

# 1

## LES RESPONSABILITÉS CONTRACTUELLE ET EXTRACTIONNELLE À L'ÈRE DU CONCOURS

L'art délicat du « en même temps »

Alexandre RIGOLET

assistant à l'ULiège

avocat au barreau de Bruxelles

### Sommaire

---

Introduction	8
Section 1	
Concours et option de responsabilité sous l'empire de l'ancien Code civil	12
Section 2	
Le projet de réforme et sa genèse	17
Section 3	
Le nouveau régime	23
Section 4	
Dérogations contractuelles	49
Section 5	
La problématique de l'entrée en vigueur du livre 6	53
Conclusion	54

## Introduction

### A. Le contexte du débat : deux ordres de responsabilité proches mais différents

1. Le droit belge connaît deux ordres de responsabilité civile : les responsabilités contractuelle et extracontractuelle<sup>1</sup>. On sait que la première est une des sanctions de l'inexécution imputable au débiteur d'une obligation contractuelle. Elle est, à présent, consacrée et son régime est organisé par les articles 5.83 et 5.86 du Code civil. La seconde est la conséquence attachée par le législateur à la faute civile, à savoir « la violation d'une norme de conduite, générale ou spécifique »<sup>2</sup> imputable à son auteur ou à un (autre) fait générateur de responsabilité consacré par le législateur. Elle était (est), jusqu'à l'entrée en vigueur du livre 6 du Code civil, régie par les élégants mais lapidaires articles 1382 à 1386 de l'ancien Code civil.

2. Les régimes de deux ordres de responsabilité sont proches. Ils présentent d'importantes similitudes : principe de la réparation intégrale, causalité, partage de responsabilité, etc. Ce rapprochement, déjà observé antérieurement<sup>3</sup>, a été consacré par le livre 5 du Code civil, notamment en ce qu'il prévoit une responsabilité contractuelle du débiteur pour les manquements imputables à ses auxiliaires (art. 5.229) et en cas d'utilisation d'une chose défectueuse (art. 5.230)<sup>4</sup>.

S'ils sont proches (et de plus en plus), les deux régimes ne se confondent toutefois pas. Certaines différences subsistent.

---

<sup>1</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 630. La (réalité de la) distinction entre ces deux ordres de responsabilité et la notion de « responsabilité contractuelle » ont, en France, fait l'objet d'importants débats, principalement doctrinaux (voy. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2019, pp. 375 et s.; E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Paris, L.G.D.J., 2016; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LexisNexis, 2016, pp. 56 et s.; Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 332, n° 12). La doctrine belge s'est, généralement, tenue à l'écart de ce débat, la distinction étant bien ancrée et les termes d'exécution par équivalent et de responsabilité contractuelle étant vus comme des synonymes (P. WÉRY, *ibid.*, p. 546).

<sup>2</sup> B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, Fl. GEORGE et N. SCHMITZ, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, vol. 1, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 119, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 19.

<sup>3</sup> Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 83; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », in S. Stijns et P. Wéry (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruges, La Charte, 2010, p. 17.

<sup>4</sup> Les travaux préparatoires citent également l'article 5.73 du Code civil, en vertu duquel « chacune des parties doit, dans l'exécution du contrat, se comporter comme le ferait une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances » (Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Développements*, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 20 (ci-après les « Développements »)).

Ainsi et sans prétendre à l'exhaustivité, on rappellera que la responsabilité contractuelle suppose, en principe<sup>5</sup>, qu'une mise en demeure ait été adressée au débiteur<sup>6</sup>. Elle est, de plus, soumise à la primauté de l'exécution en nature de l'obligation contractuelle. L'article 5.87 du Code civil limite, en outre, la responsabilité contractuelle au dommage dont les parties « pouvaient raisonnablement prévoir le principe à la conclusion du contrat » (à moins que l'inexécution ne résulte d'une faute intentionnelle du débiteur), limitation que ne connaît pas la responsabilité extracontractuelle<sup>7</sup>. Les actions contractuelles et extracontractuelles sont, enfin, soumises à des règles différentes en matière de prescription<sup>8</sup>.

La mise en œuvre de l'une ou de l'autre responsabilité peut, par ailleurs, être plus aisée pour le créancier. L'existence d'une obligation contractuelle doit, ainsi, être démontrée par la partie qui s'en prévaut. Cette preuve doit, en règle<sup>9</sup>, être rapportée par écrit lorsque la valeur de l'engagement dépasse 3.500 euros<sup>10</sup>. Lorsque l'obligation contractuelle est de résultat, le créancier de l'obligation contractuelle peut toutefois se limiter à établir que le résultat promis n'a pas été obtenu pour engager la responsabilité du débiteur, ce qui est évidemment un avantage. De son côté, la responsabilité extracontractuelle peut néanmoins, dans certains cas, être engagée sans qu'une faute imputable au débiteur (responsable) soit requise, ce qui est encore mieux<sup>11</sup>. De nombreuses conventions contiennent, en outre, des clauses limitant et/ou aménageant la responsabilité du débiteur en cas d'inexécution. Un recours extracontractuel pourrait permettre de les contourner, une partie de la jurisprudence et de la doctrine considérant que de telles clauses ne s'appliquent pas à une action en responsabilité extracontractuelle<sup>12</sup>.

Il est, enfin, fréquent que le débiteur dispose d'une couverture d'assurance différente selon que sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle est engagée. Or, on sait l'importance pour la personne lésée de pouvoir s'adresser à un assureur dont la solvabilité est, en principe, assurée.

<sup>5</sup> L'article 5.233 du Code civil prévoit six exceptions à ce principe.

<sup>6</sup> Art. 5.83, al. 3, C. civ.

<sup>7</sup> Les conséquences de cette distinction demeurent, cependant, essentiellement théoriques, le caractère imprévisible en son principe du dommage étant difficile à établir (B. VERKEMPINCK, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle : l'enjeu au regard de la mesure du préjudice contractuel », in P. Wéry (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 214 et s., spéc. p. 241.

<sup>8</sup> Art. 2262bis ancien C. civ.

<sup>9</sup> À l'égard d'une entreprise, la preuve d'un acte juridique peut être rapportée par tout mode de preuve quelle que soit sa valeur.

<sup>10</sup> Art. 8.9 C. civ.

<sup>11</sup> Par exemple en cas responsabilité du fait des choses (B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, Fl. GEORGE et N. SCHMITZ, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, op. cit., pp. 228-230). Comme mentionné, l'article 5.230 du Code civil dispose toutefois à présent que « si l'inexécution d'une obligation est due à l'utilisation d'une chose défectueuse, cette inexécution est imputable au débiteur, sauf force majeure ».

<sup>12</sup> Voy., à cet égard, les critiques et les références citées dans les travaux préparatoires : *Développements*, pp. 29-30.

## B. L'objet du débat : l'option de responsabilité(s)

3. La conséquence de ces disparités est évidente : selon les circonstances, la personne lésée peut avoir intérêt à invoquer l'une ou l'autre des responsabilités<sup>13</sup>. Encore faut-il, bien entendu, que les conditions de chacune des deux responsabilités soient réunies. Ceci suppose, en particulier, que le débiteur ait non seulement manqué à son obligation contractuelle<sup>14</sup> mais également à l'obligation générale de prudence (ou qu'un autre fait générateur de responsabilité extracontractuelle puisse lui être imputé).

Une telle situation n'est cependant pas exceptionnelle : il est fréquent qu'un manquement contractuel imputable au débiteur constitue également une faute extracontractuelle et/ou constitue un fait générateur de responsabilité extracontractuelle. La jurisprudence en fournit de nombreuses illustrations<sup>15</sup>.

La personne lésée est-elle alors libre de fonder son action sur l'une et/ou l'autre des responsabilités ? C'est la question « de l'option ou du concours de responsabilité »<sup>16</sup>. On y rattache celle du sort de l'auxiliaire du débiteur chargé d'exécuter l'obligation contractuelle en souffrance et de la possibilité pour le créancier d'exercer un recours extracontractuel contre celui-ci<sup>17</sup>.

4. Ces deux questions divisent la doctrine (en ce compris les auteurs mêmes du projet de livre 6 du Code civil) et la jurisprudence<sup>18</sup> depuis plus d'un

<sup>13</sup> Quant à l'intérêt d'une action extracontractuelle entre cocontractants, voy. A. CATALDO, « Le concours des responsabilités entre cocontractants », in P. COLSON et Fl. GEORGE (coord.), *Le nouveau livre 6 du Code civil. La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2024, pp. 396-398.

<sup>14</sup> Il n'y a, en conséquence, pas concours lorsque la relation entre la personne lésée et celle qu'elle considère comme responsable est de nature réglementaire (Cass., 7 novembre 2016, *N.j.W.*, 2008, p. 28).

<sup>15</sup> Voy. les nombreuses décisions citées par B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, Fl. GEORGE et N. SCHMITZ, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, op. cit., pp. 742 et s.

<sup>16</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 630.

<sup>17</sup> On veillera à distinguer ces deux questions de l'hypothèse où le manquement contractuel imputé au débiteur cause également un dommage à un tiers qui n'est lié contractuellement à aucune des parties. À l'inverse de celles qui nous occupent, pareille hypothèse (à savoir celle de la coexistence de responsabilités) ne pose, en effet, que peu de difficultés en ce qui concerne le recours du tiers lésé. Conformément au principe de la relativité des effets internes du contrat, il ne peut pas prétendre exercer un recours contractuel. À l'inverse et en vertu du même principe, le responsable ne peut prétendre échapper à sa responsabilité extracontractuelle en lui opposant d'éventuelles clauses limitant sa responsabilité à l'égard de son cocontractant (Th. MALENGREAU, « La coexistence des responsabilités : état des lieux », in P. Wéry (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, op. cit., p. 112). La voie extracontractuelle est pleinement ouverte au tiers lésé (à condition bien sûr que ses conditions d'applications soient réunies) (Cass., 21 octobre 2010, *Arr. Cass.*, 2010, p. 2562 ; Cass., 25 octobre 2012, *T.B.B.R.*, 2015, p. 533, note P. WÉRY). Ces principes ne sont pas modifiés par le livre 6 du Code civil.

<sup>18</sup> Sur cette question, voy. notamment : B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, Fl. GEORGE et N. SCHMITZ, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, op. cit., pp. 723-779 ; Fl. GEORGE et R. JAFFERALI (coord.), *Manuel de droit de la responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 70-79 ; C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in P. Wéry (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, op. cit., pp. 7-55 ; H. BOCKEN, « Samenloop, anders bekeken », in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Alois Van Oevelen*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 35-61 ; P. A. FORIERS, « Les concours de responsabilités contractuelle et

demi-siècle. Les interventions successives, mais en sens divergents, de la Cour de cassation au cours des décennies passées n'ont que partiellement clarifié la matière. Chaque évolution (réelle ou perçue) de sa jurisprudence a donné lieu à de nouvelles controverses. C'est ainsi que l'on considère que « les rapports entre les deux ordres de la responsabilité civile que sont la responsabilité aquilienne et la responsabilité contractuelle comptent, sans conteste, parmi les questions les plus complexes et les plus délicates du droit des obligations »<sup>19</sup>.

5. Outre le manque de clarté de sa jurisprudence, la doctrine critique, de plus et de longue date, les solutions retenues par la Cour de cassation. De nombreux auteurs considèrent comme excessive la priorité donnée, depuis les années septante, à la responsabilité contractuelle et jugent la quasi-immunité accordée à l'auxiliaire à l'égard du créancier principal injustifiée<sup>20</sup>.

6. Ces constats ont convaincu le législateur, dans un premier temps incarné par les auteurs du projet de livre 6<sup>21</sup>, à reprendre la main et à revoir fondamentalement les rapports entre les deux ordres de responsabilité. Cette (proposition de) réforme a, nous le verrons, fait l'objet de vifs débats, d'abord au sein du monde académique, puis lors des échanges au parlement. Témoignage de son importance, la modification des règles relatives au concours de responsabilités est présentée en premier rang par les travaux préparatoires parmi les innovations envisagées<sup>22</sup>. Cette importance (pratique) a décidé les députés à amender (avec

---

extracontractuelle : observations sur le droit positif», in E. Van den Haute, Fr. Glansdorff et M. Dupont (coord.), *Les obligations contractuelles en pratique. Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 111-126; S. STIJNS, «Samenloop van civielrechtelijke aansprakelijkheidsregimes: *quo vadis?*», in H. Vuye et Y. Lemense, *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 141-196; P. WÉRY, «L'option des responsabilités entre parties contractantes» et O. VANDEN BERGHE, «De buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent en de "onderstelling van contractualisering"», in S. Stijns et P. Wéry, *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 223-245 et pp. 247-270 (respectivement); B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 469-501; B. DUBUISSON, «Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation...», in I. Boone, I. Claeys et L. Lavrysen (dir.), *Liber amicorum Hubert Bocken : dare la luce*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 67-84; H. BOCKEN, «Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid – Verfijners, verwijners en het arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006», *N.j. W.*, 2007, pp. 722-731; I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid : de quasi-immunité van de uitvoeringsagent herbekeken*, Anvers, Intersentia, 2003; J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Paris, Sirey, 1970.

<sup>19</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 630; S. STIJNS et I. SAMOY, *Verbindenissenrecht*, liv. 1bis, Bruges, die Keure, 2020, pp. 169 et s.

<sup>20</sup> Voy. notamment: J.-W. VERBEKE et A.-L. VERBEKE, «Samenloop en quasi-immunité in het bouwcontractenrecht. (Aangename?) kennismaking met het voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid», *T.B.O.*, 2022, pp. 184-185; H. BOCKEN, «Samenloop, anders bekeken», *op. cit.*, pp. 51-61; W. BUELENS et D. VERHOEVEN, «De (on)zin van een samenloopverbod tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering», *R.G.D.C.*, 2016, pp. 332-333; S. STIJNS, «Samenloop van civielrechtelijke aansprakelijkheidsregimes: *quo vadis?*», *op. cit.*, pp. 182-196.

<sup>21</sup> Il était initialement prévu que les dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle soient intégrées à un livre 5 relatif aux obligations.

<sup>22</sup> Avant-projet de loi du 1<sup>er</sup> septembre 2019 portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, Exposé des motifs, p. 11; Développements, p. 11.

l'assistance plutôt que l'accord de ses auteurs) le projet initial, dans le but d'améliorer la position de l'auxiliaire et d'aboutir ainsi à une solution jugée plus équilibrée entre les impératifs de protection des intérêts de la personne lésée et de l'auxiliaire (respectivement)<sup>23</sup>.

Le nouveau régime contenu à l'article 6.3 du Code civil est le fruit de ces débats. Il s'écarte résolument des solutions jusqu'alors retenues par la Cour de cassation. Il n'échappe cependant pas, nous le verrons, à la complexité. Il laisse, de plus, d'importantes zones d'ombre que nous nous proposons d'explorer.

7. Dans les lignes qui suivent, nous commencerons, pour ce faire, par exposer brièvement les solutions retenues jusqu'à l'entrée en vigueur du livre 6, en priant les lecteurs familiers du sujet de bien vouloir excuser les répétitions que cela peut induire. Nous pourrions, ensuite, examiner en détail le nouveau régime et ses conséquences sur la position juridique des parties au contrat, d'abord, et de leurs auxiliaires, ensuite.

## Section 1

### Concours et option de responsabilité sous l'empire de l'ancien Code civil

8. Le texte de l'ancien Code civil n'apporte pas de réponse à la question du concours ou de l'option de responsabilité entre cocontractants. Il ne fournit pas davantage d'éclairage quant à la relation entre l'auxiliaire du débiteur et le créancier. La solution à ces questions a donc, pour le meilleur et pour le pire, été laissée à la sagesse des tribunaux.

#### A. Admission initiale du concours

9. Jusqu'au début des années 1970, ceux-ci optèrent pour l'admission de l'option des responsabilités. La jurisprudence, en particulier de la Cour de cassation, admettait ainsi, dès lors que les conditions des responsabilités contractuelle et extracontractuelle étaient (chacune) réunies, que le créancier/personne lésée fonde son action sur l'une ou l'autre<sup>24</sup>. Cette approche est illustrée par un

---

<sup>23</sup> Voy. ci-dessous, n<sup>os</sup> 23 et s.

<sup>24</sup> J. DABIN et A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1939-1948) La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1949, p. 51. On y lit que « [l]a jurisprudence belge reste fidèle à l'idée que l'existence d'un contrat entre parties n'empêche nullement le jeu de la responsabilité délictuelle, non seulement au cas de manquement constitutif d'une infraction punissable (solution généralement admise [...]), mais lorsque le fait dommageable, intervenu hors de tout contrat, eût quand même donné lieu à responsabilité : "Si la responsabilité contractuelle se déduit de la loi que les parties se sont faites à elles-mêmes, la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle dérive d'une loi générale préexistante qui est l'un des fondements de la vie sociale", sans que les parties puissent être présumées avoir voulu renoncer à l'application des règles de la responsabilité délictuelle [...] ».

célèbre arrêt de la Cour de cassation du 13 février 1930<sup>25</sup>, aux termes duquel elle jugea que :

« En prescrivant la réparation par chacun de tout dommage causé à la personne d'autrui ou à ses biens, l'article 1382 du Code civil a édicté une règle dont l'observation s'impose, en principe, à tous et en toutes circonstances; [...] la règle ne cesse pas de trouver son application dès qu'un contrat a été l'occasion du dommage; [...] le fait de s'engager, dans un contrat, à veiller tout spécialement aux biens ou à la personne d'un contractant n'enlève pas, par lui-même, toute action quasi délictuelle à ce dernier, pour lui réserver seulement, en cas de dommage, l'action née du contrat; [...] la coexistence de deux actions, nées de rapports de droits différents, se conçoit quand ces deux actions tendent à la même fin ».

## B. Interdiction du concours et immunité relative de l'agent d'exécution

10. Cette solution fit toutefois, à partir des années 50, l'objet de critiques doctrinales<sup>26</sup>. Plusieurs auteurs dénoncèrent la possibilité qu'offrait la jurisprudence de la Cour de cassation de contourner les dispositions contractuelles encadrant et/ou limitant la responsabilité des parties, en recourant à la responsabilité extracontractuelle et l'atteinte ainsi portée à la prévisibilité et la volonté (présumée) des parties<sup>27</sup>. Une jurisprudence dissidente se développa<sup>28</sup>.

11. Ces critiques finirent par convaincre la Cour de cassation de renverser sa jurisprudence. De ce renversement naquirent deux principes : (1) la prohibition de l'option de responsabilité entre cocontractants et (2) l'immunité relative de l'agent d'exécution.

