER, *Le contrat d'entreprise - Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Bruxelles, Larcier, 2001, coll. Les dossiers du *J.T.*, n° 29, p. 285, n° 340 ; J.-P. VERGAUVE, « Action directe dans le droit de la construction », *Entr. et Dr.*, 1998, p. 229 ; F. BALLON, *op. cit.*, p. 102 ; B. LOUVEAUX, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », *op. cit.*, p. 298, n° 1-2 ; M.-P. NOËL, *op. cit.*, pp. 93-94, n° 16.

22 Voy. notamment Cass., 15 septembre 1977, *R.C.J.B.*, 1978, p. 426, note R.O. DALCA et F. GLANSDORFF, « Prohibition du concours des responsabilités et irresponsabilité des préposés et agents d'exécution » ; Cass., 13 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1022.

23 C.A., 28 juin 2006, arrêt n° 111/2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 287, note O. JAUNIAUX, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : les convoyeurs attendent toujours », *Entr. et Dr.*, 2006, p. 334, note B. KOHL, « Actions du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : le débat n'est pas clos », *J.L.M.B.*, 2007, p. 184, obs. E. MONTERO, « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. »

l'agent d'exécution<sup>24</sup>. Cette jurisprudence a été confirmée – et affinée – de multiples reprises depuis lors<sup>25</sup>.

La combinaison du principe de relativité avec cette jurisprudence de la Cour conduit à une véritable « immunité des agents d'exécution » dont bon nombre d'auteurs ont dénoncé le caractère inique<sup>26</sup>.

Plusieurs se sont essayés à trouver une solution à ce problème, sans véritable succès cependant<sup>27</sup>. Nous-même avons tenté d'avancer une solution, laquelle a cependant également été critiquée<sup>28</sup>. Nous reviendrons ultérieurement sur celle-ci et les critiques à son encontre.

L'arrêt commenté offre-t-il de nouvelles perspectives méritant que l'on s'y arrête quelques instants? Nous avons la faiblesse de le penser.

7. Nous avons déjà proposé une interprétation extensive de l'arrêt de 2006, que nous avons cependant exclue pour préférer investiguer d'autres voies, considérant que cette interprétation était par trop contraire au principe de la relativité des conventions, et que l'on imaginait mal que la Cour de cassation ait entendu aller aussi loin, bien que le raisonnement envisagé nous paraissait cohérent dans le cadre restreint de l'arrêt. En substance, le raisonnement était le suivant.

Premièrement, au vu de sa motivation et des conclusions de son avocat général, il nous paraissait clair que la Cour avait entendu supprimer la différence entre contrat d'entreprise et contrat de vente, s'agissant de la transmission des actions liées à la chose : le transfert de propriété d'un bien devenait la condition nécessaire, mais suffisante, du transfert automatique des droits qui y sont attachés.

Deuxièmement, étant donné qu'il est admis que 1) l'action en responsabilité décennale dont dispose le maître de l'ouvrage contre ses architecte et entrepreneur est transmise à l'acquéreur à titre d'accessoire<sup>29</sup>; que 2) le sous-traitant est tenu de la responsabilité décennale à l'égard de l'entrepreneur principal<sup>30</sup>; que 3) l'action en garantie contre le

24 *Pas.*, 1974, I, p. 378 : « Lorsqu'un contractant s'est substitué un préposé ou un agent pour exécuter une obligation contractuelle, la responsabilité de ce préposé ou de cet agent ne peut être engagée, sur le plan extracontractuel, que si la faute qui lui est imputée constitue la violation, non de l'obligation contractuelle, mais d'une obligation s'imposant à tous, et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat. »

25 Sur cette jurisprudence et son évolution (notamment s'agissant de la condition du dommage), voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHÉMI, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2009, coll. Les dossiers du J.T., n° 74, pp. 491 et s., n° 582 et s.

26 Voy. notamment R.O. DALCO et F. GLANSDORFF, « Responsabilité aquilienne et contrats », note sous Cass., 7 décembre 1973, *R.C.J.B.*, 1976, p. 27, n° 9; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *op. cit.*, p. 279, n° 338; E. MONTERO, *op. cit.*, n° 22; P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle à la lumière de la jurisprudence récente », *R.G.D.C.*, 1998, p. 95, n° 14.

27 Voy. notamment les auteurs cités à la note 22.

28 Voy. notre étude précitée. Pour une critique à l'égard de notre solution, voy. L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées », in B. KOHL (sous la dir. de), *Droit de la construction*, Liège, Anthémis, formation permanente CUR, 2011, spéc. pp. 158-159, n° 50; M. MASELUS, *Vorderingsmogelijkheden bij samenhangende overeenkomsten - Rechtsvergelijkende analyse met inbegrip van exoneratiebedingen*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 125-128, n° 148-151.

29 Cass., 8 juillet 1886, concl. av. gén. MIESDACH DE TER KIELE, *Pas.*, I, 1886, p. 300; Cass., 29 février 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 587, R.A.B.G., 2010, p. 665, note E. DE BAERE.

30 Cass., 5 mai 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 1046; voy. aussi Cass., 11 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 983.

vendeur est transmise à titre d'accessoire de la chose, sans qu'il importe que la transmission intervienne dans le cadre d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise<sup>31</sup>, l'on pourrait considérer que l'action en responsabilité décennale de l'entrepreneur contre le sous-traitant est transmise à titre d'accessoire de la chose au maître de l'ouvrage.

Troisièmement, puisque la Cour, dans son arrêt de 2006, s'exprimait en termes généraux en visant « tous les droits et actions liés à la chose qui appartenait à l'acheteur initial », l'on pouvait aisément étendre le raisonnement exposé au paragraphe précédent à d'autres droits et actions pouvant être considérés comme liés à la chose, et notamment l'action en responsabilité du fait des vices cachés véniels. Le tribunal de commerce de Gand en a d'ailleurs décidé ainsi à propos de cette dernière<sup>32</sup>. Ce faisant, l'on parvenait donc à fonder une action contractuelle directe contre le sous-traitant<sup>33</sup>.

B. KOHL avait estimé en son temps qu'aucune interprétation extensive de l'arrêt de 2006 n'apparaissait possible<sup>34</sup>. D'autres ultérieurement, et c'est notre opinion également, ont par contre prudemment émis l'idée que la Cour avait peut-être, par cet arrêt, « (entr)ouvert la porte à une future reconnaissance prétorienne d'une action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant »<sup>35</sup>.

L'arrêt du 25 septembre 2011 offre une indication de plus en ce sens.

8. Nous avons souligné la formulation peu orthodoxe employée par la Cour dans son attendu de principe (voy. *supra*). En quelque sorte, c'est du moins une lecture possible, elle entend largement le terme « vendeur » comme visant également l'entrepreneur s'agissant de la transmission à titre accessoire des actions liées à la chose. Dans le même temps, elle indique que les « vendeurs successifs » sont tenus de garantir l'usager final. Ne faudrait-il pas alors considérer que l'entrepreneur, en tant que « vendeur », est lui aussi tenu à garantie? Non, nous dit la Cour, car « [c]ela n'implique toutefois pas que les articles 1641 et suivants du Code civil s'appliquent au rapport entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur ou encore entre le maître de l'ouvrage et un sous-traitant ». Mais là encore, la formule est sibylline. La Cour aurait en effet pu se contenter d'énoncer que la garantie des vices cachés des articles 1641 et s. du Code civil est étrangère au contrat d'entreprise. Mais non. En plus de cela, elle dit que le maître de l'ouvrage ne peut poursuivre le sous-traitant sur pied des articles 1641 du Code civil. *A contrario*, cela signifie-t-il que le maître de l'ouvrage pourrait le poursuivre sur une autre base juridique?

L'on ne voudrait déduire d'enseignements du silence de la Cour, sous peine de nous voir taxer de « mauvais lecteur »<sup>36</sup>. Mais l'on ne peut s'empêcher de relever qu'à l'appui

31 Cass. 18 mai 2006, concl. av. gén. G. DUBRULLE, *R.W.*, 2007-2008, p. 147, note N. CARETTE, T.B.O., 2006, p. 128, note W. GOOSSENS, *N.J.W.*, 2006, p. 608, note K. VANHOVE.

32 Comm. Gand, 13 janvier 2004, *T.G.R.*, 2004, p. 319.

33 Voy. notre étude, p. 768, n° 9.

34 B. KOHL, « Actions du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : le débat n'est pas clos », *op. cit.*, p. 336, n° 4 : « (...) la Cour de cassation ne s'est prononcée que sur la question de la transmission des actions issues du contrat de vente conclu entre l'entrepreneur et son fournisseur (...) une interprétation extensive de cet arrêt (...) paraîtrait inconciliable avec les limites énoncées dans celui-ci ». Voy. encore B. KOHL, « Le contrat d'entreprise - Chronique de jurisprudence (Cours suprêmes) », in *Droit de la construction*, *op. cit.*, p. 222, n° 29.

