

# La responsabilité pour autrui en matière de contrat d'entreprise

Yannick NINANE

*Maître de conférences à l'Université Saint-Louis – Bruxelles  
Juge au Tribunal de l'entreprise du Hainaut*

Laurent DEBROUX

*Assistant – Chargé d'enseignement suppléant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles  
Avocat au barreau de Bruxelles*

## Préambule

**1. Application particulière d'un principe général.** S'il existe bien divers principes communs en matière de responsabilité contractuelle du fait d'autrui<sup>1</sup>, le désormais ancien<sup>2</sup> Code civil ne contient pas, à l'instar de ce que prévoit son article 1384, alinéa 3, en matière extracontractuelle, de disposition à portée générale qui constituerait le socle de ce fondement de responsabilité<sup>3</sup>. C'est, contrat par contrat, que le législateur de 1804 a envisagé la question de la responsabilité du débiteur d'une obligation à l'égard de son créancier, en raison de l'intervention d'un tiers librement choisi ou, à tout le moins, accepté par le débiteur principal. La présente contribution analyse les régimes particuliers instaurés en matière de contrat d'entreprise.

**2. Plan de la présente contribution.** Après une courte présentation du texte fondant la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur du fait des personnes qu'il se substitue (chapitre 1), nous analyserons les conditions d'application du régime (chapitre 2). Nous verrons ensuite comment l'entrepreneur peut limiter, par une disposition contractuelle, la responsabilité qu'il assume pour autrui (chapitre 3). Le dernier chapitre sera consacré au recours qui peut être exercé par l'entrepreneur contre l'auteur du fait fondant sa responsabilité.

---

<sup>1</sup> Nous renvoyons le lecteur à la contribution du professeur Glansdorff au présent ouvrage.

<sup>2</sup> Voy. l'article 2, *in fine*, de la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019.

<sup>3</sup> Si la proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil devait être adoptée en l'état, l'article 5.229 du Code civil constituerait, à l'avenir, cette disposition légale à portée générale.

**3. Précision terminologique.** La doctrine et la jurisprudence font usage tantôt du vocable d'agent d'exécution, tantôt de celui d'auxiliaire et pour désigner la personne que le débiteur principal de l'obligation – c'est-à-dire, dans le cadre de la présente contribution, l'entrepreneur – se substitue pour exécuter tout ou partie de ses obligations. Encore tout récemment, notre Cour suprême a qualifié cet exécutant d'agent d'exécution<sup>4</sup> et, en néerlandais, de *hulppersoon*<sup>5</sup>. C'est également ce dernier terme qui est utilisé dans la version néerlandaise de la proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, la version française optant pour le terme auxiliaire<sup>6</sup>. Ces deux vocables nous paraissent être des synonymes. Nous en ferons dès lors usage indistinctement.

Il convient en revanche de distinguer, au sein de cette catégorie générique, le préposé, engagé dans le cadre d'un lien de subordination, et l'agent d'exécution (ou auxiliaire) indépendant, intervenant, dans le cadre d'un contrat d'entreprise, comme sous-traitant. Nous verrons en effet que, si la responsabilité contractuelle que l'entrepreneur assume de leur fait est identique, les régimes de responsabilité de ou pour ces deux sous-catégories divergent sur certains points<sup>7</sup>.

## Chapitre 1

### L'article 1797 de l'ancien Code civil : fondement de la responsabilité contractuelle pour autrui en matière de contrat d'entreprise

**4. Hypothèse du contrat d'entreprise.** En matière de contrat d'entreprise, il est courant, pour le débiteur de l'obligation, de faire appel à des tiers pour exécuter, partiellement, voire totalement, l'objet du contrat conclu. C'est donc sans grande surprise que le chapitre III du titre VIII de l'ancien Code civil consacré au contrat de louage d'ouvrage et d'industrie contient une disposition traitant de la responsabilité de ceux dont l'entrepreneur voudrait s'entourer pour exécuter son obligation à l'égard du maître d'ouvrage puisque l'article 1797 de l'ancien Code civil dispose que « [l']entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie ».

Cette disposition est vue comme le siège de la matière de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui en matière de contrat d'entreprise<sup>8</sup> et a trouvé de nombreux échos, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

<sup>4</sup> Cass., 7 février 2020, n° C.19.0308.F/1, R.D.C., 2020, p. 401 (somm.) : « L'agent d'exécution est une personne qu'un contractant s'est substitué pour exécuter une obligation contractuelle. »

<sup>5</sup> Cass., 12 mars 2020, n° C.19.0408.N, R.G.D.C., 2020, p. 438.

<sup>6</sup> Proposition de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 356 (art. 5.229).

<sup>7</sup> Voy. *infra*, n° 17. Comparez également les n°s 55 et 56 *infra*.

<sup>8</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 578.

Il est en effet considéré, sur cette base, qu'« à l'égard du maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal répond des travaux exécutés par le sous-traitant et est donc contractuellement responsable des manquements et mal-façons affectant ces travaux »<sup>9</sup>.

La Cour d'appel de Liège le confirme également en précisant, par décision du 19 novembre 2015, que « [l']entrepreneur principal répond à l'égard de son cocontractant maître de l'ouvrage du fait du sous-traitant qu'il s'est substitué à lui pour exécuter son obligation contractuelle, en application de l'article 1797 du Code civil »<sup>10</sup>.

La Cour de cassation a également eu l'occasion de le confirmer en précisant, utilement, que, « lorsqu'une personne qu'un cocontractant s'est substituée pour exécuter une obligation contractuelle commet une faute dans l'exécution de cette obligation, le contractant est lui-même responsable du dommage causé par cette faute au cocontractant »<sup>11</sup>.

**5. (Absence d')incidence de l'auteur du manquement.** En principe, le débiteur d'une obligation contractuelle découlant d'un contrat d'entreprise est donc tenu à l'égard de son créancier, et ce, indépendamment de ce que celui-ci ait eu recours, ou non, à des tiers dans le cadre de l'exécution de l'obligation<sup>12</sup>.

Cette présentation, certes sommaire, de la responsabilité contractuelle pour les faits d'autrui incite d'ailleurs à une réflexion de principe, à laquelle la présente contribution n'a pour autant pas la prétention de se livrer, quant à la place de ce mécanisme et à sa plus-value au regard des principes régissant la notion de responsabilité contractuelle.

Ainsi, en France, Ph. Remy estime que la « responsabilité civile du fait d'autrui et [celle] du fait des choses sont des procédés d'imputation inutiles si l'on s'en tient à la doctrine classique : on n'est responsable ni du fait d'autrui, ni du fait des choses ; on doit des dommages et intérêts parce qu'on est débiteur d'une obligation inexécutée ; c'est le contrat qui fait le débiteur et il est indifférent que l'inexécution du contrat ait sa cause dans le "fait d'autrui" ou dans le "fait des choses" dès lors que ces faits ne constituent pas pour le débiteur l'un des faits libératoires énoncés aux articles 1147 et 1148 du Code civil »<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> L. SIMONT, J. DE GAVRE et P. A. FORIERS, « Les contrats spéciaux – Examen de jurisprudence (1981-1991) », *R.C.J.B.*, 1999, p. 823.

<sup>10</sup> Liège, 19 novembre 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 286, citant A. DELVAUX, B. DE COCQUÉAU, R. SIMAR, B. DEVOS et J. BOCKOURT, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence (2001-2011)*, coll. Dossiers du J.T., n° 89, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 198 et s.

<sup>11</sup> Cass., 27 février 2003, *Pas.*, 2003, p. 422, *R.G.D.C.*, 2004, p. 410.

<sup>12</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 627.

<sup>13</sup> Ph. REMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 346, n° 33.

B. Kohl abonde d'ailleurs dans le même sens en précisant que, « dans les rapports entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal, la question de savoir si l'inexécution résulte d'un manquement commis par l'entrepreneur personnellement ou par l'un de ses sous-traitants importe peu »<sup>14</sup>.

Ce faisant, dans ses rapports avec le maître de l'ouvrage, et sous réserve d'une nuance qu'il nous semble falloir aborder en cas d'agent d'exécution « imposé » à l'entrepreneur<sup>15</sup>, peu importe l'auteur de l'inexécution de l'obligation dont l'entrepreneur est débiteur, celui-ci sera tenu à l'égard du maître de l'ouvrage s'il ne peut se prévaloir d'un motif qui lui permettrait d'être libéré de son obligation à l'égard du maître de l'ouvrage.

## Chapitre 2

### Notions et conditions

**6. Plan du chapitre.** Lus conjointement, les articles 1710 et 1797 de l'ancien Code civil appellent diverses questions quant au champ d'application du mécanisme de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui en matière de contrat d'entreprise.

Outre la notion même de contrat d'entreprise sur laquelle nous reviendrons succinctement (section 1), c'est également à une analyse de l'article 1797 de l'ancien Code civil que ce chapitre s'attellera, ce afin de tenter de préciser les notions auxquelles il fait appel et d'en apprécier les contours (sections 2 et 3).

#### Section 1

### Un contrat d'entreprise

**7. Louage d'ouvrage.** Le Code civil ne donne aucune définition du contrat d'entreprise. Tout au plus présente-t-il, aux termes de l'article 1710, le contrat de louage d'ouvrage comme « le contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

Cependant, cette notion de louage d'ouvrage englobe tous les cas où une partie met son temps à disposition d'une autre, moyennant rémunération.

Or, comme le rappelle opportunément C. Marr, cette mise à disposition peut se faire de manière générale, auquel cas il sera question d'un contrat de travail, ou en vue de l'exécution d'un ouvrage déterminé, de sorte qu'il sera

---

<sup>14</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 627.

<sup>15</sup> Cf. *infra*, n° 29.

alors question d'un contrat d'entreprise<sup>16</sup>. La notion de louage d'ouvrage doit donc s'entendre comme couvrant ces deux catégories de mise à disposition de son travail au profit d'un tiers, contre rémunération.

**8. Indépendance de l'entrepreneur.** Le contrat d'entreprise, rangé sous la qualification plus large de contrat de louage d'ouvrage, se caractérise par l'indépendance de l'entrepreneur, laquelle permet donc la distinction avec le contrat de travail.

En effet, selon la Cour de cassation, « l'entreprise est le contrat par lequel une personne s'engage, moyennant le paiement d'un prix, à effectuer un travail intellectuel ou matériel déterminé par un tiers en posant des actes matériels ; le contrat d'entreprise qui suppose que l'entrepreneur ou ses travailleurs sont indépendants dans l'exécution de leur travail n'est pas incompatible avec la collaboration, les instructions en général ou un contrôle exercé par le maître de l'ouvrage sur le travail de l'entrepreneur »<sup>17</sup>.

Cette indépendance, caractéristique du contrat d'entreprise, n'exclut cependant pas que des directives puissent être données par le maître d'ouvrage ni que ce dernier puisse exercer un contrôle sur le travail à exécuter<sup>18</sup>. En effet, « [u]n maître d'ouvrage est en droit de poser des exigences de qualité et d'émettre des critiques sur le travail effectué par son entrepreneur indépendant lorsqu'il estime que celui-ci ne répond pas à ce qui avait été commandé »<sup>19</sup>.

**9. Distinction entre contrat d'entreprise et contrat de mandat.**

En revanche, les obligations dont l'objet consisterait à représenter une autre partie, ou à poser des actes juridiques au nom et pour compte de celle-ci, ne tombent pas sous la qualification de *contrat d'entreprise*. Elles seront, en effet, régies par les dispositions relatives au contrat de mandat.

**10. Prestation matérielle ou intellectuelle.** Si le contrat d'entreprise fait référence, dans son acception la plus courante, aux conventions portant sur la construction d'ouvrages immobiliers, la définition de la Cour de cassation, reprise par la doctrine<sup>20</sup> et les juridictions de fond, englobe des conventions portant sur des objets variés. L'on songe, ainsi, aux conventions portant sur la création d'objet, sur la livraison d'un travail intellectuel, sur une prestation

<sup>16</sup> C. MARR, « Le contrat d'entreprise hors construction et la protection des consommateurs », in *Droit des contrats*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 148-149.