12. De manière surprenante, cette évolution débuta par la consécration du second principe (mais c'est sans doute là la conséquence du hasard de la saisine de la Cour de cassation). Dans son célèbre arrêt du 7 décembre 1973<sup>29</sup> dit de « l'arrimeur », rompant avec sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation jugea que :

« Attendu, d'une part, que le préposé ou l'agent d'exécution, que le transporteur se substitue pour exécuter en tout ou en partie le contrat de transport, n'est pas un tiers au regard de l'exécution du contrat et à l'égard du cocontractant du transporteur ;

<sup>25</sup> Cass., 13 février 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 115.

<sup>26</sup> J. DABIN et A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1948-1951) La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R. C. J. B.*, 1952, pp. 57 et s.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., 1964, pp. 896-897.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> J. DABIN et A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1955-1959) La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R. C. J. B.*, 1959, pp. 176 et s.

<sup>29</sup> Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376.

Attendu, d'autre part, que la responsabilité quasi délictuelle du préposé ou de l'agent d'exécution, qui intervient pour exécuter une obligation contractuelle d'une partie, ne peut être engagée que si la faute à lui imputée constitue la violation, non de l'obligation contractuelle, mais d'une obligation qui s'impose à tous, et si cette faute a causé un autre dommage que celui résultant seulement de la mauvaise exécution du contrat».

Elle consacra, ce faisant, la théorie de la quasi-immunité de l'agent d'exécution à l'égard du créancier.

13. Comme attendu, la Cour de cassation transposa, ensuite, ces principes aux relations entre contractants, soumettant un recours extracontractuel entre parties aux mêmes (deux) conditions. Par un arrêt du 14 octobre 1985<sup>30</sup>, elle jugea ainsi que :

«la responsabilité d'une partie contractante ne peut être engagée, sur le plan extracontractuel, du chef d'une faute commise lors de l'exécution du contrat, que si la faute qui lui est imputée constitue un manquement non pas à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat».

Le principe de la prohibition de l'option des responsabilités était ainsi, à son tour, consacré. Priorité était donnée à la responsabilité contractuelle, celle-ci prenant le pas sur la responsabilité extracontractuelle.

14. La Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence par la suite<sup>31</sup>. Par un arrêt du 27 novembre 2006<sup>32</sup>, elle a justifié cette solution (en tout cas entre contractants) par la volonté des parties à un contrat de soumettre leur relation aux règles de la responsabilité contractuelle :

«L'impossibilité de principe, pour des parties contractantes, d'invoquer les règles de la responsabilité extracontractuelle dans le cadre de leur relation contractuelle, découle de l'hypothèse que, sauf stipulation contraire, les parties au contrat ont voulu soumettre leur relation contractuelle et ses manquements aux seules règles de la responsabilité contractuelle».

Elle admettait toutefois une importante exception à ces principes : lorsque le manquement reproché au cocontractant ou à l'auxiliaire constitue une infraction pénale, un recours extracontractuel est ouvert à la victime contre l'auteur de l'infraction<sup>33</sup>. Ceci sans qu'il ne soit requis qu'une condamnation

---

<sup>30</sup> Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155.

<sup>31</sup> Cass., 18 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1006; Cass., 7 novembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 215; Cass., 9 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 296; Cass., 28 septembre 1995, *Bull.*, 1995, p. 856; Cass., 23 mai 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 583, *R. W.*, 1998-1999, p. 681, note; Cass., 26 avril 2002, *R. G.A.R.*, 2002, n° 13.585.

<sup>32</sup> Cass., 27 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 11, p. 2485.

<sup>33</sup> Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 216. Cette exception était admise de longue date (J. DABIN et A. LAGASSE, «Examen de jurisprudence (1955-1959) La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *op. cit.*, p. 177; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, pp. 908-909).

pénale ait été prononcée, ni même que des poursuites pénales aient été intentées<sup>34</sup>.

15. Le revirement opéré par l'arrêt du 7 décembre 1973 et ceux qui l'ont suivi a, rapidement, fait naître d'importants débats au sein de la doctrine. Les meilleurs auteurs se sont divisés quant à la portée exacte de cette jurisprudence<sup>35</sup>.

La doctrine majoritaire a interprété la position de la Cour de cassation comme un rejet de toute possibilité d'option (« *verdwijningstheorie* »)<sup>36</sup>. Selon cet enseignement, en présence d'un manquement contractuel, un recours à la responsabilité extracontractuelle est exclu. Ceci même si ledit manquement constitue également une atteinte à la norme générale de prudence. Entre contractants (et à l'égard de leurs auxiliaires), un recours extracontractuel n'est, en conséquence, admis qu'à la double condition (1) que la faute reprochée au contractant (ou à l'auxiliaire) soit purement extracontractuelle et donc étrangère à l'exécution du contrat et (2) qu'il en résulte un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat.

Cette approche n'a cependant jamais fait l'unanimité. Plusieurs auteurs, partisans de la théorie dite de l'affinement (« *verfijningstheorie* »), ont vu dans la jurisprudence de la Cour de cassation non pas une volonté d'exclure toute option mais uniquement d'en affiner les conditions d'application<sup>37</sup>. Selon cette doctrine (minoritaire), une action extracontractuelle demeurerait ouverte entre cocontractants à la double condition que (1) la faute imputée au débiteur constitue à la fois un manquement contractuel et une faute (ou un fait générateur de responsabilité) extracontractuelle et (2) qu'il en ait résulté un dommage qui ne soit pas purement contractuel, à savoir un dommage autre que celui qui « résulte de la perte ou de la privation de l'avantage économique que le cocontractant devrait normalement tirer du contrat »<sup>38</sup>.

16. Le débat entre ces « *verdwijners* » et « *verfijners* » a, pendant un temps, semblé s'apaiser. Alors que la thèse du concours (disparition) paraissait l'emporter, il a toutefois été relancé près de 40 ans plus tard par un nouvel infléchissement

<sup>34</sup> C. HÉLAS, « Le concours des responsabilité contractuelle et extracontractuelle », *op. cit.*, p. 36; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, t. II, vol. 1, coll. De Page – Traité de droit civil belge, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 36.

<sup>35</sup> Pour un exposé de la question, voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 630-655; C. HÉLAS, « Le concours des responsabilité contractuelle et extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 7-55; S. STIJNS, « Samenloop van civielrechterlijke aansprakelijkheidsregimes: *quo vadis* », *op. cit.*, pp. 141-196.

<sup>36</sup> P. WÉRY, *ibid.*, p. 640, note 802; S. STIJNS, *ibid.*, pp. 172-177.

<sup>37</sup> J. VAN RYN, « Responsabilité aquilienne et contrats », *J.T.*, 1975, pp. 505-506; X. DIEUX, « Le contrat: instrument et objet de dirigisme », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau, 1984, pp. 310-311; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, « La responsabilité civile du prestataire de services à l'égard des tiers », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau, 1994, pp. 218-219, note 28.

<sup>38</sup> B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 485.

de sa jurisprudence par la Cour de cassation. Dans son arrêt *Tiercé franco-belge* du 29 septembre 2006<sup>39</sup>, la Cour de cassation a, ainsi, jugé que :

« Le contractant qui se fait remplacer par son travailleur pour l'exécution d'une obligation contractuelle est lui-même contractuellement responsable du dommage causé par l'exécutant. Sa responsabilité quasi délictuelle ne peut être admise que si la faute qui lui est imputée constitue un manquement non seulement à l'obligation contractuelle mais aussi au devoir général de diligence qui lui incombe et si cette faute a causé un dommage autre que celui qui est dû à la mauvaise exécution ».

Plusieurs auteurs, emmenés par Bernard Dubuisson, ont vu dans cette évolution la consécration de la « *verfijningstheorie* » : en présence d'une faute « mixte », un recours extracontractuel serait ouvert au créancier dès lors que son dommage n'est pas purement contractuel (à savoir « tous les dommages qui résultent de la perte ou de la privation de l'avantage économique que le contractant devait normalement retirer du contrat »)<sup>40</sup>. Ils semblent avoir été suivis par une partie de la jurisprudence<sup>41</sup>.

Cette interprétation a cependant été rejetée par la doctrine majoritaire. Plusieurs auteurs ont relevé que, si la Cour de cassation était incontestablement revenue sur la première condition à l'option (à savoir initialement une faute qui ne constitue pas une violation d'une l'obligation contractuelle), la seconde exigence (à savoir un dommage « autre que celui qui est dû à la mauvaise exécution ») demeurerait inchangée<sup>42</sup>. Le *Rapport annuel* 2006 de la Cour de cassation le précisait, indiquant que « [l]a Cour exige toutefois toujours, comme auparavant, que “cette faute cause un dommage autre que celui qui est dû à la mauvaise exécution” ». Cette seconde exigence a été régulièrement rappelée par la Cour de cassation dans sa jurisprudence ultérieure<sup>43</sup>, sans que la Cour ne consacre la notion de dommage « purement contractuel »<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Cass., 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1911.

<sup>40</sup> B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 485 ; Fl. GEORGE, P. COLSON, A. CATALDO et B. FOSSÉPREZ, *Manuel de droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2024, pp. 480 et s.

<sup>41</sup> B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, Fl. GEORGE et N. SCHMITZ, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, *op. cit.*, pp. 744 et s. et les références jurisprudentielles citées.

<sup>42</sup> Le rapport annuel 2006 de la Cour de cassation précise, à cet égard, que : « La Cour exige toutefois toujours, comme auparavant, que “cette faute cause un dommage autre que celui qui est dû à la mauvaise exécution” ».

<sup>43</sup> Cass., 24 mars 2016, *D.A.O.R.*, 2016, p. 130, *R.G.D.C.*, 2019, p. 512 ; Cass., 17 mars 2017, *R.W.*, 2018-2019, p. 382 (somm.), *R.D.C.*, 2017, p. 952, note P. GILLAERTS ; Cass., 12 mars 2020, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.720, note C. HÉLAS ; Cass., 2 octobre 2020, *R.G.D.C.*, 2021, p. 188, note M. HIGNY, *Jurim Pratique*, 2023, p. 177, note J.-Fr. ROMAIN.

<sup>44</sup> Dans un arrêt du 17 mars 2017 (*R.W.*, 2018-2019, p. 382 (somm.), *R.D.C.*, 2017, p. 952, note P. GILLAERTS), elle a, au contraire, confirmé que la notion de dommage « dû à la mauvaise exécution » du contrat s'entend comme le dommage qui est la conséquence de la mauvaise exécution du contrat (H. BOCKEN, « Samenloop in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid », *T.P.R.*, 2021, p. 160).

17. Par un arrêt du 25 mai 2023, la Cour de cassation a finalement définitivement condamné la thèse des «verfijners»<sup>45</sup>. Elle a jugé que :

«La responsabilité extracontractuelle d'une partie contractante ne peut être engagée à l'égard de son cocontractant que si la faute qui lui est imputée constitue un manquement non seulement à l'obligation contractuelle mais aussi à l'obligation générale de prudence et que cette faute a causé un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat.

Le dommage qui résulte de la mauvaise exécution du contrat est celui qui est en lien causal avec ce manquement, lors même qu'il n'en est qu'une suite indirecte»<sup>46</sup>.

Or, comme le relevait déjà (avant cet arrêt) Patrick Wéry : « compte tenu de la définition large que reçoit le dommage contractuel, on peut, en effet, craindre qu'un préjudice résultant d'une faute mixte qui soit étranger à l'exécution du contrat ne relève du cas d'école »<sup>47</sup>. Jusqu'à l'adoption du livre 6 du Code civil, on en reste/ait donc, en présence d'une faute mixte, au principe de l'exclusion de toute action extracontractuelle (tant entre cocontractant qu'à l'égard de l'auxiliaire qui aurait lui-même commis un manquement à ses obligations contractuelles à l'égard du débiteur)<sup>48</sup>.

## Section 2

### Le projet de réforme et sa genèse

#### A. L'option choisie et les avant-projets

18. Les solutions successivement retenues par la Cour de cassation n'ont, nous l'avons exposé, jamais fait l'unanimité. Aucune d'elles ne donne satisfaction. Elles n'ont, pas davantage, convaincu les auteurs du projet de livre 6<sup>49</sup>.

L'admission sans limite de l'option de responsabilité telle qu'elle était retenue jusqu'au début des années 1970 présente, certes, l'avantage de la simplicité. Elle est conforme au principe (confirmé par le (futur) article 6.3 du Code civil) selon lequel des règles juridiques dont les conditions d'application sont réunies peuvent s'appliquer simultanément. Elle présente cependant l'inconvénient de priver d'utilité les règles légales spécifiques (en particulier celles relatives aux contrats spéciaux) et les clauses contractuelles (en particulier les clauses limitatives

<sup>45</sup> P. WÉRY, «La notion de dommage contractuel appliquée au concours des responsabilités», note sous Cass., 25 mai 2023, R.G.D.C., 2024, p. 280.

<sup>46</sup> Cass., 25 mai 2023, concl. P. DE KOSTER, R.G.A.R., 2024, n° 1, p. 11.

<sup>47</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 646.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Développements*, pp. 20 et s.

de responsabilité)<sup>50</sup>, dès lors qu'elles peuvent être contournées en se fondant sur la responsabilité extracontractuelle<sup>51</sup>.

Le régime développé par la Cour de cassation à la suite du revirement opéré par son arrêt du 7 décembre 1973 répond à cette objection. La primauté donnée à la responsabilité contractuelle « empêche les parties contractantes d'échapper à l'application des clauses contractuelles qui limitent la responsabilité entre cocontractants par le moyen d'une action extracontractuelle exercée contre l'un deux ou l'un de ses auxiliaires »<sup>52</sup>. Il préserve, ce faisant, « l'économie du contrat et la répartition des risques contractuellement déterminée »<sup>53</sup>.

Cette solution repose, cependant, sur l'idée que, par la conclusion du contrat, les parties ont nécessairement souhaité inscrire leur relation dans un contexte purement contractuel et, corrélativement, ont renoncé à la protection qu'offre la responsabilité extracontractuelle. Or, comme l'énoncent les travaux préparatoires du livre 6, « le plus souvent toutefois, cette expression de volonté supposée est une fiction plutôt qu'un fait constaté et les parties n'ont même pas le moindre soupçon qu'en contractant elles renoncent également aux droits que leur confère le droit de la responsabilité extracontractuelle »<sup>54</sup>. La volonté des parties et la nécessité de préserver l'économie du contrat ne semblent, partant, pas pouvoir justifier que le cocontractant soit systématiquement privé de la protection qu'offrent les règles en matière de responsabilité extracontractuelle<sup>55</sup>.

Certes, il est fait exception à l'interdiction du concours en présence d'une infraction pénale. Cette exception paraît cependant mal calibrée. Les auteurs du projet de livre 6 relèvent qu'« il n'est guère rationnel que l'importance attachée à la protection des accords contractuels change dès qu'il y a violation d'une norme sanctionnée pénalement, mais pas si une autre disposition d'ordre public, par exemple du droit social ou fiscal est violée »<sup>56</sup>. À cela s'ajoutait le manque de clarté de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>57</sup> – la notion de dommage « autre que celui qui est dû à la mauvaise exécution » faisant, en tout cas jusqu'à son arrêt du 25 mai 2023, débat<sup>58</sup> – et les difficultés d'application que génère son application pratique.

---

<sup>50</sup> Dans la mesure où on considère que ces clauses ne visent que la responsabilité contractuelle, solution que la doctrine plus récente critiquait néanmoins (Développements, pp. 28-29 et les références y citées).

<sup>51</sup> Avant-projet de loi du 1<sup>er</sup> septembre 2019 portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, Exposé des motifs, pp. 22-23.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>53</sup> Développements, p. 26.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>55</sup> W. BUELENS et D. VERHOEVEN, « De (on)zin van een samenloopverbod tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering », *R.G.D.C.*, 2016, pp. 332-333; J.-L. FAGNART, « La responsabilité du fait des choses dans les relations contractuelles », note sous Mons, 1<sup>er</sup> décembre 2011, *Recueil de jurisprudence du Forum de l'assurance*, Limal, Anthemis, 2011, p. 99.

<sup>56</sup> Développements, p. 26.

<sup>57</sup> Plusieurs auteurs regrettant les termes parfois sibyllins employés par la Cour de cassation. Voy. notamment S. STIJNS, « Samenloop van civielrechtelijke aansprakelijkheidsregimes : *quo vadis?* », *op. cit.*, pp. 182-166.

<sup>58</sup> Voy. ci-dessus, n° 16.

19. Ces critiques sont transposables au régime de quasi-immunité dont bénéficie l'auxiliaire à l'égard du créancier, une action extracontractuelle contre l'auxiliaire étant soumise aux mêmes conditions. Comme le relèvent les travaux préparatoires, cette quasi-immunité, qui ne trouve pas d'équivalent dans les droits étrangers, place, de plus, le créancier dans une situation très (trop) désavantageuse, en particulier lorsque le débiteur est en faillite. Ne disposant, en règle, pas d'un recours contractuel contre l'auxiliaire, l'impossibilité d'agir sur une base extracontractuelle contre l'auxiliaire le prive, le plus souvent, de tout recours utile en l'absence d'une infraction pénale. Ceci même lorsque l'auxiliaire a commis une faute grave ou intentionnelle mais non sanctionnée pénalement<sup>59</sup>.

20. Ces éléments ont convaincu les membres de la commission chargée de la réforme de proposer une solution intermédiaire évitant « les inconvénients [...] de la solution alternative comme de la solution exclusive »<sup>60</sup>. Elle consistait en l'admission du concours de responsabilités mais tempéré(e) par l'application préférentielle des dispositions légales particulières et des clauses contractuelles (nous verrons lesquelles).

La première version (du 28 mars 2018) publiée de l'avant-projet de loi<sup>61</sup> contenait, ainsi, un article 5.143 libellé comme suit :

« Art. 5.143. Responsabilité contractuelle et extracontractuelle

Si un fait constitue à la fois l'inexécution d'une obligation contractuelle et un fait générateur de responsabilité extracontractuelle envers le cocontractant lésé, celui-ci choisit de fonder son action sur la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, à moins que ce choix ne soit exclu par la loi ou le contrat.

Même si la personne lésée fonde son action sur la responsabilité extracontractuelle, les dispositions légales particulières applicables au contrat en cause et les clauses contractuelles, qui concernent les conditions et les effets de la responsabilité, la déchéance ou la prescription, prévalent.

Cette primauté n'est pas d'application lorsque le dommage résulte d'une atteinte à l'intégrité physique ».

La formulation a été revue par la suite. Dans les avant-projets de loi du 6 août 2018<sup>62</sup> et du 1<sup>er</sup> septembre 2019<sup>63</sup>, l'article 5.143 disposait que :

« La personne lésée peut invoquer à l'égard d'un contractant les règles de responsabilité extracontractuelle, à moins que cette possibilité ne soit exclue par la loi ou un contrat.