35 L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, p. 155, n° 49, note 106.

36 L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, p. 155, n° 49, note 106.



du pourvoi étaient invoquées, outre les dispositions relatives à la garantie des vices (articles 1641 à 1648 du Code civil), celles qui ont trait à la responsabilité contractuelle de droit commun (articles 1134, 1135, 1137, 1142 et 1147 à 1151 du Code civil). La Cour aurait pu condamner sur cette base toute possibilité d'action du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant, en rappelant que la responsabilité contractuelle est cantonnée aux relations entre parties contractantes<sup>37</sup>, ce que nos deux protagonistes ne sont pas. Certes, pour susciter cette réaction de la Cour, on eût utilement soulevé la violation de l'article 1165 du Code civil (principe de la relativité des conventions)<sup>38</sup>. Certes, le moyen n'invoquait pas véritablement l'argument, préférant rappeler la nature des responsabilités de l'entrepreneur (décennale et des vices cachés véniels) plutôt que l'identité de leur créancier (son cocontractant direct). Certes, la Cour n'est pas « (...) le censeur d'une légalité objective, dont elle poursuivrait l'accomplissement "dans l'intérêt même de la loi" »<sup>39</sup>. Mais toujours est-il que l'on est en droit de se demander si, du fait de la présence au visa du moyen des dispositions relatives à la responsabilité contractuelle, la Cour n'aurait pas pu fermer la porte à toute action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. Elle s'en est gardée.

En définitive, seule une chose nous paraît claire : la portée de la cassation est limitée à l'application qu'a faite le juge en matière d'entreprise de l'article 1641 du Code civil<sup>40</sup>. Cela ne fait aucun doute si l'on s'en tient aux propos du président de section émérite à la Cour de cassation C. Parmentier dans son récent ouvrage consacré à la technique de cassation :

« (...) lorsqu'un moyen invoque la violation de plusieurs dispositions légales et que la Cour n'en retient qu'une pour déclarer le moyen fondé, elle ne se prononce pas sur le sort qui pourrait être réservé aux autres dispositions invoquées. Il suffit que le moyen soit fondé en raison de la violation d'une seule disposition légale. »<sup>41</sup>

La porte reste donc ouverte à l'action directe<sup>42</sup>.

37 Comme elle l'a précisé dans deux arrêts du 15 septembre 1977 (R.C.J.B., 1978, p. 426, note R.O. DALCO et F. GLANSORFF, « Prohibition du concours des responsabilités et irresponsabilités des préposés et agents d'exécution ») et du 13 avril 1984 (Pas., 1984, I, p. 1022).

38 On relèvera d'ailleurs que les pourvois ayant donné lieu aux deux arrêts visés à la note précédente invoquaient tous deux la violation de l'article 1165 du Code civil.

39 F. RIGAUX, La nature du contrôle de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 141, no 85.

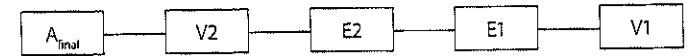
40 Sur la portée de la cassation en matière civile, voy. notamment A. MÉRUS, « L'étendue de la cassation en matière civile », note sous Cass., 18 mars 1983, R.C.J.B., 1986, spéc. pp. 264 et s., n° 5 et s.; Ph. GERARD et M. GREGOIRE, « Introduction à la méthode de la Cour de cassation », Rev. dr. U.L.B., 1999/20, spéc. pp. 159 et s.

41 C. PARMENTIER, Comprendre la technique de cassation, Bruxelles, Larcier, 2011, coll. J.L.M.B. Opus, n° 8, pp. 180-181, n° 165.

42 On peut cependant douter que le juge de renvoi puisse consacrer pareille action directe, toujours en raison des principes régissant la procédure en cassation. En effet, les dispositifs d'une décision, s'ils n'ont pas été attaqués par le pourvoi, subsistent et viennent limiter la saisine du juge de renvoi (voy. C. PARMENTIER, op. cit., p. 189, n° 174). Il existe certaines exceptions, notamment lorsqu'il existe un lien étroit entre le dispositif cassé et certains dispositifs non attaqués (voy. C. PARMENTIER, op. cit., p. 192, n° 178; Th. WERQUIN, concl. sous Cass., 14 mai 2004, Pas., 2004, n° 262, pp. 838-839). La cour d'appel ayant considéré le vice comme relevant de la responsabilité décennale (voy. supra), c'est sur cette seule base que l'entrepreneur pourrait éventuellement être condamné par la juridiction de renvoi (et non sur pied de la garantie des vices véniels). Cette même cour d'appel a cependant rappelé que le sous-traitant ne peut être actionné par le maître de l'ouvrage sur pied des articles 1792 et 2270 du Code civil (voy. supra). S'il est possible que dans l'esprit du juge, l'absence de responsabilité du sous-traitant sur cette base était compensée par la garantie qu'il faisait peser sur lui en application des articles 1641 et suivants du Code civil, on imagine mal qu'il s'agisse là du lien étroit entre les dispositifs au sens où l'entend la Cour de cassation. À nouveau donc, c'est l'immunité du sous-traitant qui triomphera dans la décision sur renvoi.

9. Par ailleurs, en replaçant l'arrêt dans un contexte plus général, on peut se demander si l'interprétation extensive que l'on proposait de l'arrêt de 2006 ne s'imposerait pas un peu plus et si elle ne pourrait pas être plaidée également pour cet arrêt de 2011.

La « chaîne » de contrats qui est à l'origine de l'arrêt commenté est schématiquement la suivante : Fournisseur (= Vendeur) – Sous-traitant (= Entrepreneur 1) – Entrepreneurs en société momentanée (= Entrepreneur 2) – Maître de l'ouvrage. Afin d'envisager le contexte plus général dans lequel s'insère cette situation, ajoutons maintenant un acteur en imaginant que le maître de l'ouvrage (ici en bout de chaîne) revende le bien. Nous avons alors la chaîne suivante : Vendeur 1 – Entrepreneur 1 – Entrepreneur 2 – Vendeur 2 (= Maître de l'ouvrage) – Acheteur final.



Appliquons maintenant à cette situation les dispositions légales et l'interprétation qu'en fait la Cour de cassation.

Envisageons d'abord chacun des contrats de manière isolée, occultant le fait qu'ils sont imbriqués dans une chaîne, et donc sans application de la théorie de l'accessoire :

- le Vendeur 1 est tenu sur pied de la responsabilité de droit commun et des articles 1641 et suivants du Code civil à l'égard de l'Entrepreneur 1 ;
- l'Entrepreneur 1 (lequel par hypothèse ne fournit que son travail et aucun matériau) est tenu sur pied de la responsabilité de droit commun à l'égard de l'Entrepreneur 2. Il est également tenu sur pied de la responsabilité décennale (Cass., 1967<sup>43</sup>) ;
- l'Entrepreneur 2 est tenu sur pied de la responsabilité de droit commun et de la responsabilité décennale à l'égard du Vendeur 2 ;
- le Vendeur 2 est tenu sur pied de la responsabilité de droit commun et des articles 1641 et suivants du Code civil à l'égard de l'Acheteur final.

Considérons maintenant la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de transmission à titre accessoire des droits et actions liés à la chose :

- l'action sur pied des articles 1641 et suivants du Code civil de l'Entrepreneur 1 contre le Vendeur 1 est transmise à titre accessoire, peu importe que la transmission soit le fait d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise (Cass., 2006<sup>44</sup> et 2011<sup>45</sup>)<sup>46</sup> ;
- l'action en responsabilité décennale du Vendeur 2 contre l'Entrepreneur 2 est transmise à l'Acheteur final à titre d'accessoire de la chose vendue (Cass., 1886 et 2008<sup>47</sup>).

43 Cass., 5 mai 1967, Pas., I, pp. 1046-1048, déjà cité, parmi d'autres références, en note 5.

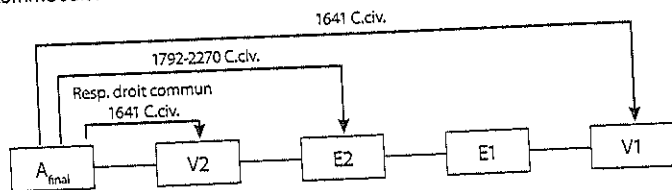
44 Cass., 18 mai 2006, déjà cité en note 4 (et 31).

45 Cass., 15 septembre 2011, R.G. n° C.10.0456N et C.10.0464N (affaires jointes), dont cette dernière publiée ci-dessus par extraits.

46 À noter que par vendeur, il faut aussi entendre le sous-traitant qui fournit des matériaux. Voy. en ce sens F. GLANSORFF, « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amorce d'une solution ? », op. cit., spéc. p. 553, n° 6. Voy. cependant notre opinion supra.

47 Cass., 8 juillet 1886 et 29 février 2008, déjà cités en note 29.

Si l'on envisage les possibilités d'actions de l'acheteur final, on peut donc les schématiser comme suit :



De manière surprenante, on voit donc qu'en application des dispositions légales et de l'interprétation qui en est faite par la Cour de cassation, tous les intervenants dans la chaîne de contrats schématisée ci-dessus sont tenus à un titre ou à un autre, sur le plan contractuel, envers l'acquéreur final, à l'exception de E1, sous-traitant de E2<sup>48</sup>.

10. Échouant sur le plan contractuel, le plaideur appellera l'article 1382 du Code civil à la rescousse. Mais la voie n'est-elle pas obérée par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité de l'agent d'exécution, ainsi qu'on l'a rappelé tout à l'heure ? Pas sûr. Car en ajoutant à la situation de base une donnée supplémentaire, à savoir la revente par le maître de l'ouvrage (V2) de l'objet à un acquéreur final, la donne a changé. En effet, il ne s'agit plus pour une partie d'engager la responsabilité de l'agent d'exécution de son cocontractant. Il s'agit pour une partie d'engager la responsabilité de l'agent d'exécution du cocontractant de son cocontractant.