<sup>17</sup> Cass., 3 septembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2187.

<sup>18</sup> Y. MERCHERS, *Bijzondere overeenkomsten*, 7<sup>e</sup> éd., Anvers, Kluwer, 2000, p. 217 ; C. MARR, « Le contrat d'entreprise hors construction et la protection des consommateurs », *op. cit.*, pp. 148-149.

<sup>19</sup> C. trav. Bruxelles, 7 juin 2017, *J.T.T.*, 2017, liv. 1288, p. 385.

<sup>20</sup> A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 591, n° 681.

de quelque nature que ce soit<sup>21</sup>, etc., toujours à la demande d'un tiers, le maître de l'ouvrage.

## Section 2

### Un fait...

**11. Texte légal.** Selon l'article 1797 de l'ancien Code civil, l'entrepreneur doit répondre du « fait des personnes qu'il emploie », sans que les contours de cette notion aient été définis.

Si, comme nous le verrons<sup>22</sup>, la faute contractuelle des personnes *employées* par l'entrepreneur engage inmanquablement ce dernier à l'égard du maître de l'ouvrage (§ 1, A), sans doute la réponse peut-elle appeler certains commentaires lorsqu'il est question d'une faute extracontractuelle (§ 1, B), d'un fait non fautif (§ 2) ou d'un matériau défectueux (§ 3) dont l'entrepreneur aurait fait usage pour remplir l'obligation dont il est débiteur à l'égard du maître d'ouvrage.

### § 1. Une faute ?

#### A. Une faute contractuelle

**12. Assimilation de l'entrepreneur et de son agent d'exécution.** La faute commise par un agent d'exécution ou un auxiliaire engagera la responsabilité contractuelle du débiteur principal (en l'occurrence, de l'entrepreneur) à l'égard du créancier (c'est-à-dire, le maître de l'ouvrage) lorsqu'elle aura entraîné une inexécution de l'obligation dont l'entrepreneur est débiteur à l'égard du maître de l'ouvrage.

Quel que soit dès lors le statut envisagé, l'entrepreneur ne pourra invoquer la faute de son auxiliaire comme cause étrangère exonératoire de sa propre responsabilité. Il faut, en effet, et dans le cadre de la relation entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, considérer que c'est ce dernier qui a posé l'acte ayant entraîné l'inexécution de son obligation, peu importe que cela soit ou non le cas dans les faits.

Ce principe, consacré par la Cour de cassation à plusieurs reprises<sup>23</sup>, ne fait guère l'objet de critiques. Notre Cour suprême rappelle en effet que,

<sup>21</sup> Pour de nombreux exemples, les auteurs renvoient le lecteur à ceux cités par Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 1990-2000*, coll. Dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 21-22, par A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux, op. cit.*, p. 591, n° 681 et par C. MARR, « Le contrat d'entreprise hors construction et la protection des consommateurs », *op. cit.*, pp. 151-152.

<sup>22</sup> Cf. *infra*, nos 25 et s.

<sup>23</sup> Cass., 27 février 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 422, R.G.D.C., 2004, p. 410 ; Cass., 5 octobre 1990, *Pas.*, 1991, p. 115, J.T., 1991, p. 128 ; Cass., 21 juin 1979, J.T., 1979, p. 675, *Pas.*, 1979, I, p. 1226.

« lorsqu'une personne qu'un contractant s'est substituée pour exécuter une obligation contractuelle commet une faute dans l'exécution de cette obligation, le contractant est lui-même contractuellement responsable du dommage causé par cette faute au cocontractant »<sup>24</sup>.

**13. L'agent d'exécution n'est pas un tiers.** Pour autant, et quand bien même l'entrepreneur demeure responsable à l'égard du maître de l'ouvrage de l'intervention de la personne qu'il s'est substituée pour exécuter son obligation, l'auxiliaire (auquel l'entrepreneur fait appel) ne peut être considéré comme un tiers à l'exécution du contrat<sup>25</sup>.

L'avocat général Mahaux s'exprime d'ailleurs en ce sens lorsqu'il rappelle que, « [c]ontrairement à ce qu'admet l'arrêt, le préposé ou l'agent ne peut être considéré comme un tiers. Il constitue seulement l'instrument au moyen duquel le contractant exécute le contrat et la faute qu'il commet dans l'exécution des obligations du contractant qui le désigne doit être considérée comme la faute du contractant lui-même »<sup>26</sup>.

Cette jurisprudence a encore été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 2 février 2006, puisqu'elle précise que « l'agent d'exécution qui est subrogé à un contractant afin d'exécuter totalement ou en partie le contrat ne peut être considéré comme un tiers dans les rapports contractuels en ce qui concerne l'exécution du contrat et à l'égard du cocontractant du maître de l'ouvrage »<sup>27</sup>.

Il faut donc en déduire que, sur un plan strictement juridique, la personne *employée* par l'entrepreneur doit être considérée comme un *outil* utilisé par ce dernier, de sorte que la faute contractuelle de l'agent d'exécution ou de l'auxiliaire emporte la responsabilité du débiteur principal.

## B. Une faute extracontractuelle ?

**14. Principe.** La responsabilité de l'entrepreneur s'étend-elle aux conséquences de la faute extracontractuelle commise par l'agent d'exécution ? La réponse est, en principe, négative. La doctrine rappelle en effet que « l'entrepreneur principal ne répond pas des fautes délictuelles commises par son sous-traitant à l'occasion des travaux »<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Cass., 27 février 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 422, R.G.D.C., 2004, p. 410.

<sup>25</sup> Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376.

<sup>26</sup> *Arr. Cass.*, 1974, p. 400.

<sup>27</sup> Cass., 2 février 2006, *Arr. Cass.*, 2006, liv. 2, p. 259 ; Cass., 2 mars 2006, *Pas.*, 2006, liv. 2, p. 265, R.W., 2008-2009, p. 926.

<sup>28</sup> A. DELVAUX, B. DE COCQUÉAU, F. POTIER et R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, vol. 2 « Responsabilités. Traité théorique et pratique », liv. 23bis, p. 54, n° 259. Dans le même sens, voy. not. B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 630, n° 252.

**15. À l'égard des tiers.** Ce principe est certain en cas de dommage causé par l'agent d'exécution indépendant à des tiers – tels que les voisins du chantier – à l'occasion des travaux qui lui sont confiés. L'entrepreneur n'assume en effet pas de responsabilité quasi délictuelle pour autrui en dehors des hypothèses spécifiquement réglées par l'article 1384 de l'ancien Code civil<sup>29</sup>.

**16. À l'égard du maître de l'ouvrage.** Dans le rapport existant entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, le principe doit être nuancé. En effet, alors que la doctrine enseigne que « seules les fautes contractuelles – et non quasi délictuelles – des personnes employées par l'entrepreneur peuvent donner lieu à une action sur la base de [l'article 1797 de l'ancien Code civil] »<sup>30</sup>, cette position nous paraît difficilement compatible avec les principes rappelés ci-dessus<sup>31</sup> selon lesquels la faute commise par l'agent d'exécution engage la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur lorsqu'elle entraîne l'inexécution de l'obligation dont l'entrepreneur est débiteur à l'égard du maître de l'ouvrage.

En effet, que l'inexécution de l'obligation de l'entrepreneur soit consécutive à une faute contractuelle ou extracontractuelle dans le chef de l'agent d'exécution ne change rien. La nature de la faute de l'agent d'exécution ou de l'auxiliaire – contractuelle ou extracontractuelle – est sans incidence à partir du moment où elle entraîne l'inexécution de l'obligation dont l'entrepreneur est débiteur.

La doctrine considère d'ailleurs, de manière unanime, que le fait du sous-traitant ne constitue pas une cause étrangère libératoire de la responsabilité de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage<sup>32</sup>.

Notons que le maître d'ouvrage nous semble devoir s'en réjouir. En effet, et comme nous le verrons ci-dessous<sup>33</sup>, en l'absence de responsabilité de l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage se trouverait démuné de tout recours si les conditions du concours entre responsabilités contractuelle et extracontractuelle ne devaient pas être réunies.

**17. Conditions de l'action aquilienne du maître de l'ouvrage contre l'agent d'exécution.** Le caractère extracontractuel de la faute de l'agent d'exécution a également une importance dans le rapport entre le maître de l'ouvrage et l'agent d'exécution. En effet, le créancier, maître de l'ouvrage,

<sup>29</sup> Ainsi, l'entrepreneur pourrait devoir répondre du dommage causé par la faute de l'un de ses préposés (art. 1384, al. 3, C. civ.) ou de l'un de ses apprentis (art. 1384, al. 4, C. civ.).

<sup>30</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 630, n° 252.

<sup>31</sup> Voy. *supra*, n° 12.

<sup>32</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 762, n° 514 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 627, n° 251.

<sup>33</sup> Cf. *infra*, n° 17 et les références citées.

ne dispose d'aucune action contractuelle directe contre l'agent d'exécution<sup>34</sup>. Cette solution s'impose en application du principe de la relativité des effets internes des conventions consacré à l'article 1165 de l'ancien Code civil, dès lors que l'agent d'exécution n'est pas partie au contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal.

La Cour de cassation permet, en revanche, au maître de l'ouvrage d'exercer une action aquilienne contre l'agent d'exécution en cas de faute extra-contractuelle de ce dernier. Elle soumet toutefois une telle action aux conditions du concours entre responsabilités contractuelle et extracontractuelle<sup>35</sup> : il faut, d'une part, que la faute de l'agent d'exécution constitue un manquement non seulement à l'obligation contractuelle, mais aussi au devoir général de prudence (ou à une norme imposant un comportement déterminé) et, d'autre part, que le dommage consécutif à ce manquement soit différent du dommage résultant d'une mauvaise exécution du contrat.

Confirmant sa jurisprudence en la matière<sup>36</sup>, la Cour de cassation a ainsi rappelé, par décision du 12 mars 2020, que le cocontractant d'une partie qui confie l'exécution de ses obligations contractuelles à des agents d'exécution ne peut invoquer la responsabilité extracontractuelle de ces derniers que si la faute qui leur est imputée constitue un manquement non seulement à l'obligation contractuelle, mais aussi au devoir général de prudence qui leur incombe et si cette faute a causé un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat<sup>37</sup>.

Comme l'a souligné le professeur Van Ommeslaghe, cette jurisprudence de la Cour de cassation « aboutit à une singulière immunité des agents d'exécution en matière contractuelle et à l'étonnante constatation qu'ils ne sont pas parties au contrat principal, puisqu'ils ne peuvent faire l'objet d'une action *ex contractu*, mais qu'ils ne sont pas davantage tiers par rapport à ce contrat, ce qui exclut l'action aquilienne de droit commun »<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Cass., 15 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 57 ; Gand, 13 février 2002, *Bull. ass.*, 2003, p. 598 ; Bruxelles, 9 mai 1990, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11.926 ; Bruxelles, 28 octobre 1987, *J.T.*, 1988, p. 665, *J.L.M.B.*, 1988, p. 33 ; Civ. Bruxelles, 12 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1064.

<sup>35</sup> C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 30-34.

<sup>36</sup> Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376 ; Cass., 3 décembre 1976, *R.C.J.B.*, 1978, p. 423 et note R.O. DALCQ et F. GLANSORFF, « Prohibition du concours de responsabilités et irresponsabilité des préposés et agents d'exécution » ; Cass., 15 septembre 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 57 ; Cass., 26 octobre 1990, *R.C.J.B.*, 1992, p. 497 ; Cass., 14 mai 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p. 855, *Pas.*, 2004, p. 836, concl. M.P., *Res jur. imm.*, 2005, p. 31.

<sup>37</sup> Cass., 12 mars 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438 ; *R.D.C.*, 2020, p. 402.

<sup>38</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 766, n° 515. Sur la quasi-immunité mentionnée, voy. not. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 1973, *Pas.*, 1973, p. 376 ; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1911 ; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 24 mars 2016, *Pas.*, 2016, p. 734 ; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 12 mars 2020, n° C.19.0408.N.