<sup>59</sup> Développements, p. 33.

<sup>60</sup> Avant-projet de loi du 6 août 2018 portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, pp. 28-29.

<sup>61</sup> Avant-projet de loi du 28 mars 2018 portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15.458.

<sup>62</sup> Publié aux éditions la Charte.

<sup>63</sup> La formulation est identique dans ses versions du 6 août 2018 et du 1<sup>er</sup> septembre 2019.

Toutefois, si elle demande la réparation d'un dommage qui trouve sa cause dans l'inexécution d'une obligation contractuelle, les dispositions légales particulières et les clauses contractuelles applicables spécifiquement aux obligations des parties prévalent sur les règles de la responsabilité extracontractuelle».

Il était, de cette manière, évité qu'un contractant ne puisse contourner ces règles et clauses en fondant son action sur la responsabilité extracontractuelle. Un tempérament était toutefois prévu en cas d'atteinte à l'intégrité physique (et non en cas d'infraction pénale<sup>64</sup>). L'action extracontractuelle pouvait alors être exercée sans entrave :

« Cette primauté n'est pas d'application pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ».

21. En ce qui concerne l'agent d'exécution, le principe de la quasi-immunité y était également abandonné (bien qu'implicitement)<sup>65</sup>. Aucune exemption générale n'était prévue en sa faveur. L'exposé des motifs renvoyait toutefois à l'article 5.92, § 2, de l'avant-projet relatif aux obligations en vertu duquel « si le débiteur fait appel à des auxiliaires pour l'exécution du contrat, ceux-ci peuvent invoquer contre le créancier principal la clause d'exonération de responsabilité convenue entre celui-ci et le débiteur ». Il était également renvoyé à l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail<sup>66</sup>.

## B. La proposition de loi

22. La solution proposée dans l'avant-projet de loi a, sans surprise, fait l'objet d'importants et riches débats<sup>67</sup>. Elle a malgré tout, en son principe, été maintenue jusqu'au dépôt de la proposition de loi du 8 mars 2023<sup>68</sup>. La formulation initiale de l'article 5.143 du Code civil (renuméroté 6.4) y était cependant

---

<sup>64</sup> L'avant-projet précise qu'il « prend également ses distances avec la jurisprudence, selon laquelle une action extracontractuelle est toujours possible lorsque l'inexécution constitue une infraction ou lorsque le dommage est la conséquence d'une infraction. Il n'y a pas de raison technique ou stratégique probante pour toujours écarter dans ce cas des règles de responsabilité d'origine légale ou conventionnelle spécifiques » (p. 33).

<sup>65</sup> Avant-projet de loi du 1<sup>er</sup> septembre 2019 portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, pp. 35-36.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>67</sup> Voy. notamment: J.-W. VERBEKE et A.-L. VERBEKE, « Samenloop en quasi-immuniteit in het bouwcontractenrecht. (Aangename?) kennismaking met het voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, pp. 184-185; C. BORUCKI, « Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2022, pp. 1138-1158; J. VANANROYE et O. ROODHOOF, « Toerekening aan rechtspersonen en aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid », *T.P.R.*, 2021, pp. 177-214; GROTIUS-POTHIER ONDERZOEKGROEP, « Een rechtsvergelijkende analyse van de Belgische hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht: enkele suggesties voor wetgever en rechter », *R. G.D.C.*, 2020, pp. 122-159; M. E. STORME, « Een nieuw verbintenissenrecht: oude wijn in oude zakken », *De Juristenkrant*, 2018, p. 17.

<sup>68</sup> Développements, pp. 30 et 3.

modifiée (nous y reviendrons) et un second paragraphe ajouté. Son paragraphe premier ainsi modifié disposait que :

« Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre cocontractants.

Toutefois, si, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, la personne lésée demande à son cocontractant la réparation d'un dommage résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce cocontractant peut invoquer les moyens de défense découlant de la législation en matière de contrats spéciaux ou résultant des clauses contractuelles et des règles particulières de prescription applicables au contrat. Tel n'est pas le cas pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage ».

Son (nouveau) second paragraphe disposait, quant à lui, que :

« Si la personne lésée demande la réparation d'un dommage résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle à un auxiliaire de son cocontractant, cet auxiliaire peut invoquer les mêmes moyens de défense de ceux que le cocontractant peut invoquer sur la base du paragraphe 1<sup>er</sup> ».

On y relèvera, en particulier, le remplacement des termes de « clauses contractuelles applicables spécifiquement aux obligations des parties »<sup>69</sup> par la référence aux moyens de défense « résultant des clauses contractuelles », expression plus large.

## C. Les discussions au Parlement et les amendements

**23.** Le débat s'est poursuivi sur les bancs du parlement. Il s'y est focalisé sur le sort de l'auxiliaire. Plusieurs députés se sont, en effet et comme une partie de la doctrine avant eux, émus de l'impossibilité pour l'auxiliaire d'opposer également au créancier principal les exceptions tirées du sous-contrat (entre le débiteur et l'auxiliaire)<sup>70</sup>. Ils se sont, en particulier, inquiétés du sort de l'auxiliaire auquel

<sup>69</sup> Et de « clause d'exonération de responsabilité » de l'article 5.92, § 2, du Code civil.

<sup>70</sup> Possibilité qu'une partie importante de la doctrine appelait de ses vœux (voy. notamment : les interventions respectives de J. VANANROYE (réitérées lors de son audition par la commission de la Justice en octobre 2023), M. STORME et I. SAMOY lors d'échanges avec les auteurs du projet (C. BORUCKI, « Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht », *op. cit.*, p. 1145, p. 1148 et 1149); l'avis rendu I. LUTTE pour AVOCATS.BE : [https://latribune.avocats.be/sites/latribune/files/55-1381\\_proposition\\_de\\_loi\\_modifiant\\_diverses.pdf](https://latribune.avocats.be/sites/latribune/files/55-1381_proposition_de_loi_modifiant_diverses.pdf); les observations à l'attention de la commission de la Justice de R. JAFFERALI du 25 septembre 2023; I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid : de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, *op. cit.*, p. 621). On renverra également aux positions exprimées par la FEB et par Embuild et Agoria, ces acteurs s'inquiétant d'un alourdissement de la responsabilité pour les sous-traitants (auxiliaires).

une tâche limitée est confiée et qui, dès lors, entend légitimement limiter davantage sa responsabilité que le débiteur principal, chargé du projet dans son ensemble<sup>71</sup>.

24. Ces considérations ont, dans un premier temps, conduit au dépôt puis à l'adoption en première lecture d'un amendement n° 15<sup>72</sup> excluant tout recours extracontractuel contre l'auxiliaire (sauf en cas de dommage physique ou psychique ou d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage) mais introduisant, à l'article 5.110, § 2, du Code civil, une action directe au profit du créancier<sup>73</sup>.

25. La solution était toutefois incongrue. Elle a été immédiatement critiquée<sup>74</sup>. On voit mal, en effet, comment justifier de permettre un recours extracontractuel entre cocontractants mais pas à l'égard d'un auxiliaire avec lequel le créancier n'a pas de lien contractuel. Une action directe est, de plus, en principe, rendue inefficace après la faillite du débiteur principal<sup>75</sup>. On relèvera, par ailleurs, qu'une action directe ne nécessite pas que l'auxiliaire ait commis une faute extracontractuelle. Il (faut et il) suffit qu'il ait méconnu ses obligations contractuelles à l'égard du débiteur principal. L'introduction d'une telle action directe ouvrirait donc de nouvelles possibilités au créancier principal, ce qui ne semblait pas être l'objectif des auteurs de l'amendement<sup>76</sup>.

26. Ces éléments n'ont, semble-t-il, heureusement pas échappé à la sagacité des députés de la majorité. Par l'adoption d'un nouvel amendement n° 67<sup>77</sup>, il a finalement été décidé d'abandonner la piste de l'action directe mais de permettre à l'auxiliaire d'également opposer au créancier principal les (trois catégories concernées de) moyens de défense découlant tant du contrat principal que du sous-contrat.

---

<sup>71</sup> Ainsi, un entrepreneur général chargé d'un chantier d'importance, acceptera-t-il qu'un plafond élevé à sa responsabilité soit fixé dans le contrat principal. En revanche, le sous-traitant chargé d'une fraction seulement des travaux voudra légitimement limiter sa responsabilité à un montant inférieur, proportionné aux tâches qui lui sont confiées. Dans la version initiale du projet, cette dernière limitation ne pouvait pas être opposée par le sous-traitant (auxiliaire) au maître de l'ouvrage (créancier principal).

<sup>72</sup> Les termes « résultant de » l'inexécution ont, par ailleurs, été remplacés par « causé par », dans le but « de lever tout doute quant au fait qu'un lien causal au sens de l'art. 6.19 est requis » (amendements du 14 novembre 2023, n° 55-3213/004, p. 9 (amendement n° 15)).

<sup>73</sup> Le défendeur à l'action directe (auxiliaire) pouvant invoquer à l'égard du demandeur à la fois des exceptions dont dispose le débiteur principal mais également celles résultant du rapport entre de défendeur et le débiteur principal (B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 686 et s.).

<sup>74</sup> I. CLAEYS et C. DESMET, « Rechtstreekse aansprakelijkheid van de hulppersoon via de rechtstreekse vordering? », *R. W.*, 2023-2024, pp. 796-800.

<sup>75</sup> Or son introduction nécessite que la créance-cause soit certaine et exigible (B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 678). Le caractère certain d'une créance consécutive à une responsabilité extracontractuelle sera, souvent, plus difficile à établir.

<sup>76</sup> Ou en tout cas de ceux qu'il avait pour objectif de satisfaire. L'auteur des présentes, qui a été marginalement associé à certaines discussions, était partisan de prévoir à la fois une action directe et une action extracontractuelle avec opposabilité des exceptions découlant des deux contrats.

<sup>77</sup> Amendements du 15 janvier 2024, n° 55-3213/010, p. 11 (amendement n° 73).

Ainsi naquit la version finale de l'article (entre-temps renuméroté) 6.3 du Code civil. On en reproduira le texte pour la facilité du lecteur :

« § 1<sup>er</sup>. Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre cocontractants.

Toutefois, si, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, la personne lésée demande à son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce cocontractant peut invoquer les moyens de défense découlant du contrat qu'il a conclu avec la partie lésée, de la législation en matière de contrats spéciaux et des règles particulières de prescription applicables au contrat. Tel n'est pas le cas pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage.

§ 2. Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre la personne lésée et l'auxiliaire de ses cocontractants.

Toutefois, si, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, la personne lésée demande à l'auxiliaire de son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce dernier peut invoquer les mêmes moyens de défense que son donneur d'ordre peut invoquer sur la base du paragraphe 1<sup>er</sup> et qui concernent l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore.

L'auxiliaire peut également invoquer les moyens de défense qu'il peut lui-même invoquer contre son cocontractant sur la base du paragraphe 1<sup>er</sup> ».

### Section 3

## Le nouveau régime

27. L'article 6.3 du Code civil constitue, nous l'avons écrit, une modification fondamentale de l'état actuel du droit. Il porte le principal changement introduit par le livre 6 du Code civil. Nous commencerons par exposer ses effets entre cocontractants. Nous nous pencherons, en second lieu, sur le sort nouvellement réservé à l'auxiliaire.

### A. Possibilité et conditions d'une action extracontractuelle entre cocontractants

#### 1. Option de responsabilité

28. S'écartant de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil renverse les principes jusqu'alors admis.

Il met fin à l'interdiction du concours (option) entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Dorénavant, l'existence d'un contrat entre la personne lésée et la personne responsable ne fait pas obstacle à ce que la première poursuive la réparation de son dommage sur la base de la responsabilité extracontractuelle. Ceci même lorsque son dommage a été causé par une inexécution du contrat imputable à la personne responsable.

29. Les travaux préparatoires indiquent, dans ce cadre, que « les deux systèmes ne pouvant s'appliquer simultanément, il appartient au demandeur de déterminer sur lequel des deux il fonde son action »<sup>78</sup>. La portée de cette « option » doit toutefois être relativisée. Si la personne lésée ne peut évidemment pas prétendre obtenir deux fois la réparation de son dommage, le fait qu'elle fonde son action sur la responsabilité contractuelle n'entraîne pas renonciation à la possibilité d'invoquer la responsabilité extracontractuelle de son cocontractant, et inversement. Il nous semble, par ailleurs, que rien n'empêche qu'une partie évoque les deux fondements simultanément (à titre principal ou subsidiaire), une même demande en justice pouvant être fondée sur plusieurs moyens distincts. Au contraire, depuis son arrêt « Spinoit » du 14 avril 2005, la Cour de cassation impose au juge de relever d'office les moyens de droit « dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions »<sup>79</sup>. Si seule la responsabilité contractuelle est évoquée par le demandeur, il devra, avant de le débouter, examiner d'office (en veillant au respect des droits de la défense) si un recours sur une base extracontractuelle ne lui est par ouvert (et inversement)<sup>80</sup>.

30. Encore faut-il, bien entendu, que les conditions de la responsabilité extracontractuelle soient réunies. En particulier, il est nécessaire que le manquement contractuel imputable au cocontractant de la personne lésée constitue également un manquement à l'obligation générale de prudence et de diligence ou qu'un autre fait générateur de responsabilité extracontractuelle puisse être identifié dans le chef du cocontractant<sup>81</sup>. Contrairement à la solution qui prévaut actuellement en France<sup>82</sup>, l'existence d'un manquement contractuel imputable au cocontractant n'induit pas nécessairement l'existence d'une faute extracontractuelle dans son chef<sup>83</sup>. À l'inverse de ce qu'enseigne une partie

<sup>78</sup> Développements, p. 28.

<sup>79</sup> Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659. En l'espèce, le demandeur avait fondé son action sur la responsabilité extracontractuelle uniquement. La cour d'appel de Bruxelles avait rejeté la demande (car prescrite), sans examiner s'il aurait pu être fait droit aux demandes sur la base de la responsabilité contractuelle.

<sup>80</sup> C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *op. cit.*, p. 13 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur », note sous Cass., 14 décembre 2017 et 9 mars 2018, *R. C.J.B.*, 2020, p. 40 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La requalification judiciaire du contrat et les prétentions qui en découlent », *R.G.D.C.*, 2014, pp. 301 et s.

<sup>81</sup> Par exemple la responsabilité du gardien d'une chose corporelle viciée (art. 6.16 C. civ.).

<sup>82</sup> Cass. fr., ass. plén., 6 octobre 2006, *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 61, obs. P. DEMUNIER ; Cass. fr., ass. plén., 13 janvier 2020, *D.*, 2020, p. 416, note J.-S. BORGHETTI.

<sup>83</sup> I. CLAEYS et C. DESMET, « De rechtstreekse buitencontractuele aansprakelijkheid van hulpverleners krachtens artikel 6.3 BW », *R.W.*, 2023-2024, p. 1649.

(certes éminente) de la doctrine<sup>84</sup>, ni le texte, ni les travaux préparatoires du livre 6 du Code civil n'expriment la volonté de revenir sur ce principe fondamental (ce qu'ils n'auraient pas manqué de faire si telle avait été l'intention du législateur)<sup>85,86</sup>. Ainsi, on peut penser qu'un simple retard dans l'exécution d'une obligation contractuelle ne pourra, en général, pas être assimilé à une méconnaissance du devoir général de prudence et de diligence. Tel sera, en revanche, généralement le cas en cas de méconnaissance des règles de l'art ou des règles déontologiques auxquelles est soumis le débiteur. L'article 6.7 du Code civil reprend, en effet, leur non-respect parmi les critères (certes indicatifs) pouvant être pris en compte dans la détermination de l'existence de la faute extracontractuelle<sup>87</sup>.

## 2. Opposabilité des moyens de défense (principe)

**31.** L'existence d'un contrat entre les parties n'est cependant pas sans influence sur l'étendue du recours extracontractuel. Par l'effet de l'alinéa 2 de l'article 6.3 du Code civil, le cocontractant qui se voit réclamer, sur une base extracontractuelle, la réparation d'un dommage causé par l'inexécution du contrat peut se prévaloir des moyens de défense découlant (1) des clauses contractuelles, (2) de la législation en matière de contrats spéciaux et (3) des règles particulières de prescription applicables au contrat.

On précisera que ces moyens de défense ne sont opposables à la personne lésée qu'à la condition que le dommage ait été également causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle. Les travaux préparatoires précisent, dans ce cadre, que l'emploi des termes « causé par » a pour but « de lever tout doute quant au fait qu'un lien causal au sens de l'art. 6.19 est requis »<sup>88</sup>. Si le dommage n'est pas en lien causal avec une telle inexécution (car tout à fait étranger à la relation contractuelle), alors les moyens de défense précités ne peuvent être opposés à la personne lésée<sup>89</sup>. Le débat bien connu quant à l'étendue

<sup>84</sup> P. WÉRY, « L'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, du Code civil : les vannes grandes ouvertes pour le concours des responsabilités ? », *Les Pages*, 2024, n° 171. Lorsque l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, du Code civil indique que « sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre cocontractants », il ne fait, à notre estime, qu'indiquer qu'il est mis fin à l'interdiction de l'option de responsabilité (l'avis du Conseil d'État va en ce sens : Avis n° 73.282/2 du 23 mai 2023, p. 7).

<sup>85</sup> On regrettera, dans ce cadre, qu'il n'ait pas été donné suite à la recommandation du Conseil d'État de le préciser explicitement.

<sup>86</sup> A. CATALDO, « Le concours des responsabilités entre cocontractants », *op. cit.*, p. 409.

<sup>87</sup> On s'attend donc à ce qu'en cas de manquements à ces standards, les juridictions considèrent qu'il y a manquement à la norme générale de prudence, ceci bien qu'il ne s'agisse pas, sur ce point, d'une réelle évolution au regard du droit existant.

<sup>88</sup> Amendements du 14 novembre 2023, n° 55-3213/004, p. 9 (amendement n° 15). La proposition initiale employait les termes de « dommage résultant » de l'inexécution d'une obligation contractuelle (Développements, p. 173).

<sup>89</sup> Les parties pourraient, par dérogation, s'accorder pour étendre l'effet de certaines clauses contractuelles à des actions pour des dommages sans lien de causalité avec l'inexécution de leur convention. À défaut ou en cas de doute, on en reviendra toutefois à la règle de l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code civil, en vertu duquel les clauses contractuelles n'ont, en principe, vocation qu'à s'appliquer aux demandes d'indemnisation d'un dommage en lieu causal avec l'inexécution du contrat.

exacte des obligations contractuelles conserve, ce faisant, son importance et son actualité<sup>90</sup>.