Certains estiment que dans cette hypothèse, les règles posées par la Cour de cassation relatives à la responsabilité de l'agent d'exécution ne sont pas d'application : celles-ci ne vaudraient que lorsque l'agent d'exécution est actionné par le cocontractant de son donneur d'ordre, et non lorsqu'il l'est par des tiers<sup>49</sup>. La cour d'appel d'Anvers a d'ailleurs par deux fois consacré expressément cette solution<sup>50</sup>. La solution semble également être celle de la Cour de cassation<sup>51</sup>. Au demeurant, elle apparaît s'imposer au regard du principe de la relativité des conventions<sup>52</sup>.

48 Et sauf le cas où sa qualité de sous-traitant serait doublée de celle de fournisseur de matériaux, voy. *supra*.

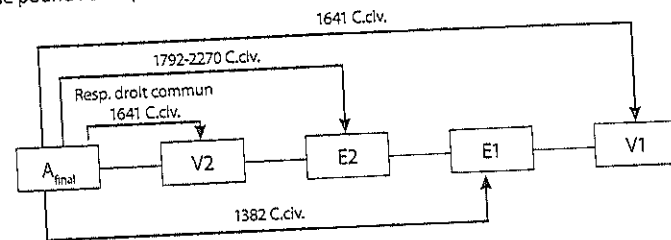
49 O. VANDEN BERGHE, « De buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent en de "onderstelling van contractuïlisering" », in S. STUNS et P. WÉRY (éd.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid - Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruges, die Keure, 2010, p. 256, n° 14; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 479, n° 569.

50 Anvers, 7 avril 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 854; Anvers, 16 octobre 2006, *R.W.*, 2009-2010, p. 961 : « De zogenaamde quasi-immunitet van uitvoeringsagenten en hulppersonen geldt alleen wanneer zij worden aangesproken door de wederpartij van hun opdrachtgever. Hun buitencontractuele aansprakelijkheid is daarentegen onbepikt ten aanzien van andere derden. »

51 Cass., 25 octobre 1990, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 493 et s., note R.O. DALCO, « Restriction à l'immunité de responsabilité de l'agent d'exécution » : « Attendu que la circonstance que la violation de l'obligation de prudence qui s'impose à toute personne constituée aussi un manquement à une obligation contractuelle n'exclut pas que l'auteur de ce manquement, qu'il soit partie contractante ou l'agent d'exécution qu'elle s'est substitué, encoure une responsabilité extracontractuelle pour le dommage ainsi causé aux tiers avec lesquels il n'a pas contracté. »

52 Pour cette même raison évidemment, « (...) la personne lésée ne pourra se fonder sur le contrat en vue d'obtenir réparation du dommage qu'elle a subi. Elle n'obtiendra gain de cause que si elle parvient à démontrer que l'auteur du fait dommageable en 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 », in B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 479, n° 569.

Néanmoins, elle complexifie quelque peu la situation d'un point de vue conceptuel. En effet, alors que tous peuvent être poursuivis sur une base contractuelle, le sous-traitant E1 ne pourra l'être que sur une base quasi délictuelle :



Et c'est ici qu'apparaît l'inconsistance de la solution consacrée par le droit positif. On voit que l'acquéreur final peut agir à l'encontre de chacun des participants à la chaîne, soit sur une base contractuelle, soit sur une base extracontractuelle. Dans le schéma originel (qui représente la situation ayant donné lieu à l'arrêt, *supra*), on a vu que le maître de l'ouvrage (ici V2) pouvait agir tant à l'encontre de son cocontractant (ici E2) que du fournisseur (ici V1), mais pas à l'encontre du sous-traitant (ici E1). L'entrepreneur (ici E2) dispose quant à lui d'une action à l'encontre du sous-traitant (ici V1), du moins jusqu'à ce qu'il transmette cette action à titre accessoire. De même, le sous-traitant (ici E1) disposait d'une action contre le fournisseur (ici V1) avant qu'il ne la transmette à titre accessoire.

En d'autres termes, le sous-traitant n'est immunisé qu'à l'égard du maître de l'ouvrage, qui seul ne peut agir à son encontre. Il ne s'agit donc pas d'une quasi-immunité du sous-traitant, mais bien d'une véritable iniquité s'agissant de la position du maître de l'ouvrage.

11. Par ailleurs, la logique aussi en prend un coup.

V2 transmet toute une série d'actions à l'acquéreur final à titre d'accessoire de la chose. V2 ne dispose pas d'action en responsabilité extracontractuelle contre E1, puisque par hypothèse, et sauf le cas où E1 aurait par son imprudence porté atteinte à l'intégrité physique de V2<sup>53</sup>, le dommage est purement contractuel<sup>54</sup>. Par contre, l'acquéreur final dispose de pareille action. La théorie de l'accessoire n'a évidemment pas lieu de s'appliquer, s'agissant de l'action en responsabilité extracontractuelle. Mais n'est-il pas pour le moins singulier qu'une personne (A<sub>final</sub>) puisse agir contre un tiers à raison du dommage qu'elle subit, notamment du fait du vice (décennal ou vénial) affectant une chose qui lui a été transmise, alors même que celui qui lui transmet la chose (V2) ne pouvait agir contre ce même tiers ? D'autant que dans les deux cas, la faute est identique, le lien de causalité

53 Voy. Cass., 26 octobre 1990, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 497 et s., note R.O. DALCO, *op. cit.* : « Attendu que le dommage causé par un fait légalement punissable ne peut être considéré comme un dommage de nature exclusivement contractuelle par le seul motif qu'il a été causé ensuite de la mauvaise exécution de l'obligation contractuelle de veiller à la sécurité de la victime ». Suivant P. VAN OMMESLAGHE, cet arrêt « (...) ouvre la porte (...) à tous les recours exercés contre des agents d'exécution lorsque ceux-ci ont mis en péril la sécurité des personnes et ont provoqué ainsi des atteintes à l'intégrité physique par leur imprudence. Mais il n'implique aucun gauchissement des principes consacrés par la jurisprudence inaugurée en 1973 », in *Droit des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 768-769, n° 515.

54 Pour rappel, la voie quasi délictuelle n'est ouverte que si le dommage est différent de celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat, voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 491, n° 582.

également et la seule différence concernant le dommage tient dans la personne qui le subit... Et l'on peut s'étonner également que le dommage purement contractuel de l'un qui l'empêche d'agir à l'encontre de l'agent d'exécution devienne purement extracontractuel lorsque subi par l'autre, alors même qu'il n'a pu naître dans le chef de ce dernier que parce qu'il y a eu transmission de la chose à l'origine du dommage, laquelle transmission est intervenue par contrat... Et l'on se demandera encore si, s'agissant de la possibilité d'agir en responsabilité (contractuelle ou extracontractuelle), distinguer entre les tiers victimes d'un dommage suivant leur degré d'éloignement dans la chaîne de contrat par rapport à l'auteur de la faute est tout à fait respectueux du principe d'égalité...

À pousser le raisonnement aux confins du système, l'on aboutit à des non-sens. S'agissant des relations entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, l'interprétation extensive que l'on propose des arrêts de 2006 et de 2011 fait mieux que répondre aux interrogations soulevées au paragraphe précédent : elle les fait disparaître.

Pour autant, cette solution n'est qu'un pis-aller. Car en fondant l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant sur la règle de l'accessoire, on laisse subsister nombre d'inconsistances qu'avec d'autres nous avons déjà eu l'occasion de souligner<sup>55</sup>.

Aussi avons-nous proposé une solution plus globale, mais peut-être aussi plus audacieuse. Notre proposition ayant été critiquée, nous saisissons l'occasion qui nous est offerte par ce commentaire d'arrêt pour rappeler celle-ci et apporter certaines précisions, lesquelles devraient répondre aux critiques adressées.

#### **24 L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution**

12. En 1975, fut publiée en France une thèse intitulée *Les groupes de contrats*<sup>56</sup>. Son auteur, B. Teyssié, y posait un important constat : « (...) la complexité des opérations, la spécialisation à outrance des agents économiques, la circulation accélérée des biens, ont entraîné la multiplication des schémas contractuels qu'une succession ou une conjonction d'accords caractérisent »<sup>57</sup>.

À partir de ce constat, il tenta d'ériger une notion autonome de « groupe de contrat », et à partir d'une définition générale – il y a groupe de contrats, écrit-il, lorsque « (...) plusieurs contrats ont un même objet ou participent à la réalisation d'un but commun, de sorte qu'ils possèdent une même raison d'être »<sup>58</sup> – il distingua entre les « chaînes » de contrats, unis par leur objet, et les « ensembles » de contrats, unis par leur cause, auxquels il attribua des effets juridiques particuliers<sup>59</sup>.

55 Voy. notre étude précitée, spéc. p. 770, n° 14 et les réf. citées, pp. 773-774, n° 26-27.

56 B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975.

57 *Ibid.*, p. 8, n° 16.

58 *Ibid.*, p. 33, n° 62.

59 Au sein des chaînes de contrats, l'auteur distingue encore les chaînes « par addition » des chaînes « par diffraction », tandis qu'au sein des ensembles, il distingue selon qu'il s'agit d'ensembles de contrats « interdépendants » ou « à dépendance unilatérale », voy. B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, pp. 31 et s., n° 62 et s.

Cette thèse eut une influence considérable sur la doctrine<sup>60</sup> et la jurisprudence française, jusqu'à la Cour de cassation, qui avant de la rejeter définitivement<sup>61</sup>, consacra la notion de groupe de contrats comme fondement d'une action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant<sup>62 63</sup>.