## § 2. *Quid d'un fait non fautif ?*

**18. Solution classique.** Il a été, historiquement, considéré que l'entrepreneur principal ne devait répondre que de la faute – contractuelle ou non, nous l'avons vu<sup>39</sup> – de la personne employée par lui dans le cadre de l'exécution d'une obligation qui lui est propre<sup>40</sup>.

Il ne pouvait dès lors être tenu, à l'égard du maître d'ouvrage, d'un fait non fautif de l'agent d'exécution ou, en cas de faute commise par l'agent d'exécution, si ce dernier peut se prévaloir d'une cause étrangère exonératoire et que l'entrepreneur (soit le débiteur principal de l'obligation) ne peut, lui aussi, se prévaloir d'un cas de force majeure<sup>41</sup>.

**19. La responsabilité contractuelle pour autrui du locataire.** Ces considérations historiques se sont cependant heurtées à un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1984<sup>42</sup>. En l'espèce, il était question d'un incendie volontaire causé par le sous-locataire. Le preneur qui avait sous-loué les lieux estimait ne pas devoir répondre, envers le bailleur, des dégradations arrivées pendant la jouissance de son sous-locataire lorsqu'il prouve que les dégradations ont eu lieu sans sa faute personnelle et sans celle de son sous-locataire. Or le sous-locataire était, au moment des faits, dans un état grave de déséquilibre mental qui, sans pour autant permettre l'application de l'article 1386*bis* de l'ancien Code civil, excluait toute faute possible dans son chef<sup>43</sup>.

Pourtant, la Cour de cassation a profité du recours porté devant elle pour consacrer le principe de la responsabilité d'un locataire pour les faits, même non fautifs, de ses sous-locataires, au motif qu'aux « termes de l'article 1735 du Code civil, le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison et de ses sous-locataires ; qu'ainsi le preneur n'est pas seulement contractuellement responsable des fautes de ses sous-locataires ; que le fait d'une personne que le preneur s'est de plein gré substituée dans le bénéfice du contrat ne constitue pas un cas de force majeure ni une cause étrangère libératoire de sa responsabilité ».

**20. Extension à l'entrepreneur ?** Certes, cette décision a été prononcée en matière de bail et en se fondant sur les termes de l'article 1735 de l'ancien

<sup>39</sup> Cf. *supra*, n° 14.

<sup>40</sup> Cass., 5 octobre 1990, *Pas.*, 1991, p. 115, *J.T.*, 1991, p. 128 et P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 « Théorie générale du contrat », Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 489, n° 552.

<sup>41</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, 2013, p. 1381, n° 936.

<sup>42</sup> Cass., 29 novembre 1984, *J.T.*, 1987, p. 417 et note P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation » ; *R.C.J.B.*, 1987, p. 213, note F. GLANSDORFF.

<sup>43</sup> F. GLANSDORFF, « La responsabilité contractuelle des malades mentaux et des autres personnes atteintes d'un trouble physique ou mental », note sous Cass., 29 novembre 1984, *R.C.J.B.*, 1987, p. 230. Voy. également, à ce sujet, la contribution de J. van Zuylen au présent ouvrage.

Code civil. Or, en l'absence de disposition à portée générale qui pourrait fonder le principe de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, l'article 1735 de l'ancien Code civil, tout comme, du reste, l'article 1797 de l'ancien Code civil, ne constitue qu'une des applications de ce principe de responsabilité<sup>44</sup>. L'arrêt du 29 novembre 1984 ne pourrait, par conséquent, être considéré comme un arrêt de principe en matière de responsabilité contractuelle du fait d'autrui, applicable en toutes circonstances<sup>45</sup>.

Une partie de la doctrine a cependant estimé que le raisonnement de la Cour de cassation – laquelle ne restreint pas son application au seul article 1735 de l'ancien Code civil – pouvait également être appliqué à l'article 1797 de l'ancien Code civil compte tenu des termes similaires utilisés par le législateur de 1804 lors de la rédaction de ces deux dispositions<sup>46</sup>.

Tant la disposition applicable en matière de bail que celle applicable en matière de louage d'ouvrage évoquent, en effet, la responsabilité du cocontractant pour les *faits* des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires – pour l'article 1735 de l'ancien Code civil – ou des personnes qu'il emploie – pour l'article 1797 de l'ancien Code civil.

À suivre ce raisonnement qui consiste à étendre la décision de notre Cour suprême à l'article 1797 de l'ancien Code civil, l'entrepreneur principal est donc tenu, à l'égard de son cocontractant, tant des fautes que des faits non fautifs des personnes qu'il s'est substituées lorsque ceux-ci ont entraîné une inexécution de l'obligation contractuelle dont l'entrepreneur est débiteur à l'égard du maître d'ouvrage.

D'autres auteurs considèrent, à l'inverse, qu'il est vain de s'attacher à l'interprétation du mot *fait* figurant aux articles 1735 et 1797 de l'ancien Code civil au motif que celui-ci fait nécessairement référence à un comportement fautif. Étendre la responsabilité de l'entrepreneur aux conséquences des faits non fautifs de ses auxiliaires aurait dès lors pour conséquence d'éluider l'une des conditions d'application du régime, soit l'existence d'une faute<sup>47</sup>.

Cette position trouve écho dans la proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, puisque l'article 5.229 en projet prévoit

<sup>44</sup> Au même titre, par exemple, que l'article 1245 de l'ancien Code civil applicable en matière de livraison d'un corps certain ou de l'article 1994 de l'ancien Code civil relatif à la substitution de mandataire.

<sup>45</sup> Ch. DALCQ, « La responsabilité des personnes agissant pour autrui », in *Responsabilité, traité théorique et pratique*, liv. 40, p. 42.

<sup>46</sup> A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise de construction », *Rép. not.*, t. IX, liv. VIII, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 203, n° 262 ; P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *J.T.*, pp. 417 et s. ; Ch. DALCQ, « La responsabilité des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 42.

<sup>47</sup> Nous renvoyons aux développements que J. van Zuylen consacre à cette question dans sa contribution au présent ouvrage.

que « si le débiteur fait appel à d'autres personnes pour l'exécution de l'obligation, la *faute* commise par ces auxiliaires lui est imputable »<sup>48</sup>.

### § 3. Une chose ?

**21. Position de la question.** Cette responsabilité de l'entrepreneur à l'égard du maître d'ouvrage pour les faits des personnes qu'il emploie s'applique-t-elle également lorsque le manquement contractuel de l'entrepreneur est dû non pas à un *fait* d'une personne qu'il s'est substituée, mais à une chose, un matériau, utilisé par le cocontractant en vue d'exécuter son obligation ?

Rappelons d'emblée que, dès lors que la présente contribution traite de la responsabilité du fait d'autrui en matière de contrat d'entreprise, nous n'aborderons pas la question d'un éventuel recours direct du maître de l'ouvrage contre le fournisseur de matériaux de son entrepreneur, ou contre le fournisseur du sous-traitant de celui-ci, lequel pourrait trouver divers fondements en matière de vente<sup>49</sup> ou de garantie des produits défectueux.

Sort également du cadre de la présente réflexion portant sur le fait des choses à proprement parler la faute du *fournisseur* de la chose. En effet, et nous y reviendrons ci-après<sup>50</sup>, les fournisseurs de l'entrepreneur nous semblent devoir être exclus de la notion d'agents d'exécution visés par l'article 1797 de l'ancien Code civil.

Qu'en est-il, en revanche, d'une responsabilité contractuelle fondée sur le fait des choses utilisées en vue de remplir l'obligation incombant à l'entrepreneur ?

**22. Vers une responsabilité contractuelle du fait des choses ?** D'une manière générale, B. Dubuisson estime que « le fait que l'inexécution d'une obligation contractuelle résulte du fait d'une chose ne devrait avoir aucune incidence sur la responsabilité du débiteur »<sup>51</sup> de l'obligation. L'auteur précise en effet que « le débiteur répond non seulement de sa faute, mais aussi du vice de la chose qu'il emploie dans le cadre de l'exécution du contrat, quand bien même ce vice ne résulterait pas d'une faute de sa part »<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Proposition de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 356. Voy. également le commentaire des articles de cette proposition qui précise que « l'inexécution ne sera pas imputable au débiteur lorsque l'auxiliaire n'a commis aucune faute ou lorsque ce dernier peut se prévaloir d'une force majeure » (p. 265).

<sup>49</sup> Liège, 29 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 488 (sur cette question, nous invitons le lecteur à consulter la contribution de B. Kohl et M. Lansmans au présent ouvrage).

<sup>50</sup> *Cf. infra*, n° 28.

<sup>51</sup> B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », in P. WÉRY et S. STIJNS (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruges, la Charte, 2010, p. 49.

<sup>52</sup> B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 46.

Reprenant les termes, français, de Ph. Remy en ce qu'il précise que « c'est le contrat qui fait le débiteur et il est indifférent que l'inexécution du contrat ait sa cause dans le "fait d'autrui" ou dans le "fait des choses" dès lors que ces faits ne constituent pas pour le débiteur l'un des faits libératoires énoncés aux articles 1147 et 1148 du Code civil »<sup>53</sup>, nous ne pouvons que rejoindre la position défendue par le professeur Dubuisson.

Peu importe, finalement, la cause de l'inexécution dans le chef du débiteur de l'obligation. S'il n'est pas en mesure de faire valoir une cause étrangère exonératoire – qui lui est propre –, l'entrepreneur sera responsable de l'inexécution de son obligation à l'égard du maître d'ouvrage, que cette inexécution trouve sa cause dans son fait personnel, dans le fait de la personne qu'il se substitue ou dans une chose qu'il emploie ou met en œuvre.

Si notre Cour de cassation ne semble pas s'être encore penchée sur cette question, la Cour de cassation de France a cependant prononcé un arrêt en date du 17 janvier 1995 considéré, par la meilleure doctrine, comme « un premier pas vers la reconnaissance d'un principe de responsabilité contractuelle du fait des choses »<sup>54</sup>.

L'espèce soumise à la Cour de cassation de France portait sur la mise en cause d'un établissement scolaire des suites de blessures subies par un élève ayant utilisé un cerceau défectueux. La décision dispose, à cet égard, que, « contractuellement tenu d'assurer la sécurité des élèves qui lui sont confiés, un établissement d'enseignement est responsable des dommages qui leur sont causés, non seulement par sa faute, mais encore par le fait des choses qu'il met en œuvre pour l'exécution de ses obligations contractuelles »<sup>55</sup>.

**23. Un fondement inutile – mais finalement consacré – en droit belge ?** Les auteurs cités ont largement estimé que ce *nouveau* principe de responsabilité du fait des choses n'avait guère d'utilité en droit belge.

En effet, dès lors que l'arrêt de la Cour de cassation de France a été prononcé dans le cadre d'une inexécution d'une obligation accessoire de sécurité, B. Dubuisson rappelle que cette question présente moins d'intérêt en droit belge compte tenu de ce que « le créancier d'une obligation contractuelle de sécurité envers sa personne ou ses biens peut décider d'agir *ex delicto* contre son débiteur »<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Ph. REMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, p. 346 n° 33.

<sup>54</sup> B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 46 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 490-491, n° 553.

<sup>55</sup> Cass. fr. civ. (1<sup>re</sup> ch.), 17 janvier 1995, *D.*, 1995, *Jur.*, p. 350, note P. JOURDAIN.

<sup>56</sup> B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 48, citant P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle », in *Droit de la responsabilité*, coll. CUP, vol. 107, Liège, Anthemis, 2008, pp. 24-25, n° 15.

Pour P. Wéry, il n'apparaît pas non plus nécessaire, en Belgique, de vouloir se doter d'un nouveau fait générateur de responsabilité, tant les dispositions permettant la mise en cause du cocontractant pour le défaut d'une chose existent<sup>57</sup>.