Ces moyens de défense viennent, par ailleurs, s'ajouter aux exceptions dont dispose déjà le cocontractant en cas de recours extracontractuel. On songe, par exemple, aux plafonds à la responsabilité des administrateurs prévus par l'article 2:57 du Code des sociétés et des associations et à l'immunité (partielle) accordée à l'employé à l'égard de son employeur (ces dispositions valant que le fondement de l'action soit contractuel ou extracontractuel)<sup>91</sup>.

### 3. Les moyens de défense découlant du contrat

**32.** Parmi ces moyens de défense, figurent, en premier chef, ceux découlant du contrat entre la personne lésée et le responsable. Ce faisant, il est évité que la personne lésée ne contourne le régime organisé contractuellement par les parties, en fondant son action sur la responsabilité extracontractuelle plutôt que contractuelle. Le commentaire de l'article 6.3 (alors encore numéroté 6.4) précise, à cet égard, que «la proposition se distancie implicitement de la position précédemment adoptée par une partie de la jurisprudence et de la doctrine selon laquelle les clauses contractuelles limitatives formulées de manière générale ne s'appliquent pas à la responsabilité extracontractuelle. S'il n'est pas démontré qu'une clause ne concerne que le défaut d'exécution, on peut supposer qu'elle s'applique également à la responsabilité extracontractuelle»<sup>92</sup>.

**33.** Les travaux préparatoires indiquent qu'«en pratique, il s'agira souvent de clauses limitatives qui règlent les conditions et les conséquences de la responsabilité d'une manière qui s'écarte du droit commun»<sup>93</sup>. On songe, évidemment, en premier lieu aux clauses exonératoires de responsabilité au sens de l'article 5.89 du Code civil.

On ne s'y limitera cependant pas. Les auteurs du (avant-)projet de loi ont, en effet, à plusieurs reprises, fait part de leur intention de donner une interprétation large de la notion de moyens de défense «découlant du contrat»<sup>94</sup>. Les termes initiaux de «clauses contractuelles, qui concernent les conditions et les effets de la responsabilité»<sup>95</sup> et de «clauses contractuelles applicables spécifiquement aux

---

<sup>90</sup> A. CATALDO, «Le concours des responsabilités entre cocontractants», *op. cit.*, p. 412.

<sup>91</sup> Art. 18 de la loi relative aux contrats de travail. On citera également l'article 5 de la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires (*M.B.*, 29 août 2005) et l'article 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques (*M.B.*, 27 février 2010).

<sup>92</sup> Développements, pp. 29-30.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>94</sup> C. BORUCKI, «Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht», *op. cit.*, p. 1154. Lors d'une réunion de travail du 24 avril 2023 avec les parlementaires de la majorité, il a été précisé par un des auteurs (experts) du projet de livre 6 que «er geen beperking is opgenomen met betrekking tot de soort verweermiddelen die zijn opgenomen in het contract».

<sup>95</sup> Avant-projet de loi du 28 mars 2018 portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, préc., p. 2.

obligations des parties<sup>96</sup> ont été remplacés par ceux de moyens de défense « résultant des clauses contractuelles »<sup>97</sup>, puis finalement par « moyens de défense découlant du contrat »<sup>98</sup>. Le cocontractant pourra ainsi, par exemple, également invoquer une clause qualifiant ses obligations d'obligations de moyens ou imposant au créancier de suivre une procédure spécifique afin d'établir l'existence d'un manquement dans son chef (expertise en laboratoire, procédure de constats contradictoires, etc.) et/ou alourdissant les règles en matière de preuve<sup>99</sup>.

**34.** Le cocontractant confronté à une action extracontractuelle visant à la réparation d'un dommage en lien causal avec l'inexécution du contrat peut-il également se prévaloir des moyens de défense (et clauses) de type procédural qui découlent du contrat? On pense, notamment, aux exceptions découlant de l'existence d'une clause de choix de juridiction, attributive de compétence territoriale ou d'arbitrage.

Telle semble avoir été l'intention du législateur. À l'inverse de son article 6.27, alinéa 2<sup>100</sup>, l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code civil ne distingue, en effet, pas entre les moyens de défense au fond et procéduraux (bien que l'intention du législateur ne soit pas exprimée clairement et semble, à l'article 6.27, alinéa 2, avoir été d'exclure les moyens tirés de la prescription<sup>101</sup>). Lors d'une réunion de travail du 24 avril 2023 avec les parlementaires de la majorité, il a, de plus, été précisé par un des auteurs (expert) du projet de livre 6 que « er geen beperking is opgenomen met betrekking tot de soort verweermiddelen die zijn opgenomen in het contract ». Il n'a, enfin, pas été donné de suite à la suggestion de Rafaël Jafferali de ne viser que les « moyens de défense au fond »<sup>102</sup>.

Cette solution nous paraît, par ailleurs, conforme à la philosophie générale de la réforme : respecter la volonté (réelle) des parties au contrat. La formulation large que l'on retrouve dans certaines clauses d'arbitrage type visant « tous différends

<sup>96</sup> Avant-projet de loi du 1<sup>er</sup> septembre 2019 portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, préc., p. 2.

<sup>97</sup> Développements, p. 173.

<sup>98</sup> Proposition de loi du 26 janvier 2024 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/012, p. 4.

<sup>99</sup> En revanche, les moyens de défense tirés du droit commun des contrats ne pourront pas être opposés à la personne lésée (I. CLAEYS et C. DESMET, « De rechtstreekse buitencontractuele aansprakelijkheid van hulppersonen krachtens artikel 6.3 BW », *op. cit.*, p. 1654; A. CATALDO, « Le concours des responsabilités entre cocontractants », *op. cit.*, p. 413). Malgré le changement de formulation, l'intention du législateur est claire : seuls les moyens de défense découlant de la législation relative aux contrats spéciaux peuvent être invoqués dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle entre cocontractants.

<sup>100</sup> En vertu de cet article, « [l]e responsable peut opposer à la personne lésée par ricochet la faute de la victime directe de même que les autres moyens de défense au fond qu'il aurait pu opposer à celle-ci ».

<sup>101</sup> Le commentaire de l'article 6.27 (alors numéroté 6.29) du Code civil indique, en effet, que « par "moyens de défense au fond", on exclut par contre le moyen tiré de la prescription de l'action de la victime directe. L'action de la personne lésée par ricochet est en effet soumise à un délai de prescription qui lui est propre, dès lors que celle-ci se prévaut d'un préjudice personnel » (Développements, p. 141). Ceci laisse planer le doute quant à l'intention réelle du législateur. Le commentaire de l'article 6.3 (alors numéroté 6.4) du Code civil ne fait, pour sa part, aucune allusion aux exceptions procédurales.

<sup>102</sup> Voy. ses observations du 25 septembre 2023 à l'attention de la commission de la Justice, p. 4.

découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci»<sup>103</sup> semble, dans ce cadre, témoigner de la volonté des parties d'également soumettre à l'arbitrage une demande, certes fondée sur la responsabilité extracontractuelle, mais pour un dommage en lien causal avec l'inexécution d'une obligation contractuelle. Plus généralement, il nous semble plus respectueux de l'intention des parties de soumettre au même traitement procédural toute demande d'indemnisation d'un dommage en lien causal avec l'inexécution du contrat, en ce compris lorsqu'elle s'appuie sur un fondement extracontractuel.

**35.** On fera, cependant, preuve de prudence. L'article 6.3, § 2, du Code civil est supplétif. La portée exacte de telles clauses et les actions qu'elles visent sont donc, *in fine*, fonction de la volonté (réelle) des parties. Ces dernières sont libres de déroger à l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code civil, sans que pareille dérogation ne doive être explicite.

Dans ce cadre, on relèvera que, dans son arrêt *CDC* du 21 mai 2015<sup>104</sup>, après avoir rappelé que «l'interprétation d'une clause attributive de juridiction, afin de déterminer les différends qui relèvent de son champ d'application, incombe au juge national devant lequel elle est invoquée», la C.J.U.E. a jugé que :

«Une clause attributive de juridiction ne peut concerner que des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce qui limite la portée d'une convention attributive de juridiction aux seuls différends qui trouvent leur origine dans le rapport de droit à l'occasion duquel cette clause a été convenue. Cette exigence a pour objectif d'éviter qu'une partie ne soit surprise par l'attribution à un for déterminé de l'ensemble des différends qui surgiraient dans les rapports qu'elle entretient avec son cocontractant et qui trouveraient leur origine dans des rapports autres que celui à l'occasion duquel l'attribution de juridiction a été convenue (voir, en ce sens, arrêt *Powell Duffryn*, C-214/89, EU:C:1992:115, point 31)».

et que :

«Au vu de cet objectif, la juridiction de renvoi devra notamment considérer qu'une clause qui se réfère de manière abstraite aux différends surgissant dans les rapports contractuels ne couvre pas un différend relatif à la responsabilité délictuelle qu'un cocontractant a prétendument encourue du fait de son comportement conforme à une entente illicite.

En effet, un tel litige n'étant pas raisonnablement prévisible pour l'entreprise victime au moment où elle a consenti à ladite clause, l'entente illicite impliquant son cocontractant lui étant inconnue à cette date, il ne saurait être

---

<sup>103</sup> [www.cepani.be/document%20modele%20FR/claustypearbitrage%20FR.pdf](http://www.cepani.be/document%20modele%20FR/claustypearbitrage%20FR.pdf); [www.iccwbo.be/wp-content/uploads/2012/03/Arbitration\\_clause\\_FRA.pdf](http://www.iccwbo.be/wp-content/uploads/2012/03/Arbitration_clause_FRA.pdf).

<sup>104</sup> C.J.U.E., 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) c. Akzo Nobel e.a.*, C-352/13, [www.curia.eu](http://www.curia.eu).

considéré comme ayant son origine dans les rapports contractuels. Une telle clause ne porterait donc pas valablement dérogation à la compétence de la juridiction de renvoi ».

La C.J.U.E. a, en conséquence, jugé qu'une clause de choix de juridiction ne s'applique à une action en réparation en raison d'une infraction à l'article 101 T.F.U.E. (cartels) et à l'article 53 de l'accord sur l'Espace économique européen du 2 mai 1992 qu'à la condition que ladite clause vise expressément les actions en responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence.

La C.J.U.E. a confirmé ces principes dans son arrêt *Apple Sales International* du 24 octobre 2018<sup>105</sup> mais en nuancant la portée. En l'espèce, le différend était relatif à la responsabilité délictuelle qu'un cocontractant avait prétendument encourue du fait d'une contravention à l'article 102 T.F.U.E. (abus de position dominante). Après avoir rappelé les principes dégagés dans son arrêt *CDC*, elle a jugé qu'une clause de choix de juridiction visant « this agreement and the corresponding relationship » (termes que les parties traduisaient respectivement par « et la relation correspondante » et par « et les relations en découlant ») ne couvrait pas les actions consécutives à un comportement anticoncurrentiel « étranger au rapport contractuel dans le cadre duquel la clause attributive de juridiction a été conclue ». Elle a cependant relevé que :

« Or, alors que le comportement anticoncurrentiel visé à l'article 101 T.F.U.E., à savoir une entente illicite, n'est en principe pas directement lié à la relation contractuelle entre un membre de cette entente et un tiers, sur laquelle l'entente déploie ses effets, le comportement anticoncurrentiel visé à l'article 102 T.F.U.E., à savoir l'abus d'une position dominante, peut se matérialiser dans les relations contractuelles qu'une entreprise en situation de position dominante noue et au moyen des conditions contractuelles.

Il y a donc lieu de relever que, dans le cadre d'une action sur le fondement de l'article 102 T.F.U.E., la prise en compte d'une clause attributive de juridiction faisant référence à un contrat et à la relation correspondante ou aux relations en découlant entre les parties ne saurait être considérée comme surprenant l'une des parties au sens de la jurisprudence visée au point 22 du présent arrêt ».

Elle en a conclu que :

« l'article 23 du règlement no 44/2001 doit être interprété en ce sens que l'application, à l'égard d'une action en dommages et intérêts intentée par un distributeur à l'encontre de son fournisseur sur le fondement de l'article 102 T.F.U.E., d'une clause attributive de juridiction contenue dans le contrat liant les parties n'est pas exclue au seul motif que cette clause ne se réfère pas expressément aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence ».

<sup>105</sup> C.J.U.E., 24 octobre 2018, *Apple Sales International e.a. c. eBizcuss.com*, C-595/17, [www.curia.eu](http://www.curia.eu).

Ces décisions ont été rendues à l'endroit de l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001, dit « Bruxelles I » (art. 25 du règlement (UE) n° 1215/2012, dit « Bruxelles Ibis »). Leurs enseignements semblent cependant transposables aux clauses arbitrales et aux clauses attributives de compétence territoriale. L'article 1681 du Code judiciaire fait, d'ailleurs, explicitement référence à l'accord des parties de soumettre à l'arbitrage « tous ou certains des différends qui sont nés ou pourraient naître entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel ».

Nous en déduisons qu'en présence d'une action extracontractuelle entre cocontractants, le juge devra déterminer si l'intention des parties a été de soumettre pareille action aux juridictions désignées dans le contrat. Par l'effet de l'article 6.2, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code civil, on présumera (de manière réfragable) que tel est le cas pour les actions qui ont pour objet la réparation d'un dommage en lien causal avec l'inexécution du contrat. Pareille action et l'existence d'une faute mixte étant, par nature, prévisible, nous n'y voyons pas de contradiction avec la jurisprudence de la C.J.U.E., au contraire.

**36.** Encore faut-il, bien entendu, que les clauses concernées soient valides. On rappellera, dans ce cadre, qu'en vertu de l'article 5.89, § 1<sup>er</sup>, du Code civil, les clauses qui exonèrent le débiteur « de sa faute intentionnelle ou de celle d'une personne dont il répond » et « de sa faute ou de celle d'une personne dont il répond lorsque cette faute cause une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne » sont réputées non écrites<sup>106</sup>. On sera également attentif aux règles en matière de clauses abusives à l'égard du consommateur (en particulier la liste noire de l'article VI.83 du Code de droit économique) et dans les relations entre entreprises (art. VI.91/1 et s. du C.D.E.)<sup>107</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, l'article VI.83 du Code de droit économique répute abusives à l'égard du consommateur les clauses qui ont pour effet de « désigner un juge autre que celui désigné par l'article 624, 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, du Code judiciaire ». Une telle clause ne pourra lui être opposée, en ce compris lorsqu'il choisit de donner un fondement extracontractuel à son action.

#### 4. Les moyens de défense découlant de la législation en matière de contrats spéciaux

**37.** Viennent, ensuite, les moyens de défense découlant de la législation en matière de contrats spéciaux (par opposition à ceux découlant des règles de la théorie générale des obligations qui ne s'appliquent donc qu'au recours contractuel<sup>108</sup>). On sait, en effet, que le législateur a pris le soin de régler de manière

---

<sup>106</sup> Voy., sur cette question, B. KOHL, « Examen de certaines clauses (clauses pénales, clauses exonératoires de responsabilité, etc.) », in B. Kohl et P. Wéry (dir.), *Le nouveau droit des obligations*, coll. CUP, vol. 216, Liège, Anthemis, 2022, pp. 202 et s.

<sup>107</sup> Sans oublier l'article 5.52 du Code civil relatif aux clauses non négociables.

<sup>108</sup> Voy. *supra*, note 99.

spécifique le régime de certains contrats<sup>109</sup>. Ces règles perdraient leur utilité si ces régimes spécifiques pouvaient être contournés en donnant un fondement extracontractuel à l'action<sup>110</sup>.

Les travaux préparatoires fournissent de nombreux exemples de telles règles (et moyens de défense correspondants). Est ainsi, notamment<sup>111</sup>, cité l'article 1642 de l'ancien Code civil en vertu duquel le vendeur n'est pas tenu des vices apparents au moment de l'agrément, s'ils n'ont pas été dénoncés par l'acheteur à ce moment. S'il ne l'a pas fait, l'acheteur ne pourra pas prétendre pallier sa négligence par une action en responsabilité extracontractuelle dirigée contre son vendeur. De même, l'article 6.16 du Code civil (responsabilité du fait d'une chose viciée) ne pourra être invoqué à l'endroit du prêteur qui ignorait le vice dont était affectée la chose prêtée, l'article 1891 de l'ancien Code civil limitant sa responsabilité à l'hypothèse où il avait connaissance du défaut et n'en a pas averti l'emprunteur. De même, la responsabilité du dépositaire à titre gratuit ne pourra être engagée que s'il n'a pas apporté à sa garde les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent (art. 1927 et 1928 anc. C. civ.). Celle du mandataire à titre gratuit devra être appréciée moins sévèrement, sans que cette faveur ne puisse être mise en échec par une action extracontractuelle (art. 1992 anc. C. civ.). Autre exemple fourni par les travaux préparatoires, la responsabilité de l'hôtelier demeurera limitée, même sur une base extracontractuelle, à cent fois le prix de location du logement (art. 1952 anc. C. civ.).

On ne se limitera, dans ce cadre, pas aux règles en matière de contrats spéciaux reprises dans l'ancien Code civil (futur livre 7). Il faut, également, avoir égard aux nombreuses législations particulières en dehors du Code civil (on songe, par exemple, au Code de droit économique ou aux Règles générales d'exécution des marchés publics<sup>112</sup>).

On ne perdra pas non plus de vue que certaines législations spécifiques visent tant les actions contractuelles qu'extracontractuelles. Ainsi et comme déjà évoqué *supra*, le caractère marginal de l'appréciation de la faute des administrateurs d'une société (art. 2:56 C.S.A.) et le plafond auquel est soumise leur responsabilité (art. 2:57 C.S.A.) valent également lorsque leur responsabilité extracontractuelle est mise en œuvre (même par des tiers). Ces législations restent, évidemment, applicables.

**38.** La jurisprudence devra, pour le surplus, faire son œuvre et identifier les moyens de défense propres à chaque type de contrats spéciaux. La future réforme

<sup>109</sup> Régime qui est appelé à prendre place au sein du futur livre 7 du Code civil. Une proposition de loi en ce sens a été déposée au Parlement le 16 avril 2024 (Proposition de loi du 16 avril 2024 insérant le livre 7 « Les contrats spéciaux » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2023-2024, n° 55-3973/001).

<sup>110</sup> Développements, p. 29.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (dans sa version applicable au jour de la publication du marché).

de cette matière devrait l'y aider, en supprimant certaines dispositions qui ne dérogent pas réellement au droit commun et en précisant la portée d'autres<sup>113</sup>.