13. Le rejet de la notion de groupe de contrats comme institution juridique autonome nous a toujours paru s'imposer<sup>64</sup>. Par contre, et avec d'autres, il nous a toujours paru s'imposer également que la situation de groupe de contrats existe dans les faits : elle constitue une réalité économique et pratique<sup>65</sup>.

Cette réalité nous paraît telle qu'elle explique une certaine jurisprudence de la Cour de cassation. Nous avons avancé l'idée dans notre précédente étude : la Cour est sensible au phénomène des groupes des contrats<sup>66</sup>. Ainsi, nous pensons que c'est cette situation sous-jacente de groupe qui a motivé la Cour à échafauder cette théorie de l'accessoire dans les chaînes de contrats de vente ou d'entreprise<sup>67</sup>. Nous pensons également que cette situation explique la jurisprudence relative à la responsabilité extracontractuelle de l'agent d'exécution issue de l'arrêt de 1973, et en particulier, l'attendu selon lequel l'agent d'exécution n'est pas un « tiers à l'exécution du contrat »<sup>68</sup>.

On ajoutera que c'est cette situation également qui justifie à notre sens l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2001 suivant lequel les créance-cause et – semble-t-il – créance-objet de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage sur pied de l'article 1798 du Code civil doivent « se rapporter[er] aux travaux relatifs au chantier confié par le maître à l'entrepreneur principal et, ensuite, par celui-ci au sous-traitant »<sup>69</sup>. Cela res-

60 Voy. les nombreuses et importantes études doctrinales consacrées à la notion de groupe de contrats, notamment J. NÉRET, *Le sous-contrat*, Paris, L.G.D.J., 1979; G. VINEY, « Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui », in X, *Les effets du contrat à l'égard des tiers - Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 335 et s.; P. JOURDAIN, « La responsabilité civile dans les groupes de contrats », in X, *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, pp. 93 et s.; M. BACACHE-GIBELI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1996. En Belgique, voy. notamment E. MONTERO, « La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage », *op. cit.*; P.-H. DELVAUX, « Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui », in X, *Les effets du contrat à l'égard des tiers - Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 360 et s.; X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - Pour un retour aux sources ! », in X, *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, pp. 109 et s.; I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid - De quasi-immunité van de uitvoeringsagent herbekeken*, Anvers, Intersentia, 2003; P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels - Quelques observations en droit positif*, chaire Francaul 2004-2005, Bruxelles, Larcier, Paris, L.G.D.J., 2006; M. MASELUS, *Vorderingsmogelijkheden bij samenhangende overeenkomsten - Rechtsvergelijkende analyse met inbegrip van exoneratiebedingen*, *op. cit.*

61 Cass. fr., ass. plén., 12 juillet 1991 (arrêt Besse), D., 1991, p. 549, note J. GHÉSTIN, *J.C.P.*, 1991, II, 21743, p. 355, obs. G. VINEY.

62 Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., *J.C.P.*, 1988, II, 21070, obs. P. JOURDAIN, *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, p. 551, obs. Ph. REMY; Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., *J.C.P.*, 1988, II, 21125, obs. P. JOURDAIN.

63 Sur les heurts et malheurs de la notion de groupe de contrats dans la jurisprudence française ainsi que la doctrine (belge et française) à son propos, voy. notre étude précitée, p. 770, n° 15 et les réf. citées.

64 Sauf lecture erronée de notre part, il nous semble que L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENNAIRE critiquent notre proposition en raison de l'imprécision de la notion de groupe, in « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux volets détournés », *op. cit.*, spéc. pp. 158-159, n° 50.

65 Voy. notre étude précitée, p. 771, n° 18 et les réf. citées à la note 105.

66 Voy. notre étude précitée, p. 772, n° 20.

67 Voy. notre étude précitée, pp. 771-772, n° 18-20.

68 L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENNAIRE pensent « ajouter » cet élément d'analyse, in « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux volets détournés », *op. cit.*, spéc. pp. 158-159, n° 50. Nous nous permettons de signaler que nous l'avions déjà énoncé dans notre étude, p. 772, n° 20.

69 Cass., 21 décembre 2001, *D.A.O.R.*, 2002, p. 263, obs. P. WERY, « L'assiette de l'action directe du sous-traitant », *R.D.C.*, 2002, obs. W. DERUJCKE, « Étendue de la créance-cause et de la créance-objet de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil », p. 443. Voy. également favorable à cette thèse, outre les deux commentaires sous l'arrêt précités,

sort d'ailleurs très clairement des conclusions de l'avocat général X. De Riemaecker sous un arrêt du 22 mars 2002 qui dégageait l'enseignement suivant de l'arrêt de 2001 précité :

« Par cette décision, votre cour retient que l'action directe se meut dans la relation triangulaire contractuelle, à savoir : l'exercice de cette action directe à l'origine du contrat de sous-traitance lequel s'inscrit ensuite dans le contrat d'entreprise liant l'entrepreneur principal au maître de l'ouvrage. »<sup>70</sup>

On relèvera encore à propos de cet article 1798 du Code civil le tout récent arrêt rendu le 2 février 2012 par la Cour constitutionnelle sur question préjudicielle<sup>71</sup>. La Cour tranche dans cet arrêt la controverse sur le point de savoir si les sous-traitants du troisième degré et au-delà peuvent également exercer l'action directe prévue par cette disposition<sup>72</sup>. Ainsi, elle énonce que :

« Interprété comme n'accordant l'action directe qu'au sous-traitant du premier degré à l'égard du maître de l'ouvrage et qu'au sous-traitant du second degré à l'égard de l'entrepreneur principal et pas aux sous-traitants du troisième degré et au-delà, l'article 1798 du Code civil n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. »<sup>73</sup>

Et de manière plus importante pour notre propos, elle énonce que :

« (...) l'article 1798 peut (...) être interprété comme accordant l'action directe à tous les sous-traitants auprès du débiteur de leur débiteur, indépendamment de leur degré dans la chaîne de la sous-traitance »<sup>74</sup>.

Cette dernière formulation étend l'application de la loi au-delà de ses termes stricts, alors même que la Cour (alors Cour d'arbitrage) avait relevé dans son arrêt de 2006 précité que « (...) l'article 1798 du Code civil ne peut être interprété de manière extensive, dès lors qu'une

notamment O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant - Entre éclaircies et brouillard persistant », R.G.D.C., 2006, p. 259, n° 15, p. 261, n° 18. Relevons que cet arrêt, s'agissant de la créance-cause, a condamné une thèse largement défendue (voy. notamment J. CAÏMAEX, « Les créances de sous-traitants », in Chr. BIQUET-MATHIEU (éd.), *Le point sur le droit des sûretés*, Liège, formation permanente CUP, 2000, p. 267 ; J.-L. LEDOUX, « Chronique de jurisprudence - Les sûretés réelles et la publicité foncière (1987-1993) », *J.T.*, 1994, p. 336, n° 82 ; J.-P. RENARD et M. VAN DEN ABBELE, « Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur général », *Entr. et Dr.*, 1997, p. 139) suivant laquelle l'action directe du sous-traitant peut être exercée pour toute créance qu'il détient vis-à-vis de l'entrepreneur. S'agissant de la créance-objet maintenant, d'aucuns ont considéré que ce même arrêt condamne la thèse majoritaire laquelle constituerait l'assiette de l'action directe toute somme due par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal, quelle qu'en soit la cause ; en ce sens, voy. notamment les contributions précitées de WÉRY, DERUJCKE et JAUNIAUX, ainsi que L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées », *op. cit.*, p. 133, n° 13. Ces deux derniers auteurs voient d'ailleurs dans un arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2004 (*Pas.*, 2004, I, p. 1697) : « Que l'action directe a pour objet toutes les créances relatives à l'ouvrage visé que l'entrepreneur pulse dans son contrat avec le maître de l'ouvrage » une confirmation de la thèse doctrinale minoritaire, pp. 133-134, n° 13 ; *contra*, Bruxelles, 18 mars 2010, *Entr. et Dr.*, 2011, p. 70, obs. P. SCHILLINGS ; J.-F. GERMAIN et Ph. STROOBANT, « Actions en droit de la construction : remèdes immédiats et pluralité des parties - Première partie : aspects de droit civil », in M. DUPONT (sous la dir. de), *Les obligations et les moyens d'action en droit de la construction*, *op. cit.*, p. 60, n° 82.

70 Concl. sous Cass., 22 mars 2002, D.A.O.R., 2002, p. 269, no 11.

71 C. const., 2 février 2012, n° 12/2012, J.L.M.B., 2012, p. 377.

72 Pour un bref exposé de cette controverse en doctrine, voy. L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, pp. 127-130, n° 6-8.

73 Point B.8, in fine de l'arrêt.

74 Point B.9 de l'arrêt.

action directe est une institution dérogatoire au droit commun »<sup>75</sup>. Là encore, et surtout du fait de la généralité des termes employés par la Cour dans ce nouvel arrêt, ne faut-il pas voir une sensibilité de cette autre haute juridiction pour le phénomène de groupe de contrats<sup>76</sup> ?

Aussi, si l'on ne peut nier le caractère fuyant de la notion de groupe de contrats, il ne faut pas pour autant en déduire que le droit ne doit ou ne peut prendre en considération cette réalité. C'est d'ailleurs ce à quoi nous invite la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle nous a amené à formuler l'hypothèse suivant laquelle elle serait sensible à la notion de groupe de contrats. De même, à propos de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 2 février 2012<sup>77</sup>.