Ainsi, pour ce qui concerne plus spécifiquement le contrat d'entreprise, l'article 1792 de l'ancien Code civil prévoit la responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes à certaines conditions. De la même manière, la Cour de cassation<sup>58</sup> a affirmé que la réception d'un ouvrage ne délivre pas l'entrepreneur des vices cachés, même si ceux-ci n'affectent pas la solidité du bâtiment ou d'un de ses éléments essentiels, dégageant ainsi un principe de responsabilité pour vices cachés véniels, lequel concerne l'ensemble des vices cachés en dehors du domaine de la construction immobilière (au contraire de l'article 1792 de l'ancien Code civil)<sup>59</sup>.

Le législateur pourrait tout de même consacrer un principe de responsabilité du fait des choses, puisqu'au moment de la rédaction de la présente contribution, le projet d'article 5.230 du livre 5 du Code civil<sup>60</sup> dispose que, « [s]i l'inexécution d'une obligation est due à l'utilisation d'une chose défectueuse, cette inexécution est imputable au débiteur, sauf force majeure ».

Par ailleurs, les travaux préparatoires précisent, expressément, que « [l]a circonstance que l'inexécution soit due au défaut d'une chose dont le débiteur se sert dans l'exécution de l'obligation n'empêche pas que l'inexécution demeure imputable au débiteur. Cela vaut pour l'utilisation de la chose tant par le débiteur lui-même que par l'auxiliaire de celui-ci »<sup>61</sup>.

Ce faisant, si le texte devait entrer en vigueur, le principe de la responsabilité contractuelle du fait des choses serait ainsi consacré.

**24. Applications jurisprudentielles.** Rares sont les exemples provenant de juridictions de fond permettant d'illustrer la problématique, éventuelle, liée à l'absence – au jour de la rédaction de la présente contribution – d'un principe

<sup>57</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 490-491, n° 553.

<sup>58</sup> J. DEWEZ, « Le régime des vices cachés dans les contrats de vente, de bail et d'entreprise », note sous Mons, 24 mars 2005, *R.G.D.C.*, 2008, pp. 58 et s. et la jurisprudence citée : Cass., 18 novembre 1983, *Arr. Cass.*, 1983, p. 323, *Bull.*, 1984, p. 303, *J.T.*, 1984, p. 549, *Pas.*, 1984, I, p. 303, *R.W.*, 1984-1985, p. 47 ; Cass., 25 octobre 1985, *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 270, *Bull.*, 1986, p. 226, *J.T.*, 1986, p. 438, *Pas.*, 1986, I, p. 226, *R.W.*, 1988-1989, p. 670 ; Cass., 18 mai 1987, *Arr. Cass.*, 1986-1987, p. 1250, *Bull.*, 1987, p. 1125, *Pas.*, 1987, I, p. 1125, *R.W.*, 1988-1989, p. 1124 ; Cass., 15 septembre 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 748, *Bull.*, 1994, p. 730, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1068, *Pas.*, 1994, I, p. 730.

<sup>59</sup> J. DEWEZ, « Le régime des vices cachés dans les contrats de vente, de bail et d'entreprise », *op. cit.*, pp. 58 et s. Voy. surtout Cass., 25 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 226 : « *de aannemer verantwoordelijk blijft voor de verborgen gebreken die zich na de aanvaarding van het werk hebben gemanifesteerd, zelfs wanneer deze gebreken de stevigheid van het gebouw of een essentieel bestanddeel ervan niet in gevaar brengen.* »

<sup>60</sup> Non encore en vigueur, puisque la présente contribution est rédigée au mois de janvier 2021.

<sup>61</sup> Proposition de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 266.

de responsabilité de l'entrepreneur pour défaut de la chose utilisée dans le cadre de l'exécution, par l'entrepreneur, de son obligation.

Songeons néanmoins au cas soumis aux juridictions civiles anversoises, lesquelles ont eu à se prononcer sur la situation d'une patiente opérée du dos, l'opération consistant à poser des vis. Or une vis d'ostéosynthèse placée par chirurgie s'était brisée dans le corps d'une patiente. Celle-ci a dès lors mis en cause la responsabilité du médecin, de l'hôpital, du fournisseur et du fabricant de la vis cassée en multipliant les bases légales (art. 1641 et 1384, al. 1<sup>er</sup>, de l'ancien Code civil, obligation de sécurité du médecin et de l'hôpital, ainsi que sur pied de la législation de 1991 sur la responsabilité du fait des produits défectueux).

S'agissant du recours contractuel contre le médecin, la patiente avait invoqué l'article 1641 de l'ancien Code civil et a été déboutée par la Cour d'appel d'Anvers au terme d'une décision du 19 mars 2012<sup>62</sup>, au motif – malheureux sans doute – que le recours avait été introduit au-delà du bref délai prévu à l'article 1648 de l'ancien Code civil.

Cependant, la relation contractuelle liant la patiente au médecin entrant manifestement dans le champ du contrat d'entreprise<sup>63</sup>, cette décision illustre sans doute à merveille la difficulté rencontrée par la patiente, forcée de se fonder sur les dispositions applicables à la vente – des vis – et non au contrat d'entreprise, en l'absence de responsabilité de l'entrepreneur pour défaut de la chose.

### Section 3

## ... des personnes qu'il emploie

**25. Hypothèses visées.** L'article 1797 de l'ancien Code civil dispose que l'entrepreneur est responsable du fait des personnes qu'il emploie.

Cette disposition vise tant le préposé que les agents d'exécution indépendants<sup>64</sup>. Elle vise également, selon la Cour de cassation, les organes, dès lors que, par un arrêt du 7 novembre 1997, notre Cour suprême, rappelant le principe d'immunité de l'agent d'exécution, a précisé qu'il s'appliquait « lorsqu'une partie contractant[e] agit par un organe, un préposé ou un agent pour l'exécution de son obligation contractuelle... »<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Anvers, 19 mars 2012, *T. Gez.*, 2014-2015, 1, p. 29, et S. ILLEGHEM, « Contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak: nood aan een veiligheidsverplichting van arts en ziekenhuis », *T. Gez.*, 2014-2015, 1, pp. 34-37.

<sup>63</sup> A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, op. cit., p. 591, n° 681.

<sup>64</sup> Ch. DALCQ, « La responsabilité des personnes agissant pour autrui », op. cit., liv. 40, p. 42 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 579.

<sup>65</sup> Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 730 et note V. SIMONART.

**26. Lien de subordination.** La notion de préposé suppose, entre ce dernier et l'entrepreneur, un lien de subordination.

Ce lien de subordination est défini par la meilleure doctrine comme « le rapport qui existe entre deux personnes, dont l'une a le droit de donner des ordres ou des instructions à l'autre dans les fonctions auxquelles elle est employée »<sup>66</sup> ou encore « la relation en vertu de laquelle une personne, le préposé, est soumise à l'autorité, la surveillance et le contrôle d'une autre personne, le commettant, dans l'exercice de ses activités »<sup>67</sup>.

On pense, directement, aux employés ou ouvriers de l'entrepreneur, soit plus globalement les salariés engagés par celui-ci.

**27. Un auxiliaire indépendant.** Au rang des « personnes » que l'entrepreneur « emploie » au sens de l'article 1797 de l'ancien Code civil, on retrouve également les agents d'exécution indépendants<sup>68</sup>.

Comme précisé au préambule de la présente contribution, la notion d'agent d'exécution (ou d'auxiliaire) est plus large que celle de préposé, puisqu'elle vise également la personne intervenant en dehors de tout lien de subordination<sup>69</sup>, l'absence d'un tel lien n'interdisant évidemment pas que des directives soient données à l'entrepreneur ou qu'un certain contrôle de son travail soit effectué<sup>70</sup>.

Par ailleurs, l'on ne pourrait parler d'agent d'exécution (ou auxiliaire) que pour autant que ce dernier procède à une intervention initialement dévolue à l'entrepreneur, débiteur de l'obligation à l'égard du maître d'ouvrage<sup>71</sup>. En d'autres termes ne pourrait pas être considérée comme un agent d'exécution la personne en charge d'une prestation à laquelle l'entrepreneur ne s'était pas lui-même engagé.

Enfin, l'appel à un agent d'exécution ne pourrait avoir pour effet de faire disparaître l'entrepreneur du champ contractuel, fût-ce même pour la partie de l'obligation confiée à l'agent d'exécution ; le sous-traitant est donc un auxiliaire, ce que n'est pas un cotraitant.

<sup>66</sup> R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1967, n<sup>os</sup> 1784 et s.

<sup>67</sup> Ch. DALCO, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2<sup>e</sup> éd., titre XIII, liv. 1171.1, p. 10, citant Cass., 21 avril 1971, *Pas.*, I, p. 745 ; Cass., 25 octobre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 244.

<sup>68</sup> Nous renvoyons aux développements que F. Glansdorff consacre à cette question dans sa contribution au présent ouvrage.

<sup>69</sup> Ch. DALCO, « La responsabilité des personnes agissant pour autrui », in *Responsabilité, traité théorique et pratique*, liv. 40, p. 41.

<sup>70</sup> Cass., 28 avril 2003, *Pas.*, 2003, liv. 4, p. 880 ; *Arr. Cass.*, 2003, liv. 4, p. 1050.

<sup>71</sup> B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Volume 2 », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Partie prélim., liv. 3bis, p. 35.

La Cour de cassation a récemment eu l'occasion de se prononcer sur la notion d'agent d'exécution, d'abord par un arrêt du 24 mars 2016 au terme duquel elle définit l'agent d'exécution comme « 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, que l'obligation soit exécutée pour son propre compte et en son nom propre ou pour le compte et au nom du débiteur »<sup>72</sup>. Cette jurisprudence a ensuite été confirmée par décisions des 7 février 2020<sup>73</sup> et 12 mars 2020<sup>74</sup>.

## § 1. Le cas particulier du fournisseur ?

**28. Le cas du fournisseur.** Selon Ch. Dalcq, il n'y a pas de raison d'exclure les fournisseurs de la notion d'agent d'exécution dès lors que « l'entrepreneur y fait appel pour exécuter ses obligations contractuelles envers le maître de l'ouvrage, obligations qui incluent la livraison des matériaux destinés à l'édification et la finition de l'ouvrage »<sup>75</sup>.

À l'inverse, le professeur Van Ommeslaghe estime que « celui qui vend des matériaux à un entrepreneur pour permettre à ce dernier d'exécuter les prestations dues en vertu d'un contrat d'entreprise ne peut être considéré comme un agent d'exécution, contrairement au sous-traitant appelé à effectuer lui-même une prestation due au maître de l'ouvrage en vertu du contrat d'entreprise principal »<sup>76</sup>.

À notre estime, c'est cette seconde position qui doit être approuvée, pour deux motifs.

*Premièrement*, il faut rappeler que, pour qu'un intervenant soit considéré comme un agent d'exécution, celui-ci doit être chargé « par le débiteur d'une obligation contractuelle de l'exécution totale ou partielle de cette obligation »<sup>77</sup>. Ce faisant, c'est au regard de la notion de substitution de l'entrepreneur par une tierce partie que cette dernière devra, ou non, être considérée comme un agent d'exécution.

Or, « là où la vente opère un transfert de propriété d'une chose contre un prix, l'entreprise a pour objet une prestation de *facere* contre le paiement d'un prix »<sup>78</sup>. Sous réserve, dès lors, de conventions mixtes portant tant sur la vente d'un bien que sur l'exécution d'un ouvrage, l'acquisition de matériaux

<sup>72</sup> Cass., 24 mars 2016, R.G.D.C., 2019, p. 512.

<sup>73</sup> Cass., 7 février 2020, n° C.19.0308.F/1, R.D.C., 2020, liv. 3, p. 401 (somm.), préc.

<sup>74</sup> Cass., 12 mars 2020, n° C.19.0408.N, R.G.D.C., 2020, liv. 7, p. 438, préc.

<sup>75</sup> Ch. DALCQ, « La responsabilité des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 41.

<sup>76</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 760, n° 512.

<sup>77</sup> Cass., 12 mars 2020, R.G.D.C., 2020, liv. 7, p. 438 ; Cass., 24 mars 2016, R.G.D.C., 2019, p. 512.

<sup>78</sup> A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 597, n° 694.

par l'entrepreneur dans le but d'exécuter ses obligations découlant du contrat d'entreprise ne pourrait, en conséquence, être considérée comme une *substitution* de ce dernier dans le cadre de ladite exécution<sup>79</sup>.