## 5. Les moyens de défense résultant des règles particulières de prescription applicables au contrat

**39.** Le cocontractant peut, enfin, pour les mêmes motifs, se prévaloir des règles particulières<sup>114</sup> de prescription applicables au contrat qui le lie à la personne lésée. On y assimile les délais préfix y applicables<sup>115</sup>. Ainsi, l'acheteur qui a tardé à agir ne pourra pas non plus contourner par cette voie le délai de déchéance applicable à l'action en complément de prix (un an ; art. 1622 anc. C. civ.) ou le bref délai pour la mise en œuvre à la garantie des vices cachés (art. 1648 anc. C. civ.). Le transporteur d'une chose pourra se prévaloir des délais de prescription de 6 mois et d'un 1 an, prévus par l'article X.49 du Code de droit économique et le transporteur de personnes du délai de deux ans, prévu par le même article<sup>116</sup>. On y ajoutera, dans la mesure où les demandes pourraient trouver un fondement extracontractuel<sup>117</sup>, les différentes prescriptions particulières prévues aux articles 2271 et suivants de l'ancien Code civil<sup>118</sup>.

À nouveau, on sera attentif aux normes spécifiques, notamment le(s) délai(s) de cinq ans prévu(s) par l'article 2:143 du Code des sociétés et des associations<sup>119</sup>, ces délais s'appliquant quel que soit le fondement de l'action.

---

<sup>113</sup> Comme mentionné ci-dessus, un (premier) projet de loi insérant le livre 7 « Les contrats spéciaux » a été déposé à la Chambre le 16 avril 2024 (Proposition de loi du 16 avril 2024 insérant le livre 7 « Les contrats spéciaux » du Code civil, préc.).

<sup>114</sup> Donc à l'exclusion du délai de droit commun prévu par l'article 2272*bis* de l'ancien Code civil.

<sup>115</sup> Sur la distinction, contestée, entre délais préfix et délais de prescription, voy. B. KOHL et A. RIGOLET, « La responsabilité décennale, un délai préfix d'ordre public – nuances et particularités », note sous Cass., 3 janvier 2019, p. 472 ; M.-P. NOËL, « Les effets de la prescription en droit belge. Rapport belge », in P. Jourdain et P. Wéry (dir.), *La prescription extinctive. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 130-172 ; A. DECROËS, « Les délais préfix (ou de forclusion) », *J.T.*, 2007, pp. 871-874.

<sup>116</sup> Cette courte prescription ne s'applique pas en cas d'infraction pénale. Le défendeur à l'action sera attentif au dernier alinéa de l'article X.49 du Code de droit économique en vertu duquel « [l]es actions récursoires devront, à peine de déchéance, être introduites dans le délai d'un mois à dater de l'assignation qui donne lieu au recours ». À nouveau, ce délai ne pourra pas être contourné par l'entremise d'une action extracontractuelle.

<sup>117</sup> Ce qui ne sera, *a priori*, souvent pas le cas, s'agissant d'obtenir l'exécution d'engagements purement contractuels.

<sup>118</sup> On soulignera que les articles 2276 et suivants de l'ancien Code civil ne distinguent pas selon le fondement de l'action en responsabilité (professionnelle). Ils sont donc, en toute hypothèse, applicables, même en présence d'une atteinte à l'intégrité physique ou d'une faute avec l'intention de causer un dommage. On rappellera cependant qu'en vertu de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale « l'action civile résultant d'une infraction se prescrit selon les règles du Code civil ou des lois particulières qui sont applicables à l'action en dommages et intérêts. Toutefois, celle-ci ne peut se prescrire avant l'action publique ».

<sup>119</sup> Le point de départ des différents délais quinquennaux qu'il prévoit différant de celui de l'article 2262*bis* alinéa 2, de l'ancien Code civil.

## B. Inopposabilité des moyens de défense en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou de faute avec l'intention de causer un dommage (exception)

### 1. Principes et nuances

40. Il est dérogé à ces principes lorsque l'action extracontractuelle de la personne lésée dirigée contre son cocontractant (1) a pour objet la réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique et/ou (2) se fonde sur une faute commise avec l'intention de causer un dommage. Les moyens de défense précités ne peuvent alors être opposés à la personne lésée qui agit sur une base extracontractuelle.

41. On soulignera que cette exclusion n'affecte que les moyens de défense dont l'application à l'action extracontractuelle résulte de l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2. Elle ne déroge pas aux normes qui limitent, de manière spécifique et par elles-mêmes, certaines actions extracontractuelles. On songe, en particulier, à l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail qui exonère le travailleur de sa responsabilité à l'égard de son employeur en cas de faute légère non habituelle. Cette exonération vaut également en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de l'employeur<sup>120</sup>. On songe, également, aux articles 2:56 et 2:57 du Code des sociétés et des associations qui régissent la responsabilité des administrateurs. Ces dispositions forment une *lex specialis* et sont applicables tant aux actions contractuelles qu'extracontractuelles. Elles s'appliquent indépendamment de l'article 6.3 du Code civil qui n'y déroge pas. Les limites à la responsabilité qu'elles édictent continuent, en conséquence et sauf si elles en disposent autrement, à valoir en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique (d'un tiers en l'occurrence)<sup>121</sup>.

### 2. Atteinte à l'intégrité physique ou psychique

42. L'utilité de la première exception paraît, *a priori*, limitée. Comme mentionné *supra*, l'article 5.89, § 1<sup>er</sup>, du Code civil prohibe les clauses qui exonèrent le débiteur « de sa faute intentionnelle ou de celle d'une personne dont il répond » et « de sa faute ou de celle d'une personne dont il répond lorsque cette faute cause une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne ». De telles clauses sont, partant, en tout état de cause de nul effet.

Cette exception vise cependant également les atteintes à l'intégrité psychique (qui peuvent ne pas résulter d'une atteinte à l'intégrité physique) que

<sup>120</sup> Il en va de même en ce qui concerne des normes qui protègent, respectivement, les volontaires (art 5 de la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires, *M.B.*, 29 août 2005) et les membres du personnel au service des personnes publiques (art. 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques, *M.B.*, 27 février 2010).

<sup>121</sup> L'article 2:57 du C.S.A. prévoit, toutefois, lui-même une série d'hypothèses dans lesquelles le plafond qu'il fixe ne trouve pas à s'appliquer.

l'article 5.89, § 1<sup>er</sup>, du Code civil ne vise pas expressément<sup>122</sup>. On soulignera que cette référence à l'intégrité psychique ne figurait pas dans la version initiale du projet puis de la proposition de loi<sup>123</sup>. Elle a été introduite par voie d'amendement<sup>124</sup>, celui-ci précisant dans sa justification que « la proposition traite en règle générale les atteintes à l'intégrité psychique de la même manière que les atteintes à l'intégrité physique »<sup>125</sup>.

L'exception permet, de plus, d'écarter l'ensemble des moyens de défense visés par l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, et non uniquement ceux qui découlent des clauses du contrat entre la personne lésée et le responsable. Elle est donc, de ce point de vue, plus large et donc utile.

**43.** Les travaux préparatoires précisent, par ailleurs, que « la limitation de l'application de l'alinéa 2 du paragraphe 1<sup>er</sup> s'applique uniquement à la réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne lésée, et non aux autres formes de dommages qui sont causés simultanément ou non »<sup>126</sup>. En conséquence, si un dommage matériel a également résulté de la faute commise par le cocontractant, les exceptions visées par l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, pourront, pour ce qui concerne ce poste du dommage, être opposées par le cocontractant qui se verrait assigné en réparation sur une base extracontractuelle.

En revanche et contrairement à ce que semble indiquer ce passage, cette limitation vaut, à notre estime, également lorsque le cocontractant subit un dommage en raison d'une atteinte à l'intégrité physique d'une autre personne. On pense, par exemple, au dommage propre d'un parent dont un enfant mineur serait blessé accidentellement lors de l'exécution de travaux de rénovation. L'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, n'impose, en effet, pas que ce soit l'intégrité physique ou psychique de la personne lésée qui ait été atteinte. Le commentaire de l'article 5.89 du Code civil (qui vise l'intégrité physique « d'une personne » et non du débiteur) le précise expressément<sup>127</sup>. Rien n'indique que et on voit mal pourquoi le législateur aurait entendu déroger à ce principe pour ce qui concerne l'article 6.3 du Code civil.

---

<sup>122</sup> B. KOHL, « Examen de certaines clauses (clauses pénales, clauses exonératoires de responsabilité, etc.) » *op. cit.*, pp. 202 et s.

<sup>123</sup> Développements, p. 173. Le Conseil d'État avait, dans son avis, souligné la différence faite entre les victimes d'une atteinte à l'intégrité physique et les victimes d'une atteinte à l'intégrité psychologique. Il avait invité le législateur à s'en expliquer ou à la supprimer (p. 7).

<sup>124</sup> Amendements du 14 novembre 2023, n° 55-3213/004, p. 8 (amendement n° 15).

<sup>125</sup> Précision que les auteurs du projet avaient invité les députés à reprendre dans l'exposé des motifs (Questions réponses du 24 avril 2023, p. 5).

<sup>126</sup> Amendements du 14 novembre 2023, n° 55-3213/004, p. 8 (amendement n° 15).

<sup>127</sup> Il indique que « la personne victime de cette faute n'est pas nécessairement le cocontractant du débiteur ».

### 3. Faute commise avec l'intention de causer un dommage

44. Le responsable ne peut, seconde exception, pas invoquer les exceptions découlant du contrat qui le lie à la personne lésée lorsque l'action se base sur une faute commise « avec l'intention de causer un dommage », notion que l'on retrouve également à l'article 6.20 du Code civil. Les travaux préparatoires précisent qu'il est requis que l'intéressé « ait causé intentionnellement un dommage, mais pas qu'il ait eu l'intention de causer le dommage qui est survenu concrètement »<sup>128</sup>. Ils renvoient à l'article 62, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances et à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Il ne semble pas requis que cette intention ait existé dans le chef de la personne responsable. Le texte impose uniquement que cette intention ait existé dans celui de l'auteur de la faute. Le commettant responsable, en vertu de l'article 6.14 du Code civil, de la faute commise par son préposé avec pareille intention, ne pourra pas opposer à son cocontractant lésé par cette faute les exceptions tirées du contrat principal.

45. On relèvera, en revanche, que, malgré les invitations formulées en ce sens<sup>129</sup>, les auteurs du projet de livre 6 puis les députés n'ont pas fait usage de la notion de faute intentionnelle telle que définie à l'article 1.11 du Code civil (à savoir la faute « commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain »). Les travaux préparatoires précisent (en commentant l'article 6.20, alors numéroté 6.21) que l'exigence d'une faute « commise avec l'intention de causer un dommage » déroge à l'article 1.11 du Code civil, « dans la mesure où pour son application, il ne suffit pas que l'intéressé ait commis une faute avec l'intention de réaliser un gain. [...] L'intention de nuire est requise »<sup>130</sup>.

Pareille nuance n'est pas sans conséquence<sup>131</sup>. En cas de faute commise avec l'intention de réaliser un gain (mais pas de causer un dommage), la personne lésée pourra, certes, invoquer l'article 5.89, § 1<sup>er</sup>, du Code civil pour écarter les clauses limitant la responsabilité de la personne responsable. Le responsable pourra, toutefois, opposer à son débiteur les exceptions tirées du droit des contrats spéciaux et des règles de prescriptions spécifiques applicables au contrat qui le lie à la personne lésée. On songe, par exemple, à l'hypothèse où le constructeur d'une automobile aurait, pour réduire le coût du véhicule commandé, sciemment (et fautivement) réduit la qualité de certains équipements de

<sup>128</sup> Développements, p. 101.

<sup>129</sup> Voy. notamment les observations du professeur Jafferali du 25 septembre 2023 à l'attention de la commission de la Justice.

<sup>130</sup> Développements, p. 101.

<sup>131</sup> Nous ne partageons, sur ce point, pas l'opinion de Annekatrien Lenaerts selon laquelle la notion de faute intentionnelle et celle de faute avec l'intention de causer un dommage auraient la même portée (A. LENAERTS, « Article 1.11 du Code civil : "intention de nuire". Consécration légale du principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* », in E. Dirix et P. Wéry (dir.), *Le livre 1<sup>er</sup> du Code civil : dispositions générales*, Anvers-Gand-Cambridge, Larcier-Intersentia, 2024, p. 430, note n° 163).

sécurité qu'ils jugent inutiles et où l'acquéreur du véhicule accidenté (heureusement sans faire de victime) en raison de cette réduction n'aurait pas agi dans le bref délai de l'article 1648 de l'ancien Code civil. Il semble bien que, dans ce cas, le vendeur pourra opposer à l'acquéreur le caractère tardif de son action, y compris extracontractuelle.

Pareille solution peut se justifier compte tenu du caractère spécifique de la législation relative aux contrats spéciaux. L'exigence du bref délai a, ainsi, (notamment) pour objectif de s'assurer que l'acheteur agisse avant que n'aient disparu les preuves de l'existence du vice au jour de la délivrance<sup>132</sup>. Elle tranche, toutefois, avec la sévérité donc fait preuve, ailleurs, le législateur à l'égard de la faute commise avec l'intention de réaliser un gain<sup>133</sup>.

## C. Le sort de l'auxiliaire

### 1. Abandon de la théorie de l'immunité relative de l'agent d'exécution

46. Outre l'admission du concours (option) de responsabilités entre cocontractants, l'article 6.3, § 2, du Code civil met fin à la théorie de l'immunité relative de l'agent d'exécution (à présent auxiliaire). Il énonce que «sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre la personne lésée et l'auxiliaire de ses cocontractants». Le créancier principal se voit ainsi autorisé à agir directement contre l'auxiliaire de son débiteur. Il peut, le cas échéant, solliciter la condamnation *in solidum* de son débiteur et de l'auxiliaire<sup>134</sup>.

Ceci suppose, bien entendu, que les conditions de la responsabilité civile extracontractuelle soient réunies dans le chef de l'auxiliaire. Le créancier principal (personne lésée) devra, par conséquent, démontrer que ce dernier a effectivement commis une faute extracontractuelle (ou identifier un autre fait générateur de responsabilité). S'agissant d'un membre d'un organe de gestion collégial, il lui faudra, à notre estime, établir qu'il a pris part à la décision fautive (ce caractère fautif étant appréciée de manière marginale)<sup>135</sup>. Ceci en tenant compte du fait que décider de ne pas exécuter une convention peut, pour une société, être la bonne décision, aucune faute de gestion n'étant alors imputable à ses administrateurs<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> B. KOHL et Fr. ONCLIN, «L'exigence du "bref délai" dans l'action en garantie contre les vices cachés», *J.T.*, 2013, p. 561.

<sup>133</sup> L'article 6.31, § 3, du Code civil déroge ainsi au principe de la réparation intégrale lorsque «le responsable a, intentionnellement et dans le but de réaliser un profit, violé un droit de la personnalité de la personne lésée ou porté atteinte à son honneur ou à sa réputation». Le juge peut alors «accorder à la personne lésée une indemnité complémentaire égale à tout ou partie du bénéfice net réalisé par le responsable».

<sup>134</sup> Rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de la Justice, n° 55-3213/011, p. 4.

<sup>135</sup> Art. 2:56 C.S.A.

<sup>136</sup> Fl. GEORGE, «Le sort de l'auxiliaire», in P. Colson et Fl. George (coord.), *Le nouveau livre 6 du Code civil. La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 446.

47. À nouveau, il n'est cependant pas revenu au système antérieur. L'auxiliaire n'est pas assimilé à un tiers au contrat principal. La suppression de l'immunité relative dont il jouissait est remplacée par un régime de protection spécifique, basé sur l'opposabilité des moyens de défense attachés aux contrats entre le créancier principal et le débiteur principal, d'une part, et entre ce dernier et son auxiliaire, d'autre part. La position de l'auxiliaire se voit ainsi considérablement améliorée, ces moyens de défense venant s'ajouter à ceux dont il dispose déjà en cas de recours extracontractuel<sup>137</sup>.

## 2. Notion d'auxiliaire – Champ d'application *ratione personae*

48. Malgré l'attention apportée au sort qui est le sien, le livre 6 du Code civil ne définit pas la notion d'auxiliaire<sup>138</sup>. Elle est pourtant fondamentale, la protection voulue par le législateur étant limitée aux personnes revêtant cette qualité.

49. On déduit, toutefois, des travaux préparatoires que le législateur a entendu se référer à la notion d'agent d'exécution telle que dégagée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Il y est, ainsi, indiqué que « sont considérés comme des auxiliaires principalement les travailleurs, les autres préposés et les organes des personnes morales »<sup>139</sup>. Ils citent les termes des arrêts de la Cour de cassation du 12 mars 2020<sup>140</sup> en vertu duquel il s'agit « d'une personne physique ou une personne morale qui est chargée par le débiteur d'une obligation contractuelle de l'exécution totale ou partielle de cette obligation, peu importe qu'il exécute cette obligation pour son propre compte et en son nom propre ou pour le compte et au nom du débiteur » et, surtout, du 7 février 2020<sup>141</sup>, à l'occasion duquel la Cour de cassation a précisé que « n'est pas un auxiliaire celui qui fournit seulement les conditions matérielles permettant à un débiteur d'exécuter ses obligations ou qui met seulement à disposition du matériel auxiliaire à cet effet »<sup>142</sup>.

<sup>137</sup> Par exemple les plafonds de responsabilité prévus par l'article 2:57 du C.S.A. (et l'appréciation marginale de la faute de l'administrateur) ou les immunités (partielles) qu'accordent respectivement l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail aux travailleurs, l'article 5 de la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires (*M.B.*, 29 août 2005) auxdits volontaires et l'article 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques (*M.B.*, 27 février 2010) auxdits membres du personnel. Les travaux préparatoires citent également les articles 28 et 29 de la Convention C.M.R. du 19 mai 1956 et les articles 2.3.2.34, § 2, et 2.3.2.38 du Code de la navigation (Développements, p. 34).

<sup>138</sup> Ceci malgré l'invitation à le faire formulée par le Conseil d'État (Avis n° 73.282/2 du 23 mai 2023, p. 8). On le regrettera d'autant plus que la portée de la notion d'auxiliaire au sens du livre 6 du Code civil paraît plus restreinte qu'au sens de l'article 5.229 du Code civil (relatif à l'« imputabilité de la faute des auxiliaires »). Au sens de ce dernier article, l'auxiliaire est, en effet, désigné comme toute personne à laquelle le débiteur « fait appel [...] pour l'exécution de l'obligation », ce qui inclut, à notre estime, celles qui, sans exécuter l'obligation elle-même, apportent leur concours à son exécution.

<sup>139</sup> Développements, p. 32.

<sup>140</sup> Cass., 12 mars 2020, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.720, note C. HÉLAS.

<sup>141</sup> Cass., 7 février 2020, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.719, note C. HÉLAS.

<sup>142</sup> La qualification d'auxiliaire de celui qui fournit une prestation essentielle à l'exécution de l'obligation contractuelle était initialement débattue. Elle a finalement été rejetée (C. HÉLAS, « Tensions autour de la notion d'agent d'exécution », *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.719).