Posé ce postulat, revenons-en à la question des rapports entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

14. Nous envisageons tout à l'heure la situation juridique de manière globale, en imaginant le maître de l'ouvrage revendre l'immeuble comprenant le bien vicié placé par le sous-traitant (voy. *supra*). De manière synthétique, l'on peut présenter les choses comme suit :

- il est possible d'agir contre son contractant (responsabilité contractuelle) ;
- il est possible d'agir contre le cocontractant du cocontractant de son cocontractant (et même au-delà), sur deux bases différentes :
  - 1) en général sur pied de l'article 1382 du Code civil (responsabilité extracontractuelle),
  - 2) si le premier est un vendeur, sur pied de la garantie des vices cachés de l'article 1641 du Code civil (Cass., 2011<sup>78</sup>) (responsabilité contractuelle) ;
- il n'est pas possible d'agir contre le cocontractant de son cocontractant, **sauf dans trois cas** :
  - 1) le premier est un vendeur<sup>79</sup>, le second un vendeur ou un entrepreneur et il s'agit de l'action en garantie des vices cachés (Cass., 1980, 2006 et 2011<sup>80</sup>) (responsabilité contractuelle),
  - 2) le premier est un entrepreneur, le second un vendeur et il s'agit de l'action en responsabilité décennale (Cass., 1886 et 2008) (responsabilité extracontractuelle),

75 C.A., 28 juin 2006 (précité), point B.5.

76 Certes, la Cour ne va pas jusqu'à reconnaître une action directe à tout sous-traitant contre quiconque se trouve au-dessus de lui dans la chaîne des contrats d'entreprise, même au-delà de deux degrés. Il ne faut pas en déduire que l'idée de groupe de contrats n'est pas sous-jacente à la position adoptée par la Cour. En effet, l'article 1798 du Code civil délimite clairement le cadre de l'action directe en posant le principe qu'elle ne peut être intentée que dans une relation à deux degrés (MO-EST ou EST-SST). Cela nous paraît se déduire aisément du second alinéa. L'interprétation restrictive (voy. note précédente) fait le reste.

77 Et l'on pourrait encore extrapoler au départ de l'attendu suivant de l'arrêt de 2006 pour considérer qu'elle y exprimait déjà cette sensibilité (quoiqu'il s'agisse là de pure divination, l'on en convient aisément) : « (...) le principe d'égalité ne lui [le législateur] 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 ». B. KOHL avait estimé à l'époque qu'il s'agissait là d'un appel du pied fait au législateur, in « Actions du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : le débat n'est pas clos », *op. cit.*, p. 337.

78 Cass., 15 septembre 2011, R.G. n°s C.10.0456N et C10.0464N (affaires jointes), dont cette dernière publiée ci-dessus par extraits.

79 Avec la précision apportée *supra*, note 46.

80 Voy. respectivement notes 11, 4 (et 31) et 45.

- 3) la faute n'est pas purement contractuelle et le dommage n'est pas purement contractuel (ou consiste en une atteinte à l'intégrité physique de la victime) (Cass., 1973 et évolution ultérieure<sup>81</sup>) (responsabilité extracontractuelle).

L'on peut être plus synthétique encore et réduire le droit positif à l'énoncé suivant : il existe toujours une base légale permettant à la victime d'un dommage d'agir à l'encontre de l'auteur d'une faute ou de celui à qui elle est imputable, sauf s'il est le cocontractant du cocontractant de la victime du dommage. Et dans cette dernière hypothèse, et sous réserve de la maigre possibilité d'agir en responsabilité extracontractuelle, c'est la jurisprudence qui, au cas par cas, définira s'il est possible d'agir contractuellement ou non.

15. À l'heure actuelle, la Cour de cassation n'a admis la possibilité de pareille action que dans des cas où il y a transmission d'une chose, en se fondant sur la théorie de l'accessoire. Plus spécialement, elle ne l'a admis que lorsque la chose transmise est matérielle. Ceci n'a pas manqué d'interpeller le professeur Glansdorff qui, commentant l'arrêt de la Cour de 2006 précité, s'est interrogé sur la possibilité d'interpréter le mot « chose » de manière large, en rangeant sous la notion tant les choses matérielles que les prestations intellectuelles. Avec lui, nous considérons que cela n'aurait rien d'artificiel<sup>82</sup>. Une action contractuelle contre le sous-traitant qui ne fournit que son travail (intellectuel ou manuel) devrait donc pouvoir être fondée sur pied de cette théorie de l'accessoire.

Nous pensons cependant qu'il convient d'aller chercher ailleurs. D'abord parce que le fondement de l'accessoire n'est pas exempt de toute critique<sup>83</sup>. Il s'agit là, certes, d'arguments techniques, mais ils n'en sont pas moins révélateurs de ce que la solution est quelque peu forcée. Ensuite, parce que le régime d'opposabilité des exceptions propre au cas d'une transmission à titre accessoire pourrait emporter des conséquences iniques à l'égard du sous-traitant<sup>84</sup>.

Mais plus fondamentalement, nous sommes convaincus que la théorie de l'accessoire est en fait la transposition juridique incomplète d'une réalité plus profonde qui est celle des groupes de contrats (voy. *supra*, notre opinion sur la sensibilité de la Cour de cassation au phénomène). Ce qui avant tout justifie que l'on puisse agir sur une base contractuelle contre une personne avec laquelle on n'a pas contracté, ce n'est pas tant le fait que le droit est l'accessoire de la chose, mais plutôt que la chose a été *transmise*. En d'autres termes, ce qui importe dans la théorie de l'accessoire, ce n'est pas vraiment l'accessoire, c'est la *transmission*. Et celle-ci n'est que la traduction des liens qui unissent les contrats entre eux, autrement dit de l'idée de groupe. À notre estime, la théorie de l'accessoire

81 Voy. *supra*, notes 26 et 50.

82 F. GLANSORFF, « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amorce d'une solution ? », *op. cit.*, pp. 555-556, n° 8. Voy. notre étude, p. 771, n° 19.

83 Voy. *supra*, note 9 et le renvoi opéré.

84 Ainsi que l'écrit P. VAN OMMESLAGHE, en cas de transmission d'une créance à titre d'accessoire d'un bien, « [l]e débiteur initial ne peut invoquer aucune exception née des rapports entre le propriétaire du bien et le cessionnaire direct de celui-ci, puisque celles-ci sont totalement étrangères à la créance cédée » (*Droit des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, *op. cit.*, p. 741, n° 499). Ainsi, fonder une action contractuelle du maître contre le sous-traitant sur la théorie de l'accessoire emporterait que ce dernier pourrait être mis en cause alors que l'entrepreneur ne le pourrait pas, par exemple parce que figurerait dans le contrat MO-E une clause d'exonération de responsabilité qui ne se retrouverait pas dans le contrat E-ST. Dans un souci d'équité, ceci ne se justifie pas (après tout, le sous-traitant demeure l'agent d'exécution de l'entrepreneur principal). Ce déséquilibre ne se retrouve pas dans le régime de l'action directe telle que nous l'envisageons (voy. *infra*, note 97).

n'est en fait qu'une solution « faute de mieux » pour contourner la rigidité du principe de relativité<sup>85</sup>.

Aussi nous pensons qu'il faut aller plus loin que l'interprétation extensive de l'arrêt de 2006 proposée par F. Glansdorff. C'est pourquoi nous avons envisagé une solution globale qui reposait sur deux idées : celle de groupe de contrats et celle d'action directe. Ce sont évidemment ces deux idées qui ont été critiquées. Nous souhaitons rapidement revenir sur celles-ci.

16. On a dit que le concept de groupe de contrats était imprécis, rappelant au passage qu'il avait par ailleurs été rejeté en France par la Cour de cassation<sup>86</sup>.

Le second élément est, comme nous l'avions déjà dit<sup>87</sup>, dépourvu de pertinence dans la mesure où les situations françaises et belges sont très différentes. Il n'existe pas, en France, de jurisprudence similaire à celle de la Cour de cassation belge à propos de la responsabilité extracontractuelle de l'agent d'exécution. Au contraire, l'assemblée plénière de la Cour de cassation française a décidé, par un arrêt du 6 octobre 2006, que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »<sup>88</sup>. En France donc, il n'existe pas d'immunité de l'agent d'exécution. Considérant la jurisprudence issue de l'arrêt de 1973, trop assise pour qu'advienne incessamment un revirement, il faut donc se tourner vers la responsabilité contractuelle pour que l'agent d'exécution réintègre sa sphère de responsabilité.

S'agissant du premier élément maintenant, à savoir l'imprécision de la notion de groupe de contrats, nous pensions avoir suffisamment circonscrit la matière pour répondre à la critique, en utilisant une définition minimaliste et fonctionnelle. L'on avait en effet considéré uniquement les contrats unis entre eux par une unité d'objet (au sens objet des obligations), en précisant que dans pareille situation, une inexécution de ses obligations par l'un des cocontractants ne produit *in fine* ses conséquences que dans le chef du bénéficiaire final de l'objet<sup>89</sup>. Force est de constater que nous avons manqué de clarté<sup>90</sup>. Et à bien y réfléchir, il est peut-être une théorie plus familière aux juristes qui permet de mieux rendre compte de notre idée : la théorie de la causalité.

Indéniablement, la situation de contrats groupés est une situation de fait. Comment la transformer en situation juridique ?