*Ensuite*, la Cour de cassation n'a pas manqué de confirmer sa jurisprudence de 2006<sup>80</sup> aux termes d'un arrêt du 15 septembre 2011 par lequel elle rappelle que « le droit à garantie de l'acquéreur initial à l'égard du vendeur constitue un accessoire de la chose qui est vendu avec la chose aux acheteurs successifs. La circonstance que la chose viciée est livrée par un entrepreneur à son maître de l'ouvrage ne dispense pas les vendeurs successifs de leur obligation de garantie à l'égard de l'usager final »<sup>81</sup>.

Outre, dès lors que le maître d'ouvrage bénéficie des garanties initialement octroyées par le fournisseur à son entrepreneur en cas d'acquisition, par ce dernier, de matériaux permettant l'exécution du contrat d'entreprise conclu, la Cour de cassation nous semble – à tout le moins indirectement – exclure le fournisseur de la catégorie des agents d'exécution.

À défaut, il faudrait en conclure qu'existe une confrontation, d'une part, entre le droit du maître d'ouvrage d'agir contre le fournisseur en cas de manquement contractuel (soit le vice de la chose livrée)<sup>82</sup> et, d'autre part, l'interdiction qui serait alors faite à ce même maître d'ouvrage d'agir contre le fournisseur s'il devait être qualifié d'agent d'exécution de son entrepreneur en cas, toujours, de manquement contractuel de ce dernier<sup>83</sup>.

## § 2. L'agent d'exécution imposé à l'entrepreneur<sup>84</sup>

**29. Fondement de la responsabilité de l'entrepreneur.** Si la question de la responsabilité de l'entrepreneur pour les faits d'un agent d'exécution choisi par ce dernier ne pose guère de difficultés, qu'en est-il des faits commis par un agent d'exécution imposé à l'entrepreneur, pour quelque motif que ce soit ?

<sup>79</sup> Voy. et comp. avec la contribution de B. Kohl et M. Lansmans dans le présent ouvrage qui examinent la question de savoir si le fournisseur du vendeur peut être considéré comme un agent d'exécution de ce dernier. Voy. également C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen en uitvoeringsagenten. Rechtsvergelijkende studie van het beginsel, zijn draagwijdte en enkele toepassingen*, Anvers, Apeldoorn, Maklu, 1995, p. 226, n° 184.

<sup>80</sup> Cass., 18 mai 2006, *Pas.*, 2006, liv. 5-6, 1154, *R.W.*, 2007-2008, liv. 4, p. 147.

<sup>81</sup> Cass., 15 septembre 2011, *Arr. Cass.*, 2011, liv. 9, p. 1816 ; *Entr. et dr.*, 2012, liv. 2, pp. 54-61 ; *Jurimpratique*, 2014, liv. 2, pp. 89-96.

<sup>82</sup> Voy., en ce sens, J. CABAY, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : la porte reste ouverte », note sous Cass., 15 septembre 2011, *Entr. et dr.*, 2012, liv. 2, pp. 61-86 ; F. BALON et F. PINTE, « L'action directe du maître de l'ouvrage à l'égard du sous-traitant : rêve ou réalité ? », note sous Cass., 15 septembre 2011, *Jurimpratique*, 2014, liv. 2, pp. 96-107.

<sup>83</sup> Nous renvoyons le lecteur au numéro 17 *supra* ainsi qu'aux références citées.

<sup>84</sup> Nous renvoyons le lecteur aux développements que J. van Zuylen consacre à cette question dans sa contribution au présent ouvrage.

Rappelons à cet égard que, lorsqu'il s'agit d'évoquer le fondement du principe de la responsabilité contractuelle pour autrui, la Cour de cassation fait systématiquement référence à l'agent d'exécution que le cocontractant s'est substitué ou par lequel il se fait remplacer<sup>85</sup>.

Par un arrêt du 29 septembre 2006, elle confirme que « le contractant qui se fait remplacer par son salarié pour l'exécution d'une obligation contractuelle est lui-même contractuellement responsable pour le dommage causé par l'exécutant »<sup>86</sup>.

Il faudrait alors en déduire que la responsabilité contractuelle pour autrui trouve sa justification dans la double liberté octroyée à l'entrepreneur, d'une part, de se faire substituer dans l'exécution de l'obligation dont il est débiteur à l'égard du maître d'ouvrage et, d'autre part, de choisir l'agent d'exécution dont il devra, le cas échéant, répondre.

**30. Absence de liberté : un critère pour exonérer le débiteur principal ?** Si l'une des deux libertés (mentionnées ci-dessus) n'est plus octroyée à l'entrepreneur, la responsabilité de ce dernier, pour les faits posés par un agent d'exécution qui lui aurait été imposé, se justifie-t-elle encore ?

Plusieurs auteurs formulent une réponse négative<sup>87</sup>.

B. Dubuisson précise, en ce sens, que « l'entrepreneur principal n'est pas [...] responsable d'un entrepreneur désigné directement par le maître de l'ouvrage pour exécuter une part de marché [...]. La désignation précise, par le créancier lui-même, de l'agent d'exécution emporte renonciation [tacite] d'invoquer la responsabilité personnelle de son débiteur principal, à défaut de choix »<sup>88</sup>.

D'autres auteurs rappellent tout de même que, si l'entrepreneur n'a pas eu le choix d'un agent d'exécution, il n'en demeure pas moins qu'il l'a accepté, qu'il a remis offre sur cette base et que le contrat a été conclu, tenant compte de cet élément<sup>89</sup>. Or l'entrepreneur aurait pu, d'une part, refuser de

<sup>85</sup> Cass., 27 février 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 422, R.G.D.C., 2004, p. 410 et P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 « Théorie générale du contrat », *op. cit.*, p. 489, n° 552.

<sup>86</sup> Cass., 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 911.

<sup>87</sup> M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Le droit des constructeurs : droit incertain ou en formation », *J.T.*, 1991, p. 380 ; A. DELVAUX, B. DE COCQUÉAU, F. POTIER et R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, *op. cit.*, p. 54, n° 258 ; A. DELVAUX, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », in *Actualités du droit immobilier*, coll. Recyclages en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 12, n° 8.3.

<sup>88</sup> B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in P. WÉRY (dir.), *La théorie générale des obligations*, Liège, Formation permanente CUP, vol. 27, 1998, pp. 142-143.

<sup>89</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 636 ; J.-Fr. GERMAIN et Ph. STROOBANT, « Actions en droit de la construction : remèdes immédiats et pluralité de parties – Aspects de droit civil », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations et les moyens d'action en droit de la construction*, coll. Jeune barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 84, n° 115.

contracter compte tenu de l'imposition de l'agent d'exécution ou accepter la prestation de ce dernier pour autant qu'elle fasse l'objet d'un rapport contractuel direct avec le maître d'ouvrage. Il en résulterait, selon certains, que l'exclusion de la responsabilité de l'entrepreneur pour le fait d'un sous-traitant qui lui aurait été imposé ne serait pas automatique, le juge devant examiner, dans chaque cas concret, si le cocontractant de l'entrepreneur est ou non son agent d'exécution, le libre choix de l'entrepreneur n'étant qu'un élément parmi d'autres dans cette appréciation<sup>90</sup>.

La jurisprudence paraît également divisée sur cette question.

La Cour d'appel de Mons a considéré, dans un arrêt du 30 septembre 2009<sup>91</sup>, que la responsabilité d'un sous-traitant pour les faits de l'un de ses propres sous-traitants ne pouvait être recherchée par l'entrepreneur (intervenant, en l'espèce, en qualité de « maître de l'ouvrage ») lorsque ce dernier avait refusé le choix posé initialement par son débiteur, tout en lui communiquant une liste d'intervenants dans laquelle il devait faire choix du (sous-) sous-traitant<sup>92</sup>.

L'on se situe, certes, un « étage » en dessous par rapport à la relation maître d'ouvrage/entrepreneur. On rappellera toutefois que le contrat de sous-traitance est un contrat d'entreprise dans lequel l'entrepreneur principal a la qualité de maître de l'ouvrage<sup>93</sup>, de sorte que le raisonnement tenu par la Cour d'appel de Mons n'aurait pas varié s'il s'était agi d'analyser la responsabilité de l'entrepreneur pour le fait d'un sous-traitant qui lui aurait été imposé par le maître de l'ouvrage.

À l'inverse, la Cour d'appel de Bruxelles a estimé que « le simple fait que le maître d'ouvrage impose à l'architecte de faire appel à un sous-traitant pour l'étude des techniques ne dispense pas l'architecte des obligations qu'il contracte à l'égard du maître d'ouvrage. Si l'architecte n'était pas supposé découvrir les fautes commises par le [sous-traitant du] bureau d'études et si l'architecte n'a pas commis de faute lors de la coordination de la conception ou lors de la coordination du contrôle de l'exécution des travaux, il doit être entièrement garanti par le bureau d'études »<sup>94</sup>.

Aucune confirmation, dans un sens ou dans un autre, ne peut dès lors être retrouvée dans la jurisprudence.

<sup>90</sup> E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : *Je t'aime, moi non plus* », *Entr. et dr.*, 2011, p. 57.

<sup>91</sup> Mons, 30 septembre 2009, *Entr. et dr.*, 2011, liv. 1, p. 47.

<sup>92</sup> Voy. également Liège (15<sup>e</sup> ch.), 10 février 1998, *Entr. et dr.*, 2011, liv. 1, p. 43.

<sup>93</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 638, n° 258.

<sup>94</sup> Bruxelles, 23 septembre 2019, *T.B.O.*, 2019, liv. 6, p. 423.

## Chapitre 3

## Clauses limitatives et exonératoires de responsabilité

## Section 1

## Notion

**31. Typologie des clauses visées.** L'entrepreneur qui souhaite éviter que sa responsabilité soit engagée ou limiter celle-ci pourrait insérer, dans le contrat conclu avec le maître de l'ouvrage<sup>95</sup>, une clause qui prévoirait qu'il n'assume aucune responsabilité pour certains actes ou qu'il ne pourrait être contraint qu'à la réparation en nature des malfaçons, qui exclurait certains dommages réparables (p. ex., les dommages indirects ou les pertes de jouissance) ou qui plafonnerait le montant des indemnités dont il pourrait être redevable à l'égard du maître de l'ouvrage. Ces clauses sont toutes qualifiées de limitatives ou exonératoires de responsabilité et sont soumises au même régime<sup>96</sup>.

De telles clauses peuvent concerner la responsabilité personnelle de l'entrepreneur mais également celle qui résulterait des actes posés par ses préposés et agents d'exécution.

## Section 2

## Validité de principe et interprétation stricte

**32. Validité.** Les dispositions du Code civil relatives à l'inexécution des obligations étant de droit supplétif, il est permis aux parties d'y déroger<sup>97</sup>. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont donc, en principe, licites, dans les limites exposées dans les sections suivantes.

**33. Interprétation.** S'agissant de conventions dérogoires au droit commun, elles sont d'interprétation stricte<sup>98</sup>. On se gardera, dès lors, d'étendre leur application par analogie<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> Une telle clause pourrait également être contenue dans le contrat de sous-traitance. Elle limiterait alors la faculté de l'entrepreneur principal d'engager la responsabilité du sous-traitant pour les manquements de ce dernier (sur l'action de l'entrepreneur principal à l'encontre de l'agent d'exécution, voy. *infra*, n° 54 et s.). Si de telles clauses sont contenues dans le contrat de sous-traitance sans l'être dans le contrat d'entreprise principal, elles peuvent aboutir à ce que la responsabilité de l'entrepreneur principal à l'égard du maître de l'ouvrage pour les faits du sous-traitant soit plus étendue que celle de ce dernier à l'égard de l'entrepreneur principal, pour les mêmes faits.

<sup>96</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1650, n° 1154.

<sup>97</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 735, n° 757.

<sup>98</sup> B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in P. WÉRY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, la Charte, 2001, p. 46, n° 22.

<sup>99</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 735, n° 759.