Seront, en conséquence, considérés comme des auxiliaires : les ouvriers et employés du débiteur, les sous-traitants auxquels il délègue l'exécution de tout ou partie des prestations qu'il s'est engagé à fournir<sup>143</sup> et les organes des personnes morales<sup>144</sup>. Ne sont, à l'inverse, pas considérés comme des auxiliaires les cocontractants du débiteur qui lui fournissent des prestations utiles, voire nécessaires à l'exécution de ses obligations mais sans exécuter eux-mêmes, en tout ou en partie, lesdites obligations. Ne seront donc pas qualifiés d'auxiliaire le vendeur des matériaux installés par l'entrepreneur<sup>145</sup>, le propriétaire de locaux ou de machines donnés en location au débiteur<sup>146</sup>, le gestionnaire du réseau de distribution chargé par l'acheteur d'acheminer l'électricité produite par l'entreprise venderesse<sup>147</sup> ou encore l'architecte avec lequel contracte le promoteur qui s'est engagé à fournir un immeuble<sup>148</sup>. Plus généralement, ne pourront, en principe, pas être considérés comme des auxiliaires les prestataires externes auxquels sont déléguées certaines tâches internes à l'entreprise (comptabilité, gestion des ressources humaines, marketing, etc.)<sup>149</sup>.

**50.** On soulignera, par ailleurs, le caractère relatif de la notion d'auxiliaire. Le sous-traitant ou le préposé du débiteur n'est considéré comme son auxiliaire que dans ses rapports à l'égard du créancier de l'obligation qu'il est chargé d'exécuter, créancier auquel on assimile les éventuels créanciers situés en amont de la chaîne contractuelle (dans la mesure où les tâches sous-traitées constituent l'exécution totale ou partielle des obligations contractuelles à leur égard). S'il cause un dommage à des tiers ou à d'autres créanciers du débiteur, le sous-traitant ou le préposé ne pourra pas se prévaloir à leur égard de la protection de l'article 6.3 du Code civil. À titre d'exemple, le préposé de l'entreprise de maçonnerie qui intervient à l'occasion de la construction d'un logement neuf aura la qualité d'auxiliaire à l'égard de l'entrepreneur général avec lequel son employeur a

<sup>143</sup> Dans un arrêt du 24 mars 2016, la Cour de cassation a, dans ce cadre, jugé que la banque du destinataire d'un paiement est l'auxiliaire de la banque de la partie qui effectue le paiement (et donne pour ce faire instruction à sa banque) (Cass., 24 mars 2016, *R.D.C.*, 2017, pp. 201-205).

<sup>144</sup> La qualification d'agent d'exécution (auxiliaire) des organes des personnes morales faisait l'objet de critiques récurrentes en doctrine (voy. not. V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », *R.C.J.B.*, 1999, p. 756). La jurisprudence de la Cour de cassation était toutefois constante sur ce point depuis son arrêt du 7 novembre 1997 (Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 730, note V. SIMONART ; Cass., 20 juin 2005, *R.G. n° C.03.0105.F* www.juportal.be ; Cass., 4 mai 2018, *J.D.S.C.*, 2018, p. 141, note M.-A. DELVAUX).

<sup>145</sup> B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, Fl. GEORGE et N. SCHMITZ, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020, op. cit.*, pp. 761-762.

<sup>146</sup> Cass., 7 février 2020, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.719, note C. HÉLAS.

<sup>147</sup> Cass., 12 mars 2020, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.720, note C. HÉLAS. En l'espèce, une erreur de manipulation commise par un préposé d'Elia avait endommagé gravement l'installation du vendeur (producteur) de l'électricité. Elia avait invoqué, sans succès, l'immunité relative de l'agent d'exécution.

<sup>148</sup> B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, Fl. GEORGE et N. SCHMITZ, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020, op. cit.*, pp. 757-758. *Contra*, mais avant l'arrêt de la Cour de cassation du 7 février 2020 : Liège, 28 février 2013, *Entr. et dr.*, 2015, p. 94, note R. DE WIT. Il pourrait être défendu que réaliser les plans de l'immeuble fait partie inhérente des obligations du promoteur (même lorsque le contrat est qualifié de vente).

<sup>149</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 610.

contracté et à l'égard du promoteur avec lequel l'entrepreneur général a lui-même contracté. En revanche, s'il cause un dommage à l'entreprise chargée, en parallèle, par l'entrepreneur général de travaux de plomberie ou de carrelage, il ne pourra, en principe, pas opposer à celle-ci sa qualité d'auxiliaire, n'ayant pas été chargé par l'entrepreneur général d'exécuter ses propres obligations à leur égard.

### 3. Opposabilité des moyens de défense découlant du contrat principal

51. Le deuxième alinéa de l'article 6.3, § 2, permet, première protection, à l'auxiliaire, lorsque le dommage dont la réparation lui est réclamée a été causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, d'invoquer « les mêmes moyens de défense que son donneur d'ordre peut invoquer sur la base du paragraphe 1<sup>er</sup> et qui concernent l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore ». L'auxiliaire pourra, ainsi, notamment se prévaloir de la clause limitative de responsabilité que contiendrait le contrat principal. Il pourra également invoquer les règles (de fond et de prescription) plus favorables que prévoit la législation relative aux contrats spéciaux. Ceci alors même que le contrat principal et le sous-contrat reçoivent des qualifications différentes (et avec pour conséquence que le juge devra se prononcer sur la qualification du contrat principal et déterminer le fondement qu'aurait pris une action contractuelle dirigée contre le débiteur principal)<sup>150</sup>. Les travaux préparatoires donnent l'exemple d'un dommage causé par un membre du personnel d'un hôtel aux biens d'un client. Le membre du personnel concerné pourra se prévaloir de l'article 1952 de l'ancien Code qui limite la responsabilité de l'hôtelier dans cette hypothèse à 100 fois le prix de location du logement par journée, ceci même si le contrat qui le lie à son employeur n'est pas lui-même qualifié de contre d'hôtellerie<sup>151</sup>.

Les travaux préparatoires justifient cette solution par le fait que le créancier principal « peut normalement s'attendre à ce que le débiteur fasse appel à des auxiliaires. Il est raisonnable qu'il n'ait pas plus de recours contre ces derniers que

<sup>150</sup> Comme le relève Florence George, l'identification de ce fondement et donc de la règle précise que peut invoquer l'auxiliaire pourrait, dans certains cas, faire débat. Elle donne l'exemple du transporteur qui aurait endommagé le bien vendu (Fl. GEORGE, « La sort de l'auxiliaire », *op. cit.*, pp. 396-398). Afin de déterminer quels moyens de défense peut invoquer l'auxiliaire, le tribunal devra préalablement examiner le fondement qu'aurait pris une action contractuelle dirigée contre le débiteur principal (l'obligation de délivrance conforme ou la garantie des vices cachés, dans l'exemple précité). Nous pensons que, si cette action contractuelle était susceptible de plusieurs fondements contractuels (par ex. la responsabilité pour vices cachés de l'entrepreneur et une garantie contractuelle spécifique qu'il aurait consentie au maître de l'ouvrage), un moyen de défense relatif à un seul de ces fondements ne pourra pas être invoqué par l'auxiliaire si et dans la mesure où une action contractuelle aurait été couronnée de succès sur un autre fondement. La philosophie du système est, en effet, de s'assurer que le créancier principal dispose (si les conditions de la responsabilité extracontractuelle sont réunies) d'un recours équivalent contre son cocontractant ou contre l'auxiliaire.

<sup>151</sup> *Ibid.*

contre le débiteur principal lui-même»<sup>152</sup>. L'objectif est que l'auxiliaire ne soit tenu à l'égard du créancier que dans la mesure où «son donneur d'ordre serait tenu dans les mêmes circonstances»<sup>153</sup> (à savoir, s'il avait exécuté lui-même l'obligation et l'avait exécutée comme l'a fait l'auxiliaire).

**52.** Ces moyens de défense ne peuvent, bien entendu, être invoqués en toutes circonstances. L'article 6.3, § 2, exige (1) que le dommage dont la réparation est poursuivie ait été causé par (donc soit en lien causal avec) «l'inexécution d'une obligation contractuelle» et (2) que les exceptions concernées «concernent l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore».

**53.** La première exigence se comprend *a priori* sans peine. La protection accordée à l'auxiliaire ne se justifie que dans la mesure où l'auxiliaire a manqué à ses propres obligations contractuelles à l'égard du débiteur principal et, en raison de ce manquement, le débiteur principal se trouve lui-même en situation d'inexécution contractuelle (imputable) et est, par conséquent, tenu d'indemniser le préjudice causé par cette inexécution (ou le serait s'il n'avait pas veillé à limiter la portée de ses obligations et/ou de sa responsabilité contractuelles). Ainsi, l'employé ou le sous-traitant d'une entreprise de peinture qui emboutit involontairement le véhicule du maître de l'ouvrage garé en face de l'immeuble objet des prestations ne pourra pas invoquer à son profit une clause limitative de responsabilité reprise dans le contrat entre ce dernier et ladite entreprise, la responsabilité contractuelle de cette dernière n'étant pas engagée.

La portée exacte des obligations contractuelles conserve, dès lors, une importance particulière (avec les débats que cette question entraîne). On rappellera, dans ce cadre, qu'en vertu de l'article 5.71 du Code civil «le contrat oblige non seulement à ce qui y est convenu, mais encore à toutes les suites que la loi, la bonne foi ou les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée». On pense, en particulier, à l'obligation de celui à qui est confiée l'exécution de travaux ou prestations, de prendre les mesures de sécurité nécessaires pour éviter de causer un dommage au maître de l'ouvrage et/ou aux biens existants<sup>154</sup>.

**54.** La seconde exigence est plus ambivalente. L'emploi, dans la version française, de la conjonction «et» («qui concernent») laisse, en effet, penser que le législateur n'a pas entendu permettre à l'auxiliaire d'invoquer tous les moyens de défense dont dispose le débiteur principal à l'égard du créancier. Ceci d'autant plus que l'exigence que les moyens de défense «concernent l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore» ne figurait pas dans la version initiale de la proposition de loi<sup>155</sup>. On songe, en particulier, à des moyens de défense de type procédural (clause de médiation, d'arbitrage ou de choix de juridiction), en ce qu'ils ne règlent pas les modalités et conditions «d'exécution des obligations».

---

<sup>152</sup> Développements, p. 34.

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 345 et s.

<sup>155</sup> Elle a été ajoutée par l'amendement n° 67 du 15 janvier 2024, malheureusement sans explications.

Cette solution à notre faveur. Le contrat principal et le sous-contrat peuvent, en effet, contenir des clauses procédurales incompatibles (par exemple l'un une clause d'arbitrage et l'autre une clause désignant des tribunaux étrangers). Permettre à l'auxiliaire d'invoquer à sa guise l'une ou l'autre entraînerait une grave incertitude pour le créancier, celui-ci ne sachant pas devant quelle juridiction diriger son recours.

Il n'est, de plus, pas acquis que permettre à l'auxiliaire d'opposer au créancier principal une clause attributive de juridiction tirée du contrat principal soit compatible avec l'article 25 du règlement Bruxelles Ibis. Comme exposé *supra* (n° 35), la Cour de justice interprète, en effet, de manière autonome la notion de « convention attributive de juridiction » au sens de cet article. Dans ses arrêts *Refcomp*<sup>156</sup> et *CDC*<sup>157</sup>, elle a jugé qu'une telle clause ne peut être opposée « que dans les rapports entre les parties qui ont donné leur accord à la conclusion de ce contrat. Pour que la clause puisse être opposable à un tiers, il est, en principe, nécessaire que celui-ci ait donné son consentement à cet effet ». Dans le premier de ces deux arrêts, elle a, sur cette base, jugé que le vendeur d'un bien vicié ne peut opposer au sous-acquéreur de ce bien la clause attributive de juridiction que contenait le contrat initial. Nous pensons qu'il pourrait être défendu que le créancier principal (personne lésée) étant partie au contrat principal, il a consenti à la clause, en ce compris au profit des auxiliaires de son cocontractant. Son sort pourrait donc être distingué de celui du sous-acquéreur, l'auxiliaire n'étant, quant à lui, pas tenu de soulever l'exception. La solution n'est cependant pas certaine.

On ne retrouve toutefois pas trace dans les travaux parlementaires d'une limitation aux exceptions « de fond ». La version néerlandaise de l'article 6.3, § 2, du Code civil vise, quant à elle, les moyens de défense que peut invoquer le débiteur « met betrekking tot de verbintenissen aan de uitvoering waarvan de hulppersoon meewerkt », plutôt que « de uitvoering van de verbintenissen ». Il peut donc être défendu que l'intention du législateur a uniquement été de préciser que seuls les moyens de défense qui concernent/sont applicables les/aux obligations auxquelles collabore l'auxiliaire peuvent être invoqués par lui, à l'exclusion de ceux qui sont spécifiques à d'autres obligations et qui ne pourraient donc pas être invoqués par le débiteur principal lui-même si sa propre responsabilité devait être engagée en raison de l'inexécution des obligations concernées. Ainsi, à titre d'exemple, en présence d'un contrat principal portant sur la fourniture et l'installation de pièces, l'auxiliaire chargé de leur installation ne pourrait pas invoquer les moyens de défense tirés des clauses spécifiques à l'aspect fourniture. En cas de qualification distributive du contrat principal (vente et entreprise), il ne pourrait pas invoquer les moyens de défense tirés du régime de la vente. Il pourrait, en revanche, opposer au créancier principal les clauses

<sup>156</sup> C.J.U.E., 7 février 2013, *Refcomp Spa c. Axa e.a.*, C-543/10, www.curia.eu.

<sup>157</sup> C.J.U.E., 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) c. Akzo Nobel e.a.*, C-352/13, www.curia.eu.

«générales» que contient le contrat principal, par exemple une clause d'arbitrage. Nous avons, cependant, exposé les désavantages que présente cette solution.

**55.** Lorsque les moyens de défense concernés se fondent sur une clause du contrat principal, encore faut-il, bien entendu et comme mentionné *supra*, qu'elle soit valide. À défaut, elle ne peut évidemment être invoquée.

On précisera que cette validité s'apprécie selon les règles applicables aux relations entre le créancier principal et le débiteur principal. En conséquence, l'administrateur d'une société (qualifié d'auxiliaire) pourra invoquer à son profit les clauses du contrat entre la société et un tiers. Ceci nonobstant l'interdiction que fait l'article 2:58 du Code des sociétés et des associations de limiter la responsabilité des administrateurs au-delà des limites fixées par l'article 2:57 du même Code (la clause ayant pour objet de limiter la responsabilité de la société, ce qui est autorisé).

#### 4. Opposabilité des moyens de défense découlant du sous-contrat

**56.** Deuxièmement, l'auxiliaire peut invoquer les (trois catégories de) moyens de défense visés à l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, du Code civil qu'il pourrait lui-même invoquer contre son propre cocontractant (débiteur principal) en cas d'action extracontractuelle diligentée par ce dernier. Il peut, ainsi, opposer au créancier principal qui dirige une action extracontractuelle contre lui «aussi bien des moyens de défense que le débiteur principal peut invoquer contre le créancier principal que des moyens de défense que l'auxiliaire peut opposer au cocontractant qui est son créancier»<sup>158</sup>.

**57.** Comme mentionné *supra*, cette possibilité n'était pas prévue dans la proposition de loi initiale. Elle a été introduite par voie d'amendement, afin d'assurer une plus grande prévisibilité à l'auxiliaire qui ignore souvent les termes et conditions du contrat principal<sup>159</sup>.

**58.** L'intention du législateur semble, par ailleurs et pour les motifs exposés *supra*, avoir été de permettre à l'auxiliaire d'invoquer l'ensemble des moyens de défense, tant au fond que procéduraux. Nous pensons, ainsi, que (lorsque le dommage dont la réparation est réclamée a été causé par une inexécution contractuelle) l'auxiliaire pourra opposer au créancier principal la clause de médiation ou d'arbitrage que contiendrait le sous-contrat.

Comme le relèvent Ignace Claeys et Camille Desmet, il n'est cependant pas certain que cette solution, en ce qu'elle concerne les clauses de choix de juridiction<sup>160</sup>, soit compatible avec l'article 25 du règlement Bruxelles *Ibis* (qui

---

<sup>158</sup> Amendements du 15 janvier 2024, n° 55-3213/010, p. 3 (amendement n° 67).

<sup>159</sup> Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice, n° 55-3213/007, pp. 4 et s.

<sup>160</sup> La Cour de cassation française a, en revanche, jugé que «dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action» (Cass., France), 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems (ABS), Société Alcatel Micro Electronics (AME) et Société AGF*

prévaut sur l'article 6.3 du Code civil)<sup>161</sup>. Dans son arrêt *Refcomp* du 7 février 2013<sup>162</sup> déjà évoqué *supra*, la Cour de justice a, en effet, jugé que la clause attributive de juridiction contenue dans un contrat de vente ne peut être opposée au sous-acquéreur du bien vendu. Elle a, dans ce cadre, précisé que la notion de « convention attributive de juridiction » au sens de l'article 23 du règlement Bruxelles I (art. 25 après refonte), doit être interprétée comme une notion autonome et que « la clause attributive de juridiction insérée dans un contrat ne peut, en principe, produire ses effets que dans les rapports entre les parties qui ont donné leur accord à la conclusion de ce contrat. Pour que la clause puisse être opposable à un tiers, il est, en principe, nécessaire que celui-ci ait donné son consentement à cet effet ». Elle a jugé que le sous-acquéreur et le fabricant d'un bien défectueux « doivent être considérés, aux fins de l'application du règlement, comme n'étant pas unis par un lien contractuel » et qu'il y a lieu d'en déduire « qu'ils ne peuvent être considérés comme étant "convenus", au sens de l'article 23, paragraphe 1, [du règlement Bruxelles I]<sup>163</sup>, du tribunal désigné comme compétent dans le contrat initial conclu entre le fabricant et le premier acquéreur ». Il semble, *a fortiori*, en aller de même du créancier principal qui entendrait exercer un recours extracontractuel contre un auxiliaire de son débiteur<sup>164</sup>.

La jurisprudence précitée paraît limitée aux clauses de choix de juridiction. Il serait, cependant, étrange et difficilement justifiable (notamment au regard du principe d'égalité de traitement) que l'auxiliaire puisse opposer au créancier principal une clause d'arbitrage mais pas une clause de choix de juridiction.