85 La théorie de l'accessoire, fonctionnant suivant le mécanisme de la cession de créance, permet de respecter le prescrit de l'article 1165 du Code civil, voy. notre étude, p. 771, n° 19.

86 L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, p. 159, n° 50.

87 Voy. notre étude, p. 771, n° 18.

88 J.C.P., 2006, II, 10181, p. 2111, obs. M. BILLIAU, D., 2006, p. 2825, obs. G. VINEY ; J. MESTRE et B. FAGES, « Obligations et contrats spéciaux - Obligations en général », *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 115, n° 8 ; P. JOURDAIN, « Obligations et contrats spéciaux - Responsabilité civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 123, n° 1.

89 Voy. notre étude, p. 774, n° 28.

90 M. MASELUS, *op. cit.*, p. 126, n° 149 : « Het de lege ferenda catalogeren van dergelijke rechtsfiguren leidt bovendien tot een ware wildgroei aan rechtstreekse aanspraken. Want wat valt er precies onder de vage definitie van "unis par une unité d'objet" ? ».

Nous avons dans notre proposition circonscrit les possibilités d'action dans les groupes de contrats unis par une identité d'objet aux seules actions en responsabilité, et pour autant que le(s) débiteur(s) intermédiaire(s) ne puisse(nt) faire valoir de droit de créance par rapport à cet objet (nous y reviendrons *infra*). En réalité, l'idée de limiter la situation aux seuls recours en responsabilité permet, via la théorie de la responsabilité, d'envisager la seule situation de contrats unis entre eux par une identité d'objet. Il faut pour cela se focaliser sur l'idée de causalité.

On sait que l'article 1382 du Code civil suppose pour son application une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux. Ces éléments sont en réalité communs au régime de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle<sup>91</sup>. En d'autres termes, la responsabilité contractuelle suppose également pour son application un lien de causalité entre la faute et le dommage. La Cour de cassation l'a d'ailleurs exprimé dans plusieurs arrêts à propos de l'article 1151 du Code civil et plus précisément elle aurait, aux dires de plusieurs commentateurs, entendu consacrer la théorie de l'équivalence des conditions en matière contractuelle<sup>92</sup>. Ainsi, dans un arrêt du 5 juin 2008, elle a énoncé à ce propos, et de manière très explicite, que :

« Il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage tel qu'il s'est réalisé. Ce lien suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit. »<sup>93</sup>

Si l'on transpose la théorie de l'équivalence des conditions à la situation que l'on vise, à savoir le cas où la mauvaise exécution d'une obligation par un sous-débiteur cause in fine un dommage au créancier du débiteur intermédiaire (qui lui-même a manqué à son obligation en raison de la faute du sous-débiteur), ne doit-on pas considérer que le dommage du créancier ne se serait jamais produit tel qu'il s'est réalisé in concreto sans la faute du sous-débiteur? La chaîne de causalité existe indubitablement. En matière extracontractuelle, la victime du dommage peut poursuivre l'auteur de toute faute ayant participé à la réalisation du dommage. Il devrait à notre sens en être de même en matière contractuelle, par identité de motifs.

L'on voit aisément comment la théorie de la causalité permet de définir une situation de groupe de contrats. Dès lors qu'on se cantonne au seul terrain contractuel, il en résulte nécessairement que toute faute participant à la chaîne de causalité est une faute contractuelle. Or, pour qu'une faute contractuelle puisse être à l'origine de l'inexécution d'une autre convention, il faut nécessairement que les contrats présentent un lien entre eux. Et c'est ce lien de causalité – qui n'existe que parce qu'il existe une identité totale ou partielle d'objet entre les contrats concernés – qui permet de délimiter précisément les contrats parties du groupe. L'idée de causalité, qu'implique l'identité d'objet, permet donc de conférer une existence juridique à la situation sous-jacente de groupe.

91 I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STUNS et P. WÉRY (éd.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid - Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, op. cit., p. 54, n° 1 et les réf. citées note 10. Voy. B. DUBUSSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne - Comparaison n'est pas raison », in S. STUNS et P. WÉRY (éd.), *loc. cit.*, pp. 1 et s., n° 1 et s.

92 B. DUBUSSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne - Comparaison n'est pas raison », op. cit., p. 16, n° 23 et les réf. citées note 47 à 51.

93 J.T., 2009, p. 28, obs. A. PÜTZ, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice indemnisable ! », *Bull. ass.*, 2008, p. 418, note H. BOCKEN, « Het verlies van een kans : vergoedbare schade ? ».

Certains éléments de la théorie de la causalité, parfois objets de critique en matière extracontractuelle, apparaissent d'ailleurs particulièrement aptes à saisir la situation de groupe de contrats que nous envisageons. Singulièrement, il en va ainsi de la théorie de l'équivalence des conditions.

En effet, le principal reproche adressé à la théorie de l'équivalence des conditions en matière extracontractuelle est son caractère potentiellement infini, susceptible de rendre responsable l'auteur d'un fait très éloigné du dommage et donc de rendre l'univers tout entier hypothétiquement débiteur sur le plan de la responsabilité<sup>94</sup>. En matière contractuelle cependant, l'extension des causes de responsabilité sera relativement limitée, puisqu'elle ne pourra aller au-delà de la situation de groupe, autrement dit ne pourra concerner que les contrats liés entre eux. À l'inverse de la situation en matière extracontractuelle où la présence d'un contrat peut entraîner la rupture du lien de causalité<sup>95</sup>, ce sera ici l'absence de contrat qui entraînera pareille rupture<sup>96</sup>. Dans un ordre d'idées voisin, l'intervention d'une clause exonératoire ou limitative de responsabilité entraînera pareillement rupture du lien de causalité<sup>97</sup>.

La transposition de la théorie de l'équivalence des conditions en matière contractuelle ne peut cependant être totale et doit faire l'objet d'aménagements afin de tenir compte des particularités de la matière. Ainsi, une limite devra être instaurée, s'agissant de l'étendue de la responsabilité. En effet, le principe de réparation intégrale postulé par la théorie de l'équivalence des conditions ne peut être transposé à la situation de groupe. Sous peine de violer ouvertement les principes de la convention-loi (articles 1134 et 1135 du Code civil), de la responsabilité contractuelle (articles 1147 à 1151 du Code civil) et de la relativité (article 1165 du Code civil), le sous-débiteur ne peut être tenu au-delà de ce à quoi il a consenti. Mais dans notre système, cette limitation de l'étendue de la responsabilité s'explique aisément par le moyen technique employé pour assurer la mise en cause de la responsabilité, à savoir l'action directe (voy. *infra*). Celle-ci n'empêche en effet pas le créancier qui se saisit de la créance de son débiteur direct de se voir opposer par le sous-débiteur toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au débiteur intermédiaire<sup>98</sup>.

17. Unité d'objet, lien de causalité et action en responsabilité permettent de circonscire la situation factuelle de groupe de contrats pour envisager d'en déduire des effets

94 Voy. B. DUBUSSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, op. cit., p. 326, n° 392.

95 *Ibid.*, p. 392, n° 461. Sur l'évolution de la jurisprudence relative à la théorie de la rupture du lien causal, voy. pp. 387 et s., n° 455 et s.

96 Ce qui nous laisse penser que la théorie de l'équivalence des conditions, dont on dit qu'elle s'accommode mal de la théorie de la rupture de la causalité (voy. B. DUBUSSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, op. cit., p. 388, n° 455), est d'autant plus appropriée à la matière contractuelle.

97 Cette considération justifiera que le sous-contractant dont on entend engager la responsabilité pour se prévaloir des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité tirées d'un contrat auquel il n'est pas partie, mais intervenant en amont dans la chaîne. Outre que l'on évite ainsi de créer un réel déséquilibre injustifié au détriment du sous-traitant (voy. *supra*, note 84), on respecte le but légitime poursuivi par la jurisprudence de la Cour de cassation inaugurée en 1973, à savoir éviter que puissent être « (...) contournées les dispositions du contrat principal et du contrat liant une partie à celui-ci avec ses préposés ou agents d'exécution au sens large (...) » (voy. P.-A. FORIERS, « Responsabilité personnelle des organes, mandataires, préposés et agents d'exécution - Responsabilité du fait d'autrui », in P. VAN OMMESLAGHE (coord.), *Actualité en droit de la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, UBS, 2010, p. 70, n° 12). Au demeurant, il s'agit là du régime de droit commun d'opposabilité des exceptions en matière d'action directe, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, op. cit., pp. 720-721, n° 485. C'est une des différences entre le régime de l'action directe et celui de la transmission à titre accessoire (*ibid.*, p. 736, n° 496).

98 Voy. S. BAR et C. ALTER, *Les effets du contrat*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 59-63, n° 121-126; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, op. cit., pp. 721-722, n° 485.

juridiques. Ces trois éléments ne sont cependant pas encore suffisants. C'est en effet la notion d'action directe qui va permettre de définir précisément, au sein de ces situations de groupe déjà limitées, celles dans lesquelles il devrait à notre sens être possible d'agir entre personnes non contractantes. Mais là encore, l'idée d'action directe a été critiquée.

La principale critique tient dans le caractère nécessairement légal de l'action directe<sup>99</sup>. L'argument est de poids, car il peut se prévaloir de l'autorité d'une doctrine éminente<sup>100</sup>, mais n'est pas insurmontable pour autant. Outre qu'il est établi qu'historiquement l'action directe n'a pas toujours trouvé son origine dans un texte de loi<sup>101</sup>, il faut pour apprécier la pertinence de cette conception legaliste de l'action directe revenir aux justifications sur lesquelles elle repose. Elles sont au nombre de deux.