La Cour de cassation a précisé que, pour l'application de l'article 1162 de l'ancien Code civil qui dispose que, « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation », « celui qui bénéficie d'une limitation ou d'une exonération de responsabilité est, quant à cette clause, celui qui a stipulé, tandis que l'autre partie est celle qui a contracté l'obligation »<sup>100</sup>.

### Section 3

## Limites fixées par le droit commun des obligations

### 34. La contrariété aux dispositions impératives ou d'ordre public.

Nous l'avons précisé ci-dessus, les dispositions légales relatives à la responsabilité contractuelle sont, en principe, supplétives. Certaines d'entre elles sont cependant de nature impérative<sup>101</sup>. D'autres relèvent de l'ordre public<sup>102</sup>. Dans la matière du contrat d'entreprise, les articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil qui organisent le régime de la responsabilité décennale appartiennent à cette dernière catégorie, « eu égard aux objectifs de protection et de sécurité publique poursuivis par le législateur » lors de leur adoption<sup>103</sup>. Il ne peut donc y être dérogé par l'adoption de clauses qui exonèrent l'entrepreneur ou l'architecte d'une telle responsabilité ou limiterait celle-ci<sup>104</sup>.

### 35. Dérogation à la responsabilité décennale et intervention d'un

**sous-traitant.** Ces principes s'étendent à la clause qui exonérerait l'entrepreneur ou l'architecte de cette responsabilité pour les travaux confiés à un sous-traitant. Une hypothèse particulière fait toutefois figure d'exception, compte tenu d'un arrêt prononcé le 3 mars 1978 par la Cour de cassation, par lequel il fut jugé que, « si l'on peut admettre, eu égard à la haute technicité actuelle de certaines études relevant du secteur de la construction, que l'architecte peut, même implicitement<sup>105</sup>, se décharger à l'égard du maître de l'ouvrage quant à certaines études techniques, comme l'étude du béton et les calculs de résistance des matériaux, pour lesquels il n'a reçu aucune formation et qui, dès lors, échappent à sa compétence, les dispositions de l'article 1792 du Code civil et de la loi du 20 février 1939 requièrent cependant que, dans

<sup>100</sup> Cass., 22 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 863 ; Cass., 7 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 21.

<sup>101</sup> C'est notamment le cas de la réglementation des clauses abusives que nous analysons à la section suivante.

<sup>102</sup> Pour plusieurs exemples, issus du Code civil ou de lois spéciales, voy. B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, pp. 54-57, nos 33-37.

<sup>103</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 1068, n° 435.

<sup>104</sup> Cass., 5 septembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 381. Pour un cas d'application, voy. Liège, 22 novembre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.881.

<sup>105</sup> Eu égard au principe d'interprétation stricte des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, la décharge, si elle peut être implicite, doit être certaine. Elle ne peut ainsi, à notre avis, résulter du seul fait de la sous-traitance de certaines missions.

l'appréciation de la responsabilité de l'architecte, il soit toujours examiné en fait si le choix du technicien consulté par l'architecte était de notoriété publique un bon choix et, en tout cas, si l'erreur commise par ce technicien était de telle nature que, eu égard aux connaissances professionnelles de l'architecte, qui peut d'ailleurs être un ingénieur, elle pouvait être découverte par lui »<sup>106</sup>. Tout comme B. Kohl, il nous paraît que ces principes doivent être étendus à l'hypothèse de l'entrepreneur qui sous-traite des travaux de haute technicité à des spécialistes<sup>107</sup>. Eu égard à l'enseignement de la Cour de cassation, il faut préciser que l'entrepreneur principal et/ou l'architecte ne peuvent s'exonérer de toute responsabilité, puisqu'ils demeurent responsables du choix des spécialistes auxquels ils font appel et de tous les travaux qui n'échappent pas à leur compétence.

**36. Interdiction de s'exonérer de son dol.** Il est unanimement admis que l'on ne peut s'exonérer des conséquences de son dol<sup>108</sup>.

Le dol vise la faute intentionnelle. L'étendue de l'objet de l'intention de l'auteur de la faute n'apparaît toutefois pas fixée en doctrine. Pour certains, « la volonté de ne pas remplir l'obligation à laquelle on est tenu » suffit<sup>109</sup>. Le procureur général R. Hayoit de Termicourt considère, pour sa part, que la notion de dol requiert que son auteur ait « voulu non seulement le fait qui a déterminé le dommage, mais aussi ses conséquences »<sup>110</sup>. Pour J. Van Ryn, l'intention ne se limiterait pas à la violation de l'obligation et doit s'étendre à l'avantage que l'auteur de la faute se procurerait au détriment du créancier<sup>111</sup>. B. Dubuisson précise, à cet égard, que le dol « suppose que l'auteur ait spéculé sur l'inexécution en espérant se procurer ainsi un avantage au détriment de son cocontractant ». Il en déduit que « le dol apparaît comme une faute lucrative »<sup>112</sup>. P. Van Ommeslaghe, enfin, définit le dol comme « la faute résultant d'une violation volontaire d'une obligation, pour autant que le responsable ait eu conscience ou ait dû avoir conscience du préjudice qui

<sup>106</sup> Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 759.

<sup>107</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 1068, n° 437.

<sup>108</sup> L. CORNELIS, « La faute lourde et la faute intentionnelle », *J.T.*, 1981, p. 515, n° 9 ; B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, p. 57, n° 38 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, pp. 1657, n° 1159 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 741, n° 766. Voy. également Cass., 3 avril 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 773.

<sup>109</sup> J. DABIN, « De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle, couvrant 1° la faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés », *R.C.J.B.*, 1960, p. 18. Dans le même sens, voy. également L. CORNELIS, « La faute lourde et la faute intentionnelle », *op. cit.*, p. 515, n°s 10-11, et Ch. DALCQ, « La responsabilité des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 20.

<sup>110</sup> R. HAYOIT DE TERMICOURT, « Dol et faute lourde en matière d'inexécution des contrats », *J.T.*, 1957, p. 603.

<sup>111</sup> J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Paris, Sirey, 1932, n°s 131-134, cité par P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1203, n° 838.

<sup>112</sup> B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, p. 58, n° 40.

devait normalement en résulter pour autrui et ait néanmoins persisté dans son comportement fautif »<sup>113</sup>.

**37. Le dol de l'agent d'exécution.** Si le débiteur ne peut s'affranchir des conséquences de son propre dol, la Cour de cassation a jugé que « les parties à un contrat peuvent valablement convenir d'avance que le débiteur ne répondra pas de la faute, même intentionnelle, de ses préposés »<sup>114</sup>. Cette solution ne fait pas l'unanimité en doctrine. Approuvée par certains qui considèrent que « la faute, même volontaire, du préposé n'implique aucun dol de la part du responsable »<sup>115</sup>, elle est critiquée par d'autres qui rappellent qu'elle « ne s'impose qu'à la condition de considérer que la responsabilité contractuelle passe toujours et nécessairement par l'imputation d'une faute personnelle »<sup>116</sup>. Or, comme nous l'avons rappelé ci-dessus, l'identité de l'auteur de la faute est, en principe, indifférente : si l'obligation contractuelle est inexécutée, le débiteur sera responsable, qu'il soit l'auteur du manquement ou qu'il ait confié l'exécution de son obligation à un tiers<sup>117</sup>.

**38. La faute lourde.** Suivant l'avis développé dans la mercuriale du procureur général R. Hayoit de Termicourt<sup>118</sup>, la Cour de cassation a abandonné l'adage *culpa lata dolo aequiparatur* par un arrêt du 25 avril 1958<sup>119</sup>. Conformément à cette jurisprudence, confirmée à plusieurs reprises<sup>120</sup>, la faute lourde doit être distinguée du dol : « la première, aussi grave soit-elle, reste une faute involontaire, une négligence alors que le second revêt, quelle que soit la définition que l'on en donne, un caractère intentionnel »<sup>121</sup>. Il en résulte qu'une clause contractuelle exonérant le débiteur des conséquences de sa faute lourde est, en principe, valide. *A fortiori*, le débiteur peut également s'affranchir de tout ou partie des conséquences de la faute lourde de ses préposés et agents d'exécution.

<sup>113</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1203, n° 838. Voy. également « Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 525, n° 57.

<sup>114</sup> Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 116 ; *R.C.J.B.*, 1960, p. 5 et note J. DABIN.

<sup>115</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1659, n° 1160. Voy. également les conclusions de l'avocat général Mahaux précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 1959, *préc.*, *Pas.*, 1960, I, p. 113.

<sup>116</sup> B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, p. 62, n° 44. Pour une critique de cet arrêt, voy. également J. DABIN, « De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle, couvrant 1° la faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés », *op. cit.*, pp. 10-30.

<sup>117</sup> Voy. *supra*, n° 5.

<sup>118</sup> R. HAYOIT de TERMICOURT, « Dol et faute lourde en matière d'inexécution des contrats », *op. cit.*, pp. 601-605.

<sup>119</sup> *Pas.*, 1958, I, p. 944.

<sup>120</sup> Cass., 5 janvier 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 483 ; Cass., 18 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1125 ; Cass., 7 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 812 ; Cass., 27 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 92.

<sup>121</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 742, n° 767. Voy. également P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1200, n° 836.

La faute lourde – que la doctrine envisage, de manière unanime<sup>122</sup>, comme un synonyme de la faute grave – ne reçoit, pas plus que le dol, de définition unique. Pour certains, il s'agirait de « l'erreur de celui qui n'a pas compris ou pas prévu ce que tout le monde aurait compris ou prévu » ou, encore, de celui « a fait fi des règles de la plus élémentaire prudence »<sup>123</sup>. L. Cornelis constate que « la majorité des auteurs qui ont analysé la notion de faute lourde attribuent la plus grande importance à la probabilité du dommage. Plus le dommage est probable – ou devrait être probable – pour l'auteur de la violation [...], plus sa faute est lourde »<sup>124</sup>. L'auteur poursuit en précisant qu'en matière contractuelle, la « violation d'une obligation à laquelle le créancier attache une importance particulière constitue un élément d'appréciation essentiel lorsqu'on recherche la faute lourde ». Approuvant cette analyse, P. Van Ommeslaghe propose de retenir comme critère d'appréciation « l'importance de la disposition méconnue ». Sera ainsi considérée comme une faute lourde « la violation d'une obligation essentielle d'un contrat et, en matière extracontractuelle, la méconnaissance d'une règle fondamentale de la vie en société »<sup>125</sup>.

Bien que reconnaissant la « différence psychologique fondamentale » entre la négligence qui caractérise la faute lourde et le « dessein délibéré » dont résulte le dol, B. Dubuisson n'est pas convaincu par la différence entre le régime appliqué à la première et celui appliqué au second, compte tenu de la difficulté qu'il y a à les distinguer en pratique<sup>126</sup>, « la malhonnêteté prenant souvent le masque de la bêtise »<sup>127</sup>. Il ne faut toutefois pas donner à la validité de principe reconnue, par notre Cour de cassation, aux clauses déliant le débiteur des conséquences de sa faute lourde ou de celle de ses préposés une trop grande importance pratique. En effet, conformément au principe d'interprétation stricte des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, les clauses rédigées en termes généraux ne délient pas le débiteur en cas de faute lourde : « il faut que les parties aient prévu cette exonération de manière expresse ou que l'exonération résulte nécessairement de la disposition contractuelle »<sup>128</sup>. Or on reconnaîtra que, commercialement, un fournisseur de biens ou de services soumettra rarement à ses clients de conditions contractuelles par lesquelles il s'exonère de sa faute lourde ou de celle de

<sup>122</sup> Voy. not. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 171, n° 278 ; L. CORNELIS, « La faute lourde et la faute intentionnelle », *op. cit.*, p. 513, n° 2.

<sup>123</sup> R.O. DALCQ, *op. cit.*, p. 170, n° 277.

<sup>124</sup> L. CORNELIS, « La faute lourde et la faute intentionnelle », *op. cit.*, p. 513, n° 2.

<sup>125</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1200, n° 836.

<sup>126</sup> B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, pp. 59-60, n° 41.