**59.** Encore faut-il, en tout état de cause, lorsque le moyen de défense est tiré d'une clause du sous-contrat, que cette clause soit valide. Cette validité s'apprécie au regard des qualités des parties au sous-contrat. L'auxiliaire pourra, en conséquence, opposer à la personne lésée des clauses qui, en raison de sa qualité de consommateur, n'auraient pas pu être valablement incluses dans le contrat entre ce dernier et le débiteur principal. À l'inverse, l'administrateur (qualifié d'auxiliaire) ne pourra pas opposer à la personne lésée une clause limitant sa responsabilité à l'égard de la société, l'article 2:58 du Code des sociétés et des associations interdisant toute limitation allant au-delà des limites fixées par son article 2:57 (mais pourra lui opposer les limites fixées par ce dernier).

*c. Amkor Technology et autres*, Bull., 2007, I, n° 129, cité par M. RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 412). Comme exposé *infra* (note 170), cette position est partagée par la majorité des auteurs belges (mais à l'endroit d'une action contractuelle dirigée contre le vendeur initial).

<sup>161</sup> I. CLAEYS et C. DESMET, « De rechtstreekse buitencontractuele aansprakelijkheid van hulppersonen krachtens artikel 6.3 BW », *op. cit.*, p. 1661.

<sup>162</sup> C.J.U.E., 7 février 2013, *Refcomp Spa c. Axa e.a.*, C-543/10, www.curia.eu.

<sup>163</sup> Art. 25 dans le règlement Bruxelles Ibis.

<sup>164</sup> La Cour de justice ne semble admettre une telle opposabilité que « lorsque le tiers au contrat a succédé, en vertu du droit national applicable, au cocontractant initial dans ses droits et obligations » (M. DECHAMPS, « L'actualité de la prorogation volontaire de compétence en matière civile et commerciale : jurisprudence et Brexit », *R.D.C.*, 2018, p. 18 ; C.J.U.E., 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) c. Akzo Nobel e.a.*, C-352/13, www.curia.eu ; C.J.U.E., 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, www.curia.eu).

## 5. Exception en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou de faute commise avec l'intention de causer un dommage

**60.** Le § 2 de l'article 6.3 du Code civil renvoyant à son § 1<sup>er</sup>, la possibilité pour l'auxiliaire d'opposer au créancier principal les moyens de défense visés par ce dernier est soumise aux mêmes exceptions. En cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique et/ou lorsque l'auxiliaire (ou une personne dont il répond)<sup>165</sup> a commis une faute avec l'intention de causer un dommage (avec les nuances que cela appelle), l'auxiliaire ne pourra opposer aucun des moyens de défense visés par l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, au créancier principal (personne lésée).

**61.** En revanche et comme mentionné *supra*, l'auxiliaire pourra se prévaloir des règles qui régissent spécifiquement sa responsabilité extracontractuelle (dans la mesure où ces règles ne trouvent pas elles-mêmes exception). L'employé qui a causé un dommage physique à un tiers pourra, en conséquence, invoquer à son profit l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail s'il a commis une faute légère non habituelle. L'administrateur dont la responsabilité extracontractuelle est engagée en raison d'une atteinte à l'intégrité physique en lien avec l'exécution de son mandat pourra, de même, se prévaloir de la protection et des limites qui découlent des articles 2:56 (contrôle marginal) et 2:57 (plafonds en cas de faute légère accidentelle) du Code des sociétés et des associations.

## D. Le sort des sous-auxiliaires

**62.** Outre qu'il ne définit pas la notion d'auxiliaire, l'article 6.3, § 2, du Code civil n'aborde pas la question de la sous-traitance en cascade et des auxiliaires de rang inférieur. Or, rien ne semble faire obstacle à ce que le créancier principal dirige une action en responsabilité extracontractuelle non pas contre son débiteur ou l'auxiliaire de premier rang mais contre un auxiliaire de rang inférieur (à condition bien sûr que les conditions d'une telle responsabilité soient réunies dans son chef). Ce dernier peut-il alors opposer au créancier principal les exceptions tirées de l'ensemble de la chaîne contractuelle ?

**63.** L'amendement n° 67 qui a introduit la possibilité pour l'auxiliaire d'invoquer également les moyens de défense tirés du sous-contrat précise que « la notion d'“auxiliaire” vise tout auxiliaire dans la chaîne intégrale de contrats »<sup>166</sup>. Si la précision est bienvenue, ses conséquences précises demeurent particulièrement incertaines.

---

<sup>165</sup> Lorsque l'auxiliaire a commis une faute extracontractuelle mais sans avoir eu l'intention de causer un dommage, il pourra, en revanche, se prévaloir des moyens de défense concernés, ceci, à notre estime, même si le débiteur principal a également commis une faute, cette fois avec une telle intention. L'auxiliaire ne répond, en effet, pas à l'égard du créancier principal des fautes du débiteur principal (en ce sens : Fl. GEORGE, « Le sort de l'auxiliaire », *op. cit.*, p. 453).

<sup>166</sup> Amendements du 15 janvier 2024, n° 55-3213/010, p. 2 (amendement n° 67).

**64.** Une chose paraît heureusement claire : en vertu de l'article 6.3, § 2, alinéa 3, du Code civil, l'auxiliaire de second rang (ou de rang inférieur) peut invoquer à l'égard de la personne lésée (tous) les moyens de défense découlant du contrat qui le lie à l'auxiliaire de premier rang (ou du rang directement supérieur) (« son cocontractant ») et qu'il pourrait lui opposer en cas d'action extracontractuelle diligentée par ce dernier. Ceci, peu importe la place de la personne lésée dans la chaîne contractuelle<sup>167</sup>, mais toutefois à condition que les débiteurs successifs soient tous qualifiés d'auxiliaire l'un de l'autre<sup>168</sup>.

**65.** L'auxiliaire de second rang peut-il également invoquer les moyens de défense découlant du contrat principal et/ou du contrat entre le débiteur principal et l'auxiliaire de premier rang<sup>169</sup>? On songe, par exemple, à l'hypothèse où ces deux contrats prévoiraient des plafonds de responsabilité différents, tandis que la convention entre les auxiliaires de premier et de second rang n'aurait pas fait l'objet d'un écrit signé. L'auxiliaire de second rang peut-il alors invoquer les clauses de chacun ou d'un seul des deux contrats (mais lequel alors)? La vérité semble être que le législateur (les auteurs de l'amendement n° 67 en réalité) a perdu de vue cette question, l'amendement qui a introduit le dernier alinéa de l'article 6.3, § 2, du Code civil ayant été rédigé dans une certaine précipitation. On en est donc réduit aux conjectures et aux propositions.

**66.** La solution la plus appropriée nous paraît, dans ce cadre, être de permettre à l'auxiliaire de second rang (ou de rang inférieur) d'opposer à la personne lésée les exceptions découlant des contrats auxquels ils sont respectivement parties, mais pas des contrats intermédiaires. Ainsi, le créancier principal qui agirait contre un auxiliaire de second rang pourrait se voir opposer les (trois catégories de) moyens de défense (visés à l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, du Code civil) découlant de son propre contrat avec le débiteur principal et du contrat entre les auxiliaires de premier et de second rang, mais pas du contrat entre le débiteur principal et l'auxiliaire de premier rang. Cette solution permet à l'auxiliaire de second rang de se prévaloir des clauses qu'il a négociées lui-même. La personne lésée doit, de plus, assumer les conséquences de celles qu'elle a elle-même acceptées à l'égard de son propre cocontractant. Leurs rapports respectifs (extracontractuels) ne sont, en revanche, pas affectés par les conventions auxquelles ni la personne lésée ni le défendeur ne sont parties, convention dont ils n'ont d'ailleurs généralement pas connaissance du contenu.

<sup>167</sup> Limiter cette opposabilité à la personne avec laquelle le cocontractant direct de l'auxiliaire concerné aurait contracté (débiteur principal dans le cas d'un auxiliaire de second rang) nous semble exclu car contraire à l'intention du législateur. Elle reviendrait, de plus, à inciter le créancier principal à agir contre les auxiliaires de rang inférieur plutôt que contre son propre cocontractant et son auxiliaire de premier rang, ce qui n'a pas pu être la volonté du législateur.

<sup>168</sup> Ainsi, le préposé d'une entreprise qui aurait mis à disposition une grue sur un chantier de construction ne pourra pas être considéré comme sous-auxiliaire de l'entrepreneur principal à qui est louée la grue et ne pourra pas invoquer la protection de l'article 6.3 du Code civil à l'égard du maître de l'ouvrage (mais bien à l'égard du débiteur principal puisqu'à son égard, il est bien l'auxiliaire de son cocontractant).

<sup>169</sup> Et s'il est un auxiliaire de rang inférieur, les autres contrats intermédiaires.

Cette solution paraît pouvoir trouver une assise dans le texte de l'article 6.3 du Code civil dans la mesure où son § 1<sup>er</sup> (auquel renvoie son § 2, al. 2) vise l'hypothèse d'une action extracontractuelle dirigée par la personne lésée contre son propre cocontractant (donc contre le débiteur principal si la personne lésée est le créancier principal).

**67.** Une deuxième solution serait de permettre à l'auxiliaire de rang inférieur d'invoquer les moyens de défense découlant de son contrat et du contrat conclu par son cocontractant direct (donc, pour un auxiliaire de deuxième rang, le contrat entre le débiteur principal et l'auxiliaire de premier rang). Elle semble pouvoir s'appuyer sur une lecture littérale article 6.3, § 2, alinéa 2, du Code civil en ce qu'il permet à l'auxiliaire (auquel est assimilé le sous-auxiliaire) d'opposer les moyens de défense que « son » donneur d'ordre peut invoquer.

Pareille solution paraît cependant devoir être écartée. Elle permettrait (et inciterait), en effet, au créancier principal qui aurait accepté de limiter la responsabilité de son cocontractant direct (et indirectement celle de l'auxiliaire de premier rang) de disposer de davantage de droits à l'égard des auxiliaires de rang inférieur qu'à l'égard de l'auxiliaire de premier rang. Tel n'a pas pu être l'intention du législateur. La compatibilité d'une telle solution avec les articles 10 et 11 de la Constitution paraît, par ailleurs, douteuse.

**68.** Une troisième solution serait de permettre à l'auxiliaire de second rang d'opposer à la personne lésée les moyens de défense (visés à l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, du Code civil) découlant de l'ensemble de la chaîne contractuelle qui les sépare (et les unit indirectement). Le créancier de second rang pourrait ainsi, outre les moyens de défense tirés de son propre contrat, invoquer à l'égard du créancier principal les clauses et moyens de défense du contrat entre celui-ci et le débiteur principal et du contrat entre ce dernier et l'auxiliaire de premier rang.

On pourrait, en effet, trouver curieux que le créancier principal dispose (potentiellement) de davantage de droits à l'égard de l'auxiliaire de second rang que contre l'auxiliaire de premier rang (par exemple car le contrat entre le débiteur principal et l'auxiliaire de premier rang contient des clauses limitant fortement sa responsabilité). L'article 6.3, § 2, alinéa 2, du Code civil permet, par ailleurs, à l'auxiliaire (auquel est assimilé le sous-auxiliaire) d'opposer les moyens de défense que « son » donneur d'ordre peut invoquer. Or l'auxiliaire de premier rang peut opposer au créancier principal les moyens de défense qui découlent tant du contrat principal que de celui entre le débiteur principal et lui. On perçoit toutefois d'emblée les complications qu'engendrerait une telle solution. Elle nous semble contraire à l'esprit de simplification qui a guidé les auteurs du livre 6.

## E. Le sort des débiteurs cédés – L'article 5.105 du Code civil

69. Les auxiliaires du débiteur principal doivent, nous l'avons exposé *supra*, être soigneusement distingués des simples cocontractants de celui-ci. Ceux-ci ne revêtent la qualité d'auxiliaire(s) qu'à la condition que leur ait été confiée l'exécution des obligations du débiteur principal. Ne seront, en conséquence, notamment pas qualifiés d'auxiliaire l'entrepreneur qui aurait effectué de travaux au bien ensuite vendu, le fournisseur des matériaux ensuite mis en œuvre par le débiteur principal ou les précédents propriétaires d'un bien, ensuite revendu. Ceux-ci ne pourront, dès lors, pas prétendre bénéficier de la protection de l'article 6.3, § 2, du Code civil. S'il peut identifier une faute extracontractuelle dans leur chef, rien ne semble, partant, faire obstacle à ce que le créancier principal (acquéreur du bien vendu, maître de l'ouvrage) ne dirige contre eux un recours extracontractuel.

70. Il arrive, toutefois, que le créancier principal dispose d'une action contractuelle contre le cocontractant de son débiteur. En particulier, en vertu de l'article 5.105 du Code civil, «sauf clause contraire, les droits cessibles qui sont étroitement liés à un bien en manière telle que l'intérêt de ces droits dépend de la propriété du bien, sont transmis à celui qui acquiert ce bien à titre particulier. La nature et l'étendue des droits transmis sont déterminées par le contrat dont ils résultent»<sup>170</sup>. Ceci permet, par exemple, à l'acquéreur d'un bien affecté d'un vice caché d'invoquer, à l'égard d'un précédent vendeur, la garantie des vices cachés dont disposait son propre cocontractant. On citera également l'exemple du maître de l'ouvrage, autorité de la sorte à agir contre les fournisseurs (vendeurs) des matériaux mis en œuvre par l'entrepreneur<sup>171</sup>. Les travaux préparatoires précisent que ces «droits ne sont pas modifiés par leur transmission à l'ayant cause particulier. La nature et la portée des droits restent donc déterminées par le contrat dont ils émanent (p. ex. le contrat d'entreprise) et sont soumises aux mêmes modalités et limitations (p. ex. Cass., 15 décembre 2006, C.04 0491.N, R.W.,

<sup>170</sup> Il est, de longue date, admis que l'obligation du vendeur de délivrer la chose vendue consacrée à l'article 1615 de l'ancien Code civil inclut ses accessoires juridiques, en ce compris les droits dits *propter rem*, à savoir «les droits et les actions fondamentalement attachés à la propriété de la chose et dont l'exercice ne présente d'intérêt que pour le propriétaire» (B. KOHL, C. BARÉ, C. JOISTEN, M. LANSMANS, Fr. ONCLIN et A. RIGOLET, «La vente d'immeuble (de gré à gré)», in *Chroniques notariales*, vol. 73, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 170). Dans des arrêts remarquables du 13 février 2020 (Cass., 13 février 2020, R.G.D.C., 2020, p. 516) et du 9 mars 2020 (Cass., 9 mars 2020, R.A.B.G., 2020, p. 1545), la Cour de cassation a jugé que cette transmission «s'applique également lorsque la cession [du bien] intervient après l'introduction d'une action en justice», sauf dans la mesure où le cédant (vendeur) a toujours intérêt à exercer les droits concernés malgré la cession. Cette transmission s'opère, en principe, «de plano», sans formalité et sans qu'il ne soit nécessaire de prévoir une subrogation (B. KOHL, C. BARÉ, C. JOISTEN, M. LANSMANS, Fr. ONCLIN et A. RIGOLET, *ibid.*, pp. 170-180). Par analogie, il est admis que le contrat d'entreprise transfère au maître de l'ouvrage (créancier principal) les droits dont disposait l'entrepreneur (débiteur principal) contre le fournisseur (vendeur) des matériaux (Cass., 18 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 1154).

<sup>171</sup> Pour un aperçu des différentes hypothèses, voy. B. KOHL et R. SALZBURGER, «La transmission des droits et dettes *propter rem* en droit belge», in P. Jourdain et P. Wéry (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 667-756.

2008-09, 230, note Carette) »<sup>172</sup>. En d'autres termes, le cessionnaire des droits ne pourra exercer un recours contractuel contre le cocontractant de son débiteur que dans la mesure où ce dernier aurait pu exercer un tel recours, notamment compte tenu des clauses limitatives de responsabilité que contiendrait leur convention<sup>173</sup>.

En exerçant un recours extracontractuel contre le vendeur originaire, le cessionnaire pourra, toutefois, s'affranchir de ces limites. Ceci alors que le créancier originel (p. ex. l'acquéreur intermédiaire ou l'entrepreneur qui a acheté les matériaux) aurait, lui, vu un éventuel recours extracontractuel contre son cocontractant limité par l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, du Code civil. Faudrait-il alors permettre au débiteur cédé d'invoquer également à l'égard du cessionnaire (personne lésée) qui agit sur une base extracontractuelle les moyens de défense dont il aurait disposé en cas d'action extracontractuelle diligentée par son propre contractant<sup>174</sup> ? La sécurité juridique pourrait le justifier. Dans un arrêt du 2 octobre 2020, certes rendu sur l'empire de l'ancien Code civil, la Cour de cassation a, dans ce cadre, jugé que l'acheteur final qui se voit transférer les droits de son vendeur à l'égard d'un précédent vendeur ne peut diriger contre ce dernier un recours extracontractuel que dans les conditions du concours entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle<sup>175</sup>. Transposé à l'article 6.3 du Code civil, on en déduit que les exceptions tirées du contrat conclu par le débiteur cédé sont opposables au cessionnaire, même si ce dernier fonde son action sur la responsabilité extracontractuelle. Le cessionnaire est, ce faisant, assimilé au créancier initial, cocontractant du débiteur cédé.

Comme mentionné *supra*, dans son arrêt *Refcomp*, la C.J.U.E. a, toutefois, jugé qu'une clause attributive de juridiction contenue dans un contrat de vente ne peut être opposée au sous-acquéreur du bien<sup>176</sup>. Une partie, certes minoritaire, de la doctrine était, de plus mais sous l'empire de l'ancien Code civil, circonspecte quant à l'opposabilité au sous-acquéreur d'une clause d'arbitrage contenue dans le contrat initial<sup>177</sup>. De manière plus générale, permettre au vendeur initial

<sup>172</sup> Proposition de loi du 16 juillet 2019, portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019, n° 55-0174/001 p. 126.

<sup>173</sup> En revanche, le débiteur de l'obligation transmise ne pourra pas invoquer les clauses et exceptions tirées du contrat entre son créancier et le cessionnaire.

<sup>174</sup> En tout état de cause, à l'exclusion des moyens de défense découlant des contrats en aval, ceci revenant à assimiler le débiteur cédé à un auxiliaire, ce qu'il n'est pas.

<sup>175</sup> Cass., 2 octobre 2020, *R.G.D.C.*, 2021, p. 188, note M. HIGNY, *Jurim Pratique*, 2023, p. 177, note J.-Fr. ROMAIN.

<sup>176</sup> C.J.U.E., 7 février 2013, *Refcomp Spa c. Axa e.a.*, C-543/10, [www.curia.eu](http://www.curia.eu).