La première réside dans la dérogation que l'action directe constitue au principe de la relativité des conventions, ladite action directe permettant à un tiers de « se prévaloir des effets internes d'un contrat en raison du lien contractuel ou délictuel qui l'unit à l'une des parties à cette convention »<sup>102</sup>.

La seconde consiste en l'atteinte qu'elle porte au principe de l'égalité des créanciers du débiteur intermédiaire, puisqu'elle soustrait un actif particulier de son patrimoine, gage commun de ses créanciers, pour désintéresser par préférence le titulaire de l'action directe « en raison de l'intérêt social que présente la protection de sa créance »<sup>103</sup>.

18. Dans le système que nous proposons, ainsi que nous l'avions déjà expliqué<sup>104</sup>, il n'est nullement porté atteinte au principe de l'égalité des créanciers. L'explication n'ayant pas convaincu, qu'il nous soit permis de l'exprimer autrement.

Il existe une différence fondamentale suivant que la créance du débiteur intermédiaire mise en œuvre par l'action directe est une créance de somme ou une créance de valeur<sup>105</sup>.

99 M. MASELIS, *op. cit.*, p. 127, n° 151.

100 MASELIS cite ainsi à l'appui de sa critique les enseignements de E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maklu, 1984, 318 p.; S. STUNS, *Verbintenissenrecht*, Bruges, die Keure, 1, 2005, n° 345; R. DIEKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE et K. VANHOVE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Anvers, Intersentia, 2007, p. 86, n° 158.

101 Voy. C. JAMIN, *La notion d'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1991, pp. 288-289, nos 327-328. Pour son étude historique, spéc. pp. 126-157, nos 156-178.

102 S. BAR et C. ALTER, *op. cit.*, p. 58, n° 119. Voy. notamment De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, nos 714-715; L. Simont, « L'action directe de la victime d'un accident d'automobile contre l'assureur du propriétaire de celle-ci », note sous Cass., 18 janvier 1962 et 16 février 1962, *R.C.J.B.*, 1962, p. 466, n° 1; R.O. DALCO, « Les actions directes », in X, note sous Cass., 18 janvier 1962 et 16 février 1962, *R.C.J.B.*, 1962, p. 466, n° 1; M. PITTE, « Le principe de l'effet relatif des contrats à la lumière des législations récentes en matière d'obligations conventionnelles », *Ann. dr. Louvain*, 1997, p. 329.

103 R.O. DALCO, « Les actions directes », *op. cit.*, p. 305, n° 5; P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », in X, *La transmission des obligations - Travaux des IX<sup>es</sup> Journées d'études juridiques* Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 128, n° 41. Relevons par ailleurs que les auteurs cités par Maselis envisagent tous l'action directe comme conférant à son titulaire un droit propre (« eigen recht ») qui lui permet d'échapper au concours des créanciers, voy. E. DIRIX, *op. cit.*, p. 107, n° 143; S. STUNS, *op. cit.*, pp. 248-249, n° 349; R. DIEKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE et K. VANHOVE, *op. cit.*, p. 86, n° 160.

104 Voy. notre étude précitée, p. 774, n° 27.

105 Sur la distinction entre créance de valeur et créance de somme, voy. Chr. DALCO, « De l'imputation des intérêts produits par une dette de valeur en matière contractuelle », note sous Cass., 28 octobre 1993, *R.C.J.B.*, 1996, p. 140, n° 14. On réservera le cas de la clause pénale, qui a une fonction indemnitaire et est donc vouée à réparer le dommage (voy. P. WERY, « La clause pénale », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, la Chartre, 2001, pp. 253-256, n° 7), mais où l'indemnité prévue constitue dès l'origine une dette de somme (voy. Chr. DALCO, *op. cit.*, p. 143, n° 16; Ph. LACONTE, « Les intérêts compensatoires et moratoires en

Dans le premier cas, puisqu'il s'agit d'obtenir le paiement d'une somme d'argent, le débiteur (créancier) intermédiaire peut toujours en postuler l'exécution. Permettre à un tiers en particulier (le titulaire de l'action directe) de s'en saisir reviendrait à soustraire du patrimoine du débiteur intermédiaire un actif particulier, au préjudice des autres créanciers. Une action directe dans cette hypothèse ne peut donc être instituée que par une loi. C'est notamment ce que fait l'article 1798 du Code civil au profit du sous-traitant<sup>106</sup>.

Dans le second cas, puisqu'il s'agit, pour ce qui nous occupe, d'obtenir la réparation d'un dommage<sup>107</sup>, il faut vérifier celui qui a souffert le préjudice. Et s'il appert que le débiteur intermédiaire n'a subi aucun préjudice, et qu'il ne peut donc faire valoir sa créance de réparation, aucun actif n'est soustrait à son patrimoine par la mise en branle de l'action directe, de sorte qu'aucun de ses créanciers n'est lésé. Dans ce cas, une loi ne nous paraît plus s'imposer pour l'institution d'une action directe au profit de la victime<sup>108</sup>.

Techniquement, l'impossibilité pour le débiteur intermédiaire de faire valoir sa créance de réparation et l'absence corrélative de préjudice porté aux intérêts de ses créanciers trouve son explication dans les règles du droit judiciaire.

En effet, si l'on résume la problématique dont question, s'agissant des rapports entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant (et par extension entre un créancier et le débiteur de son débiteur), tout tient dans le fait que le droit contractuel qui ouvre à indemnisation et le dommage à indemniser sont respectivement détenu et éprouvé par deux personnes différentes. Le droit se trouve dans le patrimoine du débiteur (créancier) intermédiaire, tandis que le dommage est subi par son propre créancier. De là, un constat simple s'impose : le titulaire du droit a qualité pour agir au sens de l'article 17 du Code judiciaire<sup>109</sup>, mais n'y a pas intérêt au sens des articles 17 et 18, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, faute d'avoir souffert un quelconque préjudice<sup>110</sup>; la victime, alors qu'elle y a intérêt, n'a pas qualité pour agir, car elle ne dispose pas du droit pour agir, puisque non partie au contrat dont ce droit est tiré. Or pour pouvoir agir en justice, il faut avoir intérêt et qualité à agir.

La solution tirée de la règle *accessorium sequitur principale* résout ce problème, puisque le droit est transféré avec la chose. L'acquéreur final, par hypothèse lésé en raison du vice de la chose (et donc présentant l'intérêt à agir requis), reçoit avec la chose le titre qui lui permet d'avoir qualité pour agir. Mais le problème, c'est qu'on lie ce faisant la possibili-

matière contractuelle », p. 531, n° 12, p. 535, n° 35).

106 Voy. notre étude précitée, p. 774, n° 28.

107 Les créances de réparation dérivant de la responsabilité contractuelle sont des créances de valeur, voy. J. VAN MULLEN, « L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations », *Ann. dr. Liège*, 1978, p. 64, n° 9.

108 Reste l'entorse faite au principe de la relativité des conventions, voy. *infra*.

109 « A qualité, celui qui peut obtenir du Juge une décision sur le droit substantiel », in G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 24, n° 10.

110 « L'intérêt requis pour l'introduction d'une demande en justice consiste en tout avantage, matériel ou moral, effectif, mais non théorique, que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme », in G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 17, n° 7. Il est vrai que la question du préjudice touche au fond et non à la recevabilité, mais les deux sont inévitablement liés (voy. I. DURANT, *op. cit.*, pp. 72-73, n° 24) et en l'absence indéniable de préjudice, on voit mal comment il pourrait être satisfait à la condition d'intérêt. L'intérêt à agir se confond en effet largement avec l'objet de la demande (voy. R. JAFFERAU, « L'intérêt légitime à agir en réparation - Une exigence... illégitime ? », *J.T.*, 2012, p. 264, n° 43). Et quel pourrait être l'objet de la demande de celui qui n'a subi aucun préjudice et agit sur la base du droit à la réparation de ce préjudice ?

té d'agir à la transmission d'une chose, matérielle de surcroît. Cette conception restrictive est critiquable (voy. *supra*).

Notre solution consiste à permettre à celui qui a intérêt à agir de se saisir du droit de celui qui a qualité, opérant ainsi réunion dans son chef des deux conditions requises pour pouvoir agir<sup>111</sup>. Et l'on voit bien en quoi ce faisant on ne porte pas atteinte au principe de l'égalité : puisque celui qui a qualité n'a pas intérêt, il ne peut mettre en œuvre le droit qu'il tire du contrat. Ce droit de créance, quand bien même il se trouve dans son patrimoine, ne peut être valorisé. Il ne constitue pas un actif sur lequel ses créanciers pourraient faire valoir quelque prétention que ce soit. Aucun droit de préférence n'est dès lors accordé au créancier victime du dommage par l'effet de l'action directe. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous estimons que l'action directe envisagée, à l'inverse de celle de l'article 1798 du Code civil telle qu'interprétée par la Cour de cassation, peut être intentée après la naissance d'une situation de concours<sup>112</sup>.

19. Reste l'entorse faite au principe de la relativité des conventions.

Il s'agit là en définitive du seul véritable obstacle à la reconnaissance d'une action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant et, de manière générale, à l'appréhension juridique du phénomène de groupe de contrats.