<sup>127</sup> L'auteur cite L. MAZEAUD, « L'assimilation de la faute lourde au dol », *D.H.*, 1933, p. 53.

<sup>128</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 740, n° 764.

ses agents d'exécution<sup>129</sup>. Par ailleurs, si on admet, à l'instar de L. Cornelis, qu'en matière contractuelle, la faute lourde vise « la violation d'une obligation à laquelle le créancier était en droit d'attacher une importance particulière parce qu'elle relève de l'essence même du contrat », il faut en conclure avec lui qu'en « interdisant des clauses d'exonérations qui anéantissent l'obligation contractée<sup>130</sup>, on obtient le même résultat qu'en interdisant de s'exonérer de sa faute lourde en matière contractuelle »<sup>131</sup>. Enfin, la mise en œuvre de la clause qui exonère le débiteur des conséquences de sa faute lourde pourrait, selon les circonstances de l'espèce, être considérée comme un abus de droit<sup>132</sup> que le juge pourrait sanctionner en privant le débiteur de s'en prévaloir<sup>133</sup>.

**39. Interdiction d'anéantir l'obligation.** Par son arrêt du 25 septembre 1959 déjà évoqué ci-dessus<sup>134</sup>, la Cour de cassation a précisé que ce n'est qu'en « dehors des cas où la loi en dispose autrement et de celui où l'obligation se trouverait anéantie »<sup>135</sup> que « les parties à un contrat peuvent valablement convenir d'avance que le débiteur ne répondra pas de la faute, même intentionnelle, de ses préposés »<sup>136</sup>. Cette limite s'applique *a fortiori*, lorsque le débiteur entend s'exonérer des conséquences de sa propre faute. Elle fut confirmée, à plusieurs reprises, par notre Cour suprême<sup>137</sup> et est appliquée régulièrement par les juges du fond<sup>138</sup>. P. Wéry précise que « la formule retenue par la Cour n'est pas la plus appropriée. En réalité, l'interdiction ne s'applique qu'aux obligations essentielles<sup>139</sup> du contrat. Si la clause exonératoire affecte l'une d'elles, elle vide alors la convention de son essence et doit être annulée. Si elle concerne, en revanche, une autre obligation, la validité de la clause ne s'en trouve pas compromise »<sup>140</sup>.

<sup>129</sup> B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, p. 60, n° 41.

<sup>130</sup> Voy. *infra*, n° 39.

<sup>131</sup> L. CORNELIS, « La faute lourde et la faute intentionnelle », *op. cit.*, p. 513, n° 6.

<sup>132</sup> M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, p. 186, n° 279.

<sup>133</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 743, n° 767 ; T. MALENGREAU, « L'entreprise et les clauses exonératoires de la responsabilité », in C. DELFORGE, S. STIJNS et P. WÉRY (éd.), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise. Het verbintenissenrecht in het leven van onderneming*, Bruxelles-Bruges, la Chartre-die Keure, 2017, p. 97, n° 25.

<sup>134</sup> N° 37.

<sup>135</sup> C'est nous qui mettons en évidence.

<sup>136</sup> Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 116 ; R.C.J.B., 1960, p. 5 et note J. DABIN, préc.

<sup>137</sup> Cass., 5 janvier 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 483, préc. ; Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 347 ; Cass., 26 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 513.

<sup>138</sup> Voy. les décisions citées par S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 733, n° 128.

<sup>139</sup> Sur cette notion et son appréciation, voy. B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, pp. 64-72, n°s 47-56.

<sup>140</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 743, n° 768.

## Section 4

## L'interdiction des clauses abusives

## § 1. Champ d'application

**40. Du B2C au B2B<sup>141</sup>.** Au rang des législations impératives réglementant les dispositions contractuelles dérogeant au droit commun en matière de responsabilité figure celle relative aux clauses abusives. Jusqu'il y a peu, de telles clauses n'étaient interdites que lorsqu'elles figuraient « dans un contrat entre une entreprise et un consommateur »<sup>142</sup>, conformément aux articles VI.82 et suivants du Code de droit économique<sup>143</sup> (ci-après, « CDE ») assurant la transposition de la directive 93/13/CEE<sup>144</sup>. Elles sont à présent également interdites dans les contrats entre entreprises « conclus, renouvelés ou modifiés après » le 1<sup>er</sup> décembre 2020<sup>145</sup>, date de l'entrée en vigueur de la loi du 4 avril 2019<sup>146</sup> qui a notamment inséré un nouveau titre 3/1 dans le livre VI du CDE réglementant les contrats conclus entre entreprises.

**41. Entreprise.** Depuis l'entrée en vigueur<sup>147</sup> de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises<sup>148</sup>, la définition générale d'entreprise reprise à l'article I.1, 1<sup>o</sup>, du CDE et applicable, « sauf disposition contraire », à l'ensemble de celui-ci est fondée sur des critères formels et a « un vaste contenu [...] de manière à couvrir tous les acteurs actifs sur le plan économique »<sup>149</sup>. Elle vise ainsi toutes les personnes physiques exerçant une activité professionnelle à titre indépendant, toutes les personnes morales de droit privé et même les groupements non dotés de la personnalité juridique s'ils poursuivent un but de distribution à leurs membres ou s'ils procèdent effectivement à une telle distribution<sup>150</sup>. Cette notion ne définit pas uniquement le champ d'application du CDE, puisque c'est également elle qui fonde la

<sup>141</sup> *Business to consumer* (relations entre entreprises et consommateurs), *Business to business* (relations entre entreprises).

<sup>142</sup> Voy. les articles I.8, 22<sup>o</sup>, et VI.83 du CDE.

<sup>143</sup> Ces dispositions reproduisent celles contenues aux articles 73 à 75 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur qui ont eux-mêmes succédé aux articles 31 à 33 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

<sup>144</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, L 95/29 du 21 avril 1993.

<sup>145</sup> Voy. l'article 39 de la loi du 4 avril 2019.

<sup>146</sup> Loi du 4 avril 2019 modifiant le CDE en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *M.B.*, 24 mai 2019.

<sup>147</sup> Soit le 1<sup>er</sup> mai 2020 conformément à l'article 260 de la loi.

<sup>148</sup> *M.B.*, 27 avril 2018.

<sup>149</sup> Projet de loi du 7 décembre 2017 portant réforme du droit des entreprises, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n<sup>o</sup> 54-2828/001, p. 4.

<sup>150</sup> Pour un commentaire de cette définition, voy. not. D. GOL et N. THIRION, « La réforme du droit des entreprises : panorama général », in N. THIRION (dir.), *Les réformes du droit économique : premières applications*, coll. CUP, vol. 190, Liège, Anthemis, 2019, spéc. pp. 167-186.

compétence des tribunaux de l'entreprise<sup>151</sup> et à laquelle s'adresse le régime de preuve libre organisé par l'article 8.11 du (nouveau) Code civil.

La nouvelle définition « vaste et formelle » ne remplace toutefois pas intégralement la définition « fonctionnelle » de l'entreprise, qui prévalait depuis la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur<sup>152</sup> et qui « découle de la réglementation européenne spécifique qui s'applique au droit de la concurrence et au droit des pratiques du marché ». Le législateur a en effet souhaité « ne pas mettre en péril la sécurité juridique, d'une part, et l'interférence avec la réglementation européenne, d'autre part », de sorte qu'« il a été décidé de conserver pour ces branches du droit qui sont réglées dans les livres IV et VI » la définition anciennement reprise à l'article I.1 du CDE<sup>153</sup>. Il en résulte que l'article I.8 du CDE, qui reprend les « définitions particulières au livre VI », définit l'entreprise comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations » (39°). La poursuite d'un tel but économique exclut notamment du champ d'application du livre VI les ASBL dont l'activité est « à caractère exclusivement social et qui n'est pas exercée sur un marché en concurrence avec d'autres opérateurs »<sup>154</sup>.

**42. Consommateur.** Le consommateur est défini comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Sont, dès lors, exclues de la notion toutes les personnes morales et toute personne agissant à des fins professionnelles.

**43. Les oubliés du régime.** Nous l'avons précisé : les clauses abusives ne sont interdites que dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur et dans les contrats conclus entre entreprises au sens de l'article I.8, 39°, du CDE. Il en résulte qu'un consommateur qui conclut un contrat avec un autre consommateur ne pourra pas se prévaloir de la protection du régime. Ceci paraît cohérent – et, donc, admissible – dès lors qu'aucun des cocontractants ne revêt la qualité de « partie faible » à un tel contrat.

L'exclusion du bénéfice du régime des clauses B2B des personnes morales qui ne poursuivent pas de but économique nous semble plus contestable. Ces entités répondent en effet à la définition générale d'entreprise reprise à l'article I.1, 1°, du CDE et, partant, sont susceptibles d'être déclarées en

<sup>151</sup> Art. 573 C. jud.

<sup>152</sup> Cette loi a été abrogée et son contenu a été repris dans le livre VI du Code de droit économique par la loi du 21 décembre 2013.

<sup>153</sup> Projet de loi du 7 décembre 2017 portant réforme du droit des entreprises, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2828/001, p. 6.

<sup>154</sup> J. VAN MEERBEECK et S. VANVREKOM, « L'entreprise, acteur au procès : un curé est-il une entreprise ? Aspects de droit judiciaire », in C. DELFORGE, S. STIJNS et P. WÉRY (éd.), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise. Het verbintenissenrecht in het leven van onderneming*, op. cit., pp. 545 et 559-561.

faillite<sup>155</sup>, peuvent se voir opposer, à titre de preuve, une facture qu'elles n'auraient pas contestée dans un délai raisonnable<sup>156</sup> et relèveront de la compétence des tribunaux d'entreprise<sup>157</sup>. Elles ne pourront, en revanche, se prévaloir du caractère abusif d'une clause pour en poursuivre la nullité, dès lors qu'elles n'appartiennent ni à la catégorie des consommateurs ni à celle des entreprises au sens de l'article I.8, 39°, du CDE. Prenons l'exemple d'un contrat conclu par une entreprise de construction pour le remplacement et l'isolation d'une toiture et contenant une clause excluant la responsabilité de l'entreprise pour l'ensemble des fautes qui seraient commises par ses sous-traitants, en ce compris leur dol et leur faute lourde. Si ce contrat est conclu avec un particulier souhaitant rénover la toiture de son habitation, celui-ci pourra soulever la nullité de la clause exonératoire sur pied de l'article VI.83, 13°, du CDE. Il en ira de même si le maître de l'ouvrage est une société immobilière, puisque celle-ci pourra invoquer l'article VI.91/5, 6°, du CDE<sup>158</sup>. Si, en revanche, le cocontractant de l'entrepreneur est une association de copropriétaires, cette dernière ne pourra attaquer une telle clause, ni sur le fondement du droit commun<sup>159</sup> ni sur la réglementation des clauses abusives, dès lors qu'elle ne revêt ni la qualité de consommateur (compte tenu de la personnalité morale qui lui est attachée)<sup>160</sup> ni celle d'entreprise au sens de l'article I.8, 39°, du CDE (à défaut de poursuivre un but économique). Cette différence de régime nous paraît discriminatoire et justifierait, à notre sens, une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle<sup>161</sup>.

## § 2. Une définition générale, des listes noires et une liste grise

**44. Définition et appréciation du caractère abusif.** L'article I.8, 22°, du CDE définit la clause abusive comme « toute clause ou toute condition dans un contrat entre une entreprise et un consommateur qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur ». L'article VI.91/3, § 1<sup>er</sup>, du même Code donne une définition similaire de la clause abusive reprise dans un contrat conclu entre entreprises, si ce n'est qu'en pareille hypothèse, le « déséquilibre manifeste » constaté « entre

<sup>155</sup> Art. I.22, 7° et 8°, et XX.99 CDE.

<sup>156</sup> Art. 8.11, § 4, nouveau C. civ.

<sup>157</sup> Art. 573 C. jud.

<sup>158</sup> Pour un commentaire de ces deux dispositions, voy. *infra*, n° 50.

<sup>159</sup> Voy. *supra*, nos 37-38.