<sup>177</sup> G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I : Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 228. En ce sens, D. MATRAY et Fr. VIDTS, « L'arbitrage et l'assurance. Les rapports avec les tiers », in *Arbitrage en verzekeringsrecht/L'arbitrage et le droit des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 144-149. *Contra* et en faveur d'une telle opposabilité (dans le cadre d'une action contractuelle) : M. HIGNY, « Transfert de droits *propter rem* en cas de vente : les conditions du concours des responsabilités s'appliquent aussi en cas de recours exercé en amont », note sous Cass., 2 octobre 2020, *R.G.D.C.*, p. 198 ; P. DE BOURNONVILLE, « Arbitrage », *Rép. not.*, t. XIII : La procédure notariale, livre 6, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 221 ; M. BERLINGIN, « L'extension de la convention d'arbitrage à des tiers participant à l'exécution du contrat au regard du

d'opposer au cessionnaire (acheteur final) les moyens de défense (en particulier au fond) découlant de la vente initiale reviendrait à restreindre (potentiellement fortement<sup>178</sup>) la possibilité pour le cessionnaire de se retourner, sur une base extracontractuelle, contre le débiteur originaire, ceci alors que l'article 5.105 du Code civil vise, en contraire, à faciliter un recours contre celui-ci.

## Section 4

### Dérogations contractuelles

71. Le régime de l'article 6.3 n'allant pas sans difficulté et les habitudes ayant parfois la vie dure, se pose la question de la possibilité d'y déroger, par exemple pour se rapprocher du système antérieur. Conformément à l'article 6.1 du Code civil, les dispositions de son livre 6 sont, en effet, supplétives, ce qui laisse, en règle, aux parties une grande liberté.

Le même article contient cependant, on le sait, une importante réserve : cette liberté vaut « à moins qu'il ne résulte de leur texte ou de leur portée qu'elles présentent, en tout ou en partie, un caractère impératif ou d'ordre public ». Chaque disposition doit donc être examinée spécifiquement.

L'article 6.3 du Code civil ne fait pas objection à la règle. On abordera, dans ce cadre, séparément les dérogations à ses premier et second paragraphes.

#### A. Dérogations au § 1<sup>er</sup>

72. La solution paraît, *a priori*, simple à l'endroit de son § 1<sup>er</sup> puisqu'il dispose que la responsabilité extracontractuelle s'applique entre cocontractants, sauf si « le contrat en dispose autrement ». On en déduit que les parties peuvent choisir d'exclure, en tout ou en partie, leur responsabilité extracontractuelle l'une à l'égard de l'autre.

On rappellera, toutefois, qu'en vertu de l'article 5.89 du Code civil, la responsabilité extracontractuelle ne peut pas être exclue (ou limitée) en cas de faute intentionnelle ou en cas d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne. Pourrait-elle l'être en cas d'atteinte à l'intégrité psychique, hypothèse que ne vise pas l'article 5.89 du Code civil ? La réponse est, à notre estime,

---

droit belge », *b-Arbitra*, 2015, n° 1, p. 136 ; B. KOHL, « Le règlement des litiges immobiliers sous les auspices du Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI) », *Jurim Partique*, 2014, n° 1, p. 270, note infrapaginale 49. Dans un arrêt du 27 mars 2007, la Cour de cassation française a, quant à elle, jugé que « dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action » (Cass. fr., 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems (ABS), Société Alcatel Micro Electronics (AME) et Société AGF c. Amkor Technology et autres*, *Bull.*, 2007, I, n° 129, cité par M. RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrage international*, *op. cit.*, p. 412).

<sup>178</sup> Si le débiteur (vendeur, entrepreneur) et le vendeur originaire sont deux entreprises, leur convention pourrait contenir des clauses qui n'auraient pas pu être valablement incluses dans le contrat liant le cessionnaire (acheteur final, maître de l'ouvrage) et le débiteur (vendeur, entrepreneur).

négative. Comme l'indique la dernière phrase de l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, en cas d'atteinte à l'intégrité psychique, les moyens de défense tirés du contrat sont inapplicables, ce qui inclut les clauses exonératoires de responsabilité<sup>179</sup>. Cette disposition doit être considérée comme impérative, l'intention du législateur étant de protéger les victimes d'un tel dommage.

Nous pensons, pour les mêmes motifs, que les parties ne peuvent déroger à l'inapplicabilité des moyens de défense découlant du contrat, de la législation relative aux contrats spéciaux et des règles particulières de prescription applicables au contrat, en cas de faute commise avec l'intention de causer un dommage et/ou lorsque le dommage dont la réparation est poursuivie résulte d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique. La dernière phrase de l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, doit être considérée comme impérative en faveur de la personne lésée. L'objectif du législateur a, dans les deux cas qu'elle vise, été de permettre à la personne lésée d'exercer son recours extracontractuel sans tenir compte de l'existence d'une relation contractuelle en parallèle.

**73.** On aura, par ailleurs, égard aux législations particulières. Ainsi, en vertu de l'article 2:58 du Code des sociétés et des associations, la responsabilité, en ce compris extracontractuelle, d'un administrateur à l'égard de la société ne pourrait être limitée au-delà des plafonds prévus par son article 2:57.

**74.** Rien ne semble, en revanche, s'opposer à ce que les parties conviennent que certaines clauses ou certains moyens de défense ne trouveront pas à s'appliquer en cas d'action extracontractuelle. L'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, première phrase, du Code civil est, en effet, basé sur la présomption que l'intention des parties est que les clauses contractuelles et les moyens de défense en découlant s'appliquent en cas d'action extracontractuelle visant à la réparation d'un dommage en lien causal avec l'inexécution d'une obligation contractuelle. Les parties sont libres de déroger à ce principe si elles le souhaitent.

## B. Dérogations au § 2

### 1. Exclusion de la responsabilité extracontractuelle de l'auxiliaire

**75.** Si les parties sont libres d'exclure ou de limiter leur responsabilité extracontractuelle l'une à l'égard de l'autre, pareil engagement peut également être consenti au profit des auxiliaires des parties. L'article 6.3, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, l'indique clairement. Le débiteur principal pourrait, en conséquence, obtenir

---

<sup>179</sup> Si la rédaction de l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, du Code civil pourrait donner lieu à interprétation (l'exclusion semblant se rapporter à la première phrase de son alinéa 2), il ne fait aucun doute que l'exclusion prévue par la dernière phrase de l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code civil vaut également pour les clauses excluant de manière générale l'application de la responsabilité extracontractuelle. L'inverse déferait toute logique (en ce sens : A. CATALDO, « Le concours des responsabilités entre cocontractants », *op. cit.*, p. 414).

du créancier principal que ce dernier renonce à un recours extracontractuel à l'égard de ses auxiliaires en cas d'inexécution du contrat.

Comme le relèvent Ignace Claeys et Camille Desmet, une telle renonciation est possible au profit des employés du débiteur principal, nonobstant le caractère impératif de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail. Cet article vise, en effet, à assurer la protection de l'employé (temps vis-à-vis des tiers que de son employeur). Il ne fait pas obstacle à ce qu'une protection plus importante lui soit contractuellement accordée<sup>180</sup>.

Pareille renonciation pourrait-elle, également, être prévue au bénéfice des administrateurs d'une personne morale? L'article 2:58 du Code des sociétés et des associations semble l'interdire. Comme le relèvent Ignace Claeys et Camille Desmet, cet article a toutefois été adopté alors que les administrateurs bénéficiaient encore d'une immunité relative à l'égard de cocontractants de la société<sup>181</sup>. Il ne paraît, en conséquence, pas interdire pareille limitation<sup>182</sup>.

**76.** Comme mentionné *supra*, l'auxiliaire peut invoquer les mêmes moyens de défense que le débiteur principal. Il pourrait, sur cette base, sans doute être défendu que l'auxiliaire peut opposer au créancier principal (personne lésée) une clause du contrat principal excluant la responsabilité extracontractuelle du débiteur principal (pour le dommage causé par l'inexécution du contrat principal). On fera cependant preuve de prudence. Comme mentionné *supra*, l'article 6.3, § 2, alinéa 2, vise, en effet, les exceptions « qui concernent l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore ». Tel ne semble pas être le cas d'une clause excluant (ou limitant) la responsabilité extracontractuelle. Nous verrons, de plus, que les parties au contrat principal peuvent, selon nous, convenir de ne pas étendre à l'auxiliaire le bénéfice de certaines clauses du contrat principal. Les renonciations étant de stricte interprétation, il pourrait être défendu qu'une telle clause doit être interprétée comme ne visant que la responsabilité extracontractuelle du débiteur principal (contre lequel un recours contractuel est ouvert)<sup>183</sup>.

**77.** Il est, en tout état de cause, acquis que l'auxiliaire ne pourra pas opposer au créancier principal une clause du sous-contrat excluant (ou limitant) un recours extracontractuel en cas d'inexécution du sous-contrat. La solution inverse rendrait, en effet, bien trop aisé pour l'auxiliaire de contourner le régime voulu par le législateur<sup>184</sup>. Or l'objectif du législateur a été de permettre au créancier

<sup>180</sup> I. CLAEYS et C. DESMET, «De rechtstreekse buitencontractuele aansprakelijkheid van hulppersonen krachtens artikel 6.3 BW», *op. cit.*, p. 1658.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 1659.

<sup>182</sup> Comme mentionné *supra*, l'administrateur pourra, en tout état de cause, invoquer à son profit les moyens de défense découlant du contrat entre la société et la personne lésée.

<sup>183</sup> Nous songeons, par exemple, à une clause prévoyant que les parties contractantes excluent l'application de la responsabilité extracontractuelle dans leurs rapports réciproques.

<sup>184</sup> Le débiteur principal disposant d'un recours contractuel, il sera, en effet, en principe enclin à accepter d'exclure ou de limiter fortement une action extracontractuelle, ceci n'impactant pas (ou peu) son propre recours.

principal d'agir contre l'auxiliaire, certes en s'assurant que la responsabilité de ce dernier n'excède pas celle du débiteur principal lui-même. S'il a jugé opportun de permettre à l'auxiliaire d'opposer au créancier principal les clauses du sous-contrat, il n'a pas pu entendre lui permettre, par ce biais et sans l'accord du créancier principal, d'échapper à tout recours extracontractuel<sup>185</sup>.

**78.** On sera, par ailleurs, à nouveau, attentif aux limites fixées par l'article 5.89 du Code civil et par la dernière phrase de l'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code civil (en cas d'atteinte à l'intégrité psychique). La responsabilité extracontractuelle de l'auxiliaire ne pourra, en conséquence, pas être exclue ou limitée en cas de faute intentionnelle et/ou en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou (selon nous) psychique.

On aura, également, égard aux règles en matière de clauses abusives, en particulier à l'égard du consommateur. Or, si une exclusion de principe d'un recours extracontractuel contre l'auxiliaire équivaut, essentiellement<sup>186</sup>, à revenir au système antérieur, elle aura d'importantes conséquences pour le créancier principal en cas d'insolvabilité du débiteur principal, conséquences qui ont déterminé le législateur à le modifier. On ne peut, en conséquence, exclure qu'une clause qui exonérerait l'auxiliaire de sa responsabilité extracontractuelle, même en cas d'insolvabilité du débiteur principal, soit jugée comme abusive à l'égard du consommateur.

## 2. Dérogation à l'opposabilité des exceptions tirées du contrat principal

**79.** Les parties (au contrat principal) pourraient-elles, à l'inverse, prévoir que les clauses et exceptions du contrat principal ne pourront pas être opposées par l'auxiliaire au créancier principal? On songe, par exemple, à l'hypothèse où le débiteur principal ferait appel à un auxiliaire spécialisé et négocierait avec le créancier principal une limitation de sa propre responsabilité mais en prévoyant qu'une telle limitation ne bénéficierait pas audit auxiliaire qui contreviendrait aux règles de l'art et, ainsi, commettrait une faute extracontractuelle.

À nouveau, les travaux préparatoires sont muets sur le sujet. La réponse n'apparaît pas certaine.

---

<sup>185</sup> En ce sens, voy. de J. VANANROYE, «Alfabet soep over de doorwerking van excepties in de verhouding hoofdschuldenaar-uitvoeringsagent tegen de hoofdschuldeiser», disponible sur <https://corporatefinancelab.org/2024/02/20/alfabet-soep-over-de-doorwerking-van-excepties-in-de-verhouding-hoofdschuldenaar-uitvoeringsagent-tegen-de-hoofdschuldeiser/>; I. CLAEYS et C. DESMET, «De rechtstreekse buitencontractuele aansprakelijkheid van hulppersonen krachtens artikel 6.3 BW», *op. cit.*, p. 1651; en sens contraire mais à tort, selon nous : I. SAMOY, «De opheffing van het samenloopverbod en de quasi-immuniteit van de hulppersoon in Boek 6 BW : waarom dit de "koninklijke weg" is (slot)», disponible sur [www.privaatrecht.com/verbintenissen/de-opheffing-van-het-samenloopverbod-en-de-quasi-immuniteit-van-de-hulppersoon-in-boek-6-bw-waarom-dit-de-koninklijke-weg-is-deel-3/](http://www.privaatrecht.com/verbintenissen/de-opheffing-van-het-samenloopverbod-en-de-quasi-immuniteit-van-de-hulppersoon-in-boek-6-bw-waarom-dit-de-koninklijke-weg-is-deel-3/).

<sup>186</sup> Avec la nuance qu'une infraction pénale ne suffit plus en elle-même pour autoriser le concours.

À l'appui d'une interdiction des dérogations, on observera qu'à l'inverse de son alinéa 1<sup>er</sup>, l'article 6.3, § 2, ne réserve pas l'hypothèse où le contrat (principal) en disposerait autrement. L'intention du législateur a, de plus, été de protéger l'auxiliaire, tiers au contrat principal.

Les moyens de défense découlant du contrat principal résultent cependant, en grande partie, de la volonté des parties à ce contrat. Or ce que peuvent faire les parties, elles peuvent, en principe, le défaire ou, plutôt, ne le faire qu'au profit du débiteur principal. Par ailleurs, l'auxiliaire conserve la possibilité d'invoquer les moyens de défense qui découlent de son propre contrat, possibilité qui, elle, ne peut assurément pas être exclue par le contrat principal et semble suffisante afin de garantir une forme de prévisibilité dans le chef de l'auxiliaire. Nous pensons, en conséquence, que le créancier principal et le débiteur principal pourraient convenir que les clauses de leur contrat qui limitent la responsabilité du débiteur principal ne bénéficieront pas à ses auxiliaires<sup>187</sup>.

## Section 5

### La problématique de l'entrée en vigueur du livre 6

80. La loi du 7 février 2024 entrera, en vertu de son article 45, en vigueur le premier jour du sixième mois qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge*. Celle-ci ayant été publiée au *Moniteur belge* le 1<sup>er</sup> juillet 2024, elle entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2024.

Conformément à son article 44, les dispositions du livre 6 du Code civil, en ce compris son article 6.3, s'appliqueront « aux faits pouvant générer une responsabilité qui se sont produits après l'entrée en vigueur de la présente loi ». Dans la rigueur des principes, ils s'appliqueront donc aux fautes extracontractuelles commises à partir de cette date, ceci même si ces fautes ont, également, pour conséquence l'inexécution d'une convention conclue avant le 1<sup>er</sup> janvier 2024.

Cette situation a fait l'objet de critiques, les parties ayant conclu pareille convention dans l'ignorance et sans tenir compte du nouveau régime<sup>188</sup>. À ce jour, ces critiques n'ont toutefois pas convaincu le législateur de la nécessité d'intervenir à nouveau.

<sup>187</sup> Il nous semble, en revanche, difficilement justiciable de permettre aux parties au contrat principal de priver l'auxiliaire de l'ensemble des moyens de défense dont dispose le créancier principal en application de la législation relative aux contrats spéciaux et des règles de prescriptions particulières. Ces moyens de défense ne découlent, en effet, pas de la volonté des parties au contrat principal.

<sup>188</sup> Voy. les prises de position de A. KEUKELEIRE, « Nieuw regime voor de uitvoeringsagent: een rechtszekere quasi-aansprakelijkheid? », disponible sur <https://corporatefinancelab.org/2024/02/12/nieuw-regime-voor-de-uitvoeringsagent-een-rechtszekere-quasi-aansprakelijkheid/>; J. VANANROYE, « Een toekomstige afschaffing van de immuniteit van de uitvoeringsagent riskeert ook bestaande overeenkomsten te impacteren », disponible sur <https://corporatefinancelab.org/2024/01/26/een-toekomstige-afschaffing-van-de-immuniteit-van-de-uitvoeringsagent-riskeert-ook-bestaande-overeenkomsten-te-impacteren/>.

Une partie des premiers commentateurs de la réforme estiment, néanmoins, possible de considérer qu'en ne dérogeant pas dans leur convention au principe de la prohibition de l'option de responsabilité qui prévalait au moment de la conclusion du contrat, les parties auraient tacitement entendu maintenir dans leurs relations l'ancien régime<sup>189</sup>. Comme mentionné *supra*, le législateur a toutefois explicitement condamné la thèse selon laquelle les parties à un contrat sont présumées avoir entendu exclure leur responsabilité extracontractuelle. Remplacer cette présomption par celle selon laquelle elles auraient, en réalité, tacitement décidé d'intégrer cette présomption paraît artificiel. Ceci *a fortiori* en ce qui concerne l'immunité relative dont disposait l'auxiliaire (agent d'exécution) : considérer que le créancier principal aurait tacitement contractualisé cette immunité au profit de l'auxiliaire nous semble difficilement défendable.

## Conclusion

81. Voilà plus de cinquante ans que la doctrine et la jurisprudence se divisent entre *verdwijners* et *verfijners*. Cette époque est, à présent, révolue et c'est heureux. On se réjouira également du rééquilibrage opéré en faveur de la personne lésée (créancier principal). La solution de compromis finalement dégagée paraît plus juste que celles qui ont successivement prévalu.

Cet équilibre se fait toutefois au prix d'une certaine complexité. Sans doute est-ce le propre du compromis. On regrettera cependant les interrogations que pose, dès à présent, l'article 6.3 du Code civil, en particulier quant aux moyens de défense procéduraux et quant au sort des sous-auxiliaires. La jurisprudence finira par y apporter les réponses. Alors que citoyens et les acteurs économiques doivent s'adapter à une législation nouvelle et absorber les réformes successives voulues par le législateur, on regrettera toutefois que des questions aussi importantes soient, *in fine*, laissées à la sagesse (parfois relative) de la jurisprudence, avec les incertitudes que cela entraîne dans l'intervalle.

---

<sup>189</sup> I. SAMOY, «De opheffing van het samenloopverbod en de quasi-immuniteit van de hulppersoon in Boek 6 BW : waarom dit de “koninklijke weg” is (slot)», *op. cit.* ; I. CLAEYS et C. DESMET, «De rechtstreekse buitencontractuele aansprakelijkheid van hulppersonen krachtens artikel 6.3 BW », *op. cit.*, p. 1661.