À nouveau, il n'est pas insurmontable, mais appelle pour cela une lecture raisonnée de l'article 1165 du Code civil<sup>113</sup>. On pourrait d'ailleurs estimer que celle-ci est commandée par la jurisprudence relative à la responsabilité extracontractuelle de l'agent d'exécution. Car si le fait pour l'agent d'exécution de ne pas être un « tiers à l'exécution du contrat » entraîne une réduction des possibilités d'engager sa responsabilité extracontractuelle, ne pourrait-on pas considérer qu'il entraîne corrélativement une extension des possibilités d'engager sa responsabilité contractuelle ?

Et de quelle extension parle-t-on ? Non pas d'une obligation aggravée par rapport à celle consentie. Mais simplement d'un changement de créancier. Dans le système proposé, il ne s'agit en effet que d'actionner l'aspect actif de l'obligation, ce qui n'engendre aucune aggravation de la situation du sous-débiteur, puisqu'il est autorisé à opposer au créancier agissant les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre son propre créancier<sup>114</sup>. Il n'y a

111 Ne faut-il pas voir dans la situation envisagée un cas particulier où la condition de qualité au sens du droit judiciaire remplirait tout particulièrement son office ? Comp. G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 25, n° 10 : « (...) la qualité n'est qu'exceptionnellement une condition spéciale de l'action (...) la qualité ne prend une véritable autonomie par rapport à l'intérêt que lorsque l'action peut être intentée par une personne distincte du titulaire du droit ».

112 Sur l'impossibilité d'intenter l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil après le concours, voy. Cass., 27 mai 2004, *Rev. dr. comm. b.*, 2004, p. 899, note J. WINDEY et T. HÖRNER, « L'action directe en cas de faillite » ; Cass., 23 septembre 2004 (deux arrêts), *R.C.L.B.*, 2005, p. 435, note M. GRÉGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers » ; *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1437, obs. P. Henry, « Une controverse tranchée : toute situation de concours fait obstacle à l'introduction de l'action directe du sous-traitant » ; Cass., 14 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1204, obs. C. PARMENTIER, « L'exercice de l'action directe du sous-traitant en cas de concours des créanciers » ; Cass., 18 mars 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 998, note V. SAGAERT, « De uitoefening van een (onvolmaakte) rechtstreekse vordering : de kennisgeving aan de ondershuidenaar als peildatum ». Si l'enseignement tiré de ces arrêts ne peut être appliqué à la situation que l'on vise, c'est parce que dans notre hypothèse, il n'est pas porté atteinte au principe de l'égalité des créanciers, alors que la solution prônée par les arrêts précités est déduite des articles 7 et 8 de la loi hypothécaire, voy. notre étude précitée, p. 774, n° 27, note 149.

113 Voy. X. DIEUX, « Nature et limites du droit du titulaire d'une action contre un cocontractant de son débiteur », note sous Cass., 19 octobre 2001, *R.C.L.B.*, 2004, pp. 18-24, n° 7-11.

114 *Ibid.*, pp. 18 et s., n° 7 et s. ; R.O. DALCQ et Chr. DALCQ, « Quelques réflexions sur l'immunité de l'agent d'exécution »,

donc aucune rupture de l'équilibre contractuel<sup>115</sup>, puisque le sous-débiteur est obligé en vertu de son propre contrat. Comme l'indique M. Bacache-Gibeili, « [s]es prévisions, exprimées au moment de l'échange de son consentement avec son cocontractant, sont respectées, quelle que soit la personne qui lui réclame l'exécution »<sup>116</sup>.

Le droit positif s'accoutume d'ailleurs parfaitement de ces changements de créancier imposés au débiteur, même contre son gré, par exemple dans le cadre d'une cession de créance ou d'une subrogation<sup>117</sup>. Et en fin de compte, ce n'est pas autre chose que pose-t-elle la Cour de cassation en admettant la transmission à titre accessoire des actions liées à la chose dans le cadre d'une chaîne translatrice de propriété, puisque ce faisant elle offre à un tiers la possibilité d'exercer certains droits tirés d'un contrat auquel il n'est pas partie<sup>118</sup>...

Avec X. Dieux, l'on conclura donc que :

« (...) le principe de relativité des contrats ne confère aucun titre au sous-débiteur à s'opposer à l'action des créanciers du débiteur intermédiaire, qui prétendent s'emparer des droits de ce dernier à son égard, dès lors que sa situation n'est pas davantage modifiée, par l'exercice de pareille action directe, que ne l'est celle du débiteur cédé en suite d'une cession de créance. Le principe de la relativité des contrats est, en d'autres termes, étranger à ce premier aspect de la problématique. »

20. Pour conclure de manière générale, il nous semble que le système juridique mobilisé dans son ensemble s'accommode aisément de l'admission d'une action directe en responsabilité du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant et de manière générale entre cocontractants extrêmes, lorsque les contrats sont unis entre eux par une identité d'objet, et pour autant que le(s) débiteur(s) intermédiaire(s) ne puisse(nt) faire valoir un droit de créance par rapport à cet objet, ainsi que nous l'avons proposé<sup>119</sup>. Les précisions apportées ici doivent permettre de s'en convaincre<sup>120</sup>.

L'arrêt de cassation commenté ne traite en définitive nullement de la question. Mais il s'inscrit dans ce cadre global qui, comme on vient de le dire, est tout à fait apte à recevoir notre solution. Si cet arrêt du 15 septembre 2011 n'entérine pas notre solution – loin de là ! – il ne la condamne pas plus. La porte reste donc ouverte...

In X, *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 461, n° 6 ; M. BACACHE-GIBELI, *op. cit.*, pp. 258-259, n° 296.

115 Il s'agit d'une des craintes exprimées par MASEUS, en particulier à propos de la reconnaissance d'une action en responsabilité extracontractuelle, in *Vorderingsmogelijkheid bij samenhangende overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 17-18, n° 12.

116 M. BACACHE-GIBELI, *op. cit.*, p. 259, n° 296.

117 X. DIEUX, « Nature et limites du droit du titulaire d'une action contre un cocontractant de son débiteur », *op. cit.*, p. 19, n° 8.

118 Sur la similitude entre « action transmise à titre accessoire » et « action directe », voy. notre étude précitée, p. 773, n° 26.

119 Voy. notre étude précitée, p. 774, n° 28.

120 Dans une note complémentaire à paraître dans cette revue, nous étudierons les modalités pratiques de la mise en œuvre de cette action. Recevront une attention toute particulière les questions de l'opposabilité des exceptions, de la situation de concours ainsi que des recours récursives entre les coresponsables.



L'immunité dont jouit l'agent d'exécution est injuste. Elle est fondamentalement contraire au principe de responsabilité sur lequel repose notre système juridique. Non seulement l'équité, mais la raison également se dressent à l'encontre d'une situation où la victime se trouve dépouillée et le fautif absous. Dès lors, il nous apparaît impératif de trouver une solution, afin que l'agent d'exécution réintègre sa sphère de responsabilité. Et pour ceux qui en douteraient encore, nous les invitons à méditer sur ces mots bien connus qui, à défaut pour le système juridique de trouver un remède à la situation actuelle, perdraient toute consistance : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* »

Julien CABAY  
Aspirant au F.N.R.S.  
Unité de droit économique de l'U.L.B.

## In-house

RAAD VAN STATE, 7 april 2011, nr. 212.509, inzake Cípal t. Vlaamse Gewest

- Voorzitter: D. Verblest
- (Eerste) auditeur: J. Stevens
- Pl.: Meesters D. D'Hooghe, F. Vandendriessche, S. Jochems en B. Staelens

### SLEUTELWOORDEN

**Dienstenopdracht (ICT) – Intergemeentelijke samenwerking – Oprichting van Cípal – Toekenning van exclusief recht aan Cípal – Inroeping van uitzondering *rationae materiae* vervat in artikel 3, § 2, van de Wet van 24 december 1993. Voorwaarde m.b.t. verenigbaarheid met verdrag EEG (en afgeleid recht) – Toetsing door voogdij, van vereiste van wederzijdse exclusiviteit: de dienstverlening door Cípal (ten minste voor de beoogde ICT) kan enkel ten behoeve van exclusiviteitsverlenende gemeenten, per analogie met *in-house* hypothese – Wettigheid van dit vereiste?**

### SAMENVATTING

Uit de beschikking van het Hof van Justitie in de zaak C-323/07 van 10 april 2008 (*Termoraggi*), blijkt dat uitdrukkelijk een onderscheid moet worden gemaakt tussen:

- enerzijds, de hypothese van de "inbesteding"
  - in welk geval de "opdracht" wordt toegewezen aan:
    - een rechtspersoon waarop de aanbestedende overheid een toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten
    - en die tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen,
  - en waaruit voortvloeit dat er geen sprake is van een overeenkomst zoals bedoeld in de zin van artikel 1, a, van de Richtlijn 93/36/EEG van 14 juni 1993 (overweging 50 in het arrest van het Hof van Justitie in de zaak C-107/98, *Teckal*).
- en anderzijds de hypothese van de toepassing van de uitzonderingsgrond voorzien in artikel 3, § 2, van de Wet van 24 december 1993, dat de omzetting is van artikel 6 van de Richtlijn 92/50/EEG.

Is tegenstrijdig de op deze twee nochtans los van elkaar staande hypothesen gesteunde motivering van de beslissing waarbij de voogdij de beslissing vernietigt van het intergemeentelijk samenwerkingsverband om de beslissing van de deelnemende besturen tot het haar verlenen van een exclusief recht te aanvaarden.