<sup>160</sup> Art. 577-5 C. civ. (ancien).

<sup>161</sup> Il pourrait être partiellement remédié à cette discrimination par l'adoption de l'article 5.52 de la proposition de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 du Code civil. Celui-ci répute en effet non écrite toute clause abusive, quelle que soit la qualité des parties à la convention. Cette sanction ne s'appliquera toutefois qu'aux clauses abusives contenues dans les contrats d'adhésion.

les droits et obligations des parties » peut exister au détriment de l'une ou l'autre de celles-ci<sup>162</sup>.

L'article VI.82 précise que, dans les contrats B2C, « le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend ».

Les mêmes critères sont repris au paragraphe 2 de l'article VI.91/3, qui y ajoute, s'agissant de l'appréciation du caractère abusif d'une clause reprise dans un contrat B2B, « l'économie générale du contrat » et les « usages commerciaux qui s'appliquent ». Les deux dispositions invitent également le juge à tenir compte de « l'exigence de clarté et de compréhension » dans la rédaction des clauses contractuelles consacrée aux articles VI.37, § 1<sup>er</sup>, et VI.91/2, alinéa 1<sup>er</sup>, du CDE<sup>163</sup>.

**45. Des listes de clauses abusives ou présumées telles.** Ôtant tout pouvoir d'appréciation au juge quant au caractère abusif de certaines clauses, le législateur a dressé deux « listes noires » de clauses qui sont « en tout cas abusives »<sup>164</sup>. Ces listes contiennent trente-trois types de clauses abusives dans les contrats B2C (art. VI.83 CDE) et quatre clauses abusives dans les contrats B2B (art. VI.91/4 CDE). Le législateur de 2019 a innové en prévoyant une « liste grise », composée de huit clauses qui sont considérées comme abusives « sauf preuve contraire ». La partie qui souhaite renverser cette présomption devra dès lors démontrer l'absence de « déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties ». Elle pourra, pour cela, se prévaloir de l'ensemble des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, « dont en particulier l'(in)existence d'un rapport de force inégal entre parties »<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> Sur l'appréciation de ce déséquilibre, voy. J.-F. PUYRAYMOND, « La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre juridique manifeste », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaisons avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 89-152.

<sup>163</sup> Concernant l'analyse de l'ensemble de ces critères, voy. J.-F. PUYRAYMOND, « La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre juridique manifeste », *op. cit.*, pp. 133-149 et N. DAUBIES, T. LÉONARD et J.-F. PUYRAYMOND, « La loi du 4 avril 2019 relative à l'abus de dépendance économique : une quête d'équilibre dans les relations entre entreprises », in Y. NINANE (coord.), *Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques ?*, coll. UB<sup>3</sup>, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 43 à 47.

<sup>164</sup> Les trois premiers mots ne sont pas repris à l'article VI.91/4 du CDE. Il n'en demeure pas moins que les clauses listées à cette disposition sont considérées comme abusives sans qu'il soit possible d'en apporter la preuve contraire.

<sup>165</sup> R. JAFFERALI, « Champ d'application de la réglementation des clauses abusives B2B et échappatoires », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaisons avec le B2C et implications pratiques*, *op. cit.*, p. 78, n° 18. Se référant aux travaux préparatoires de la loi, l'auteur précise qu'il est possible de renverser la présomption en démontrant que la clause « a été conclue en connaissance de cause » ou « lorsqu'elle a été négociée en contrepartie d'un avantage ».

### § 3. Les clauses abusives limitatives ou exonératoires de responsabilité

**46. Les clauses B2C.** La « liste noire » de l'article VI.83 du CDE comprend plusieurs types de clauses qui exonèrent l'entreprise de sa responsabilité ou limitent celle-ci. Il s'agit des « clauses et conditions ou [d]es combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de :

- [...]
- 7° interdire au consommateur de demander la résolution du contrat dans le cas où l'entreprise n'exécute pas ses obligations ;
- 8° restreindre le droit du consommateur de résilier le contrat lorsque, dans le cadre de son obligation de garantie contractuelle, l'entreprise ne respecte pas ou ne respecte pas dans un délai raisonnable son obligation de réparer ou de remplacer le bien ;
- 9° obliger le consommateur à exécuter ses obligations, alors que l'entreprise n'aurait pas exécuté les siennes ou serait en défaut d'exécuter les siennes ;
- [...]
- 13° libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires, ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat ;
- 14° supprimer ou diminuer la garantie légale en matière de vices cachés, prévue par les articles 1641 à 1649 du Code civil, ou l'obligation légale de délivrance d'un bien conforme au contrat, prévue par les articles 1649*bis* à 1649*octies* du Code civil ;
- 15° fixer un délai déraisonnablement court pour signaler à l'entreprise des défauts dans le produit livré ;
- [...]
- 22° faire renoncer le consommateur, en cas de conflit, à tout moyen de recours contre l'entreprise ;
- [...]
- 25° exclure ou limiter la responsabilité légale de l'entreprise en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci et résultant d'un acte ou d'une omission de cette entreprise ;
- [...]
- 30° exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis de l'entreprise ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'entreprise d'une quelconque de ses obligations contractuelles [...].

**47. Les clauses B2B.** Dans des termes comparables à ceux de l'article VI.83, 22°, du CDE, l'article VI.91/4 du CDE dispose que « sont abusives les clauses qui ont pour objet de [...] en cas de conflit, faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise ». L'article VI.91/5, 4° et 6°, du CDE présume, quant à lui, jusqu'à preuve du contraire, comme abusives « les clauses qui ont pour objet [d']exclure ou [de] limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles [et de] libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution des engagements essentiels qui font l'objet du contrat ». Ces deux dernières dispositions sont à rapprocher de celles reprises aux 13° et 30° de l'article VI.83 du CDE.

**48. Limites du présent commentaire.** Nous nous limiterons, dans le cadre de la présente contribution, à un bref commentaire des clauses reprises aux 13°, 15° et 30° de l'article VI.83 et aux 4° et 6° de l'article VI.91/5, en lien avec les questions qui nous occupent, à savoir la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur « du fait des personnes qu'il emploie ». Nous renvoyons le lecteur vers les développements qui ont été consacrés, par la doctrine, aux autres clauses listées aux articles VI.83<sup>166</sup>, VI.91/4 et VI.91/5 du CDE<sup>167</sup>.

**49. Le délai de dénonciation « déraisonnablement court ».** L'article VI.83, 15°, du CDE interdit, dans les contrats B2C, de « fixer un délai déraisonnablement court pour signaler à l'entreprise des défauts dans le produit livré ». La notion de « produit » est particulièrement large puisqu'elle vise « les biens et les services, les biens immeubles, les droits et les obligations »<sup>168</sup>. La clause visée à l'article VI.83, 13°, du CDE est donc interdite « dans les contrats [conclus entre une entreprise et un consommateur] les plus divers tels les ventes, les contrats d'entreprise, les prêts, les mandats ou les contrats de location »<sup>169</sup>. Dans les contrats d'entreprise, il est indifférent que le délai « déraisonnablement court » concerne la dénonciation d'un défaut dû au fait de l'entrepreneur ou des personnes dont il répond.

<sup>166</sup> P. WÉRY, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *J.T.*, 2003, pp. 797-809.

<sup>167</sup> R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaisons avec le B2C et implications pratiques*, *op. cit.*, pp. 249-299 ; A. DURIAU, « Les clauses abusives relatives à la preuve et au règlement des différends », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaisons avec le B2C et implications pratiques*, *op. cit.*, spéc. pp. 376-393 ; N. DAUBIES, T. LÉONARD et J.-F. PUYRAIMOND, « La loi du 4 avril 2019 relative à l'abus de dépendance économique : une quête d'équilibre dans les relations entre entreprises », *op. cit.*, pp. 47 à 53.

<sup>168</sup> Art. I.1, 4°, CDE.

<sup>169</sup> R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », *op. cit.*, p. 259, n° 12.

Une telle clause n'est pas, en tant que telle, réputée abusive, dans les contrats B2B. Le juge pourrait toutefois considérer qu'elle « crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties », notamment au regard « de la nature des produits qui font l'objet du contrat » et, partant, la qualifier d'abusive.

### 50. La faute lourde, le dol et les prestations principales du contrat.

L'article VI.83, 13<sup>o</sup>, du CDE déclare abusive la clause qui a pour objet de « libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires, ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat ». La rédaction de cette disposition pose plusieurs problèmes d'interprétation :

- l'usage du terme « libérer » a amené certains commentateurs à considérer que seules les clauses exonératoires de responsabilité étaient interdites, à l'exclusion des clauses limitatives<sup>170</sup>. D'autres considèrent que « le texte de la loi, rédigé en termes généraux [...] peut viser aussi bien la libération totale que la libération partielle »<sup>171</sup> ;
- le terme « celle » (au féminin singulier), pris à la lettre, n'interdirait de se libérer que de la faute lourde des préposés ou mandataires, la clause par laquelle l'entreprise s'exonérerait des conséquences du dol de ceux-ci demeurant valide. Tout comme P. Wéry, nous considérons qu'une telle interprétation relèverait du non-sens. « On ne comprendrait [en effet] pas que [l'entreprise] ne pût se libérer de la faute lourde de ceux-ci mais pourrait le faire pour leur faute intentionnelle, qui est autrement plus grave »<sup>172</sup> ;
- le texte n'interdisant à l'entreprise de s'exonérer du dol ou de la faute lourde que de ses seuls « préposés ou mandataires », plusieurs auteurs considèrent que l'exonération du dol ou de la faute lourde d'autres agents d'exécution (notamment le sous-traitant indépendant) demeure valide. Ils fondent cette solution sur le principe d'interprétation stricte des textes dérogatoires au droit commun<sup>173</sup>. D'autres, minoritaires, estiment que l'« inclusion de telles fautes dans le champ d'application [de l'interdiction] est plus conforme à l'économie générale de la loi »<sup>174</sup> ;

<sup>170</sup> E. DIRIX, « Bezwarende bedingen », *D.A./O.R.*, 1992, p. 39 ; S. STIJNS, « Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie », *R.W.*, 2001-2002, pp. 1263-1264 ; R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », *op. cit.*, p. 254, n° 8.

<sup>171</sup> P. WÉRY, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *op. cit.*, p. 806, n° 23.

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> E. DIRIX, « Bezwarende bedingen », *op. cit.*, p. 39 ; R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », *op. cit.*, p. 255, n° 8.

<sup>174</sup> P. WÉRY, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *op. cit.*, p. 806, n° 23.

- enfin, que faut-il entendre par l'interdiction, pour l'entreprise, de se libérer « du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat » ? À la lecture des travaux préparatoires de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur<sup>175</sup> (dont le texte de l'article 32, 11, a été repris, en termes identiques, à l'article VI.83, 13°, du CDE), on ne peut que conclure, avec P. Wéry<sup>176</sup>, que cet article ne fait que consacrer, en termes différents, la solution de droit commun qui interdit d'anéantir l'obligation<sup>177</sup>.

L'article VI.91/5, 6°, du CDE est rédigé dans des termes quasi identiques à ceux de l'article VI.83, 13°, du même Code. Les divergences d'interprétation pointées ci-dessus nourriront dès lors les mêmes débats en doctrine. Deux différences lexicales, sans incidence sur le régime, sont à relever : l'article vise la « faute grave » plutôt que la « faute lourde » (nous savons toutefois qu'il s'agit de synonymes<sup>178</sup>) et l'expression « prestations principales du contrat » est remplacée par « engagements essentiels qui font l'objet du contrat ». Ces deux dernières notions renvoient au régime de droit commun qui interdit de vider, par une clause limitative ou exonératoire de responsabilité, l'obligation de sa substance. Le régime de l'article VI/5, 6°, n'est cependant pas identique à son pendant applicable aux contrats B2C : d'une part, il n'invalide pas la clause qui exonère la responsabilité de l'entreprise du fait de ses mandataires<sup>179</sup> et, d'autre part, il n'établit qu'une présomption réfragable du caractère abusif de la clause qu'il régleme<sup>180</sup>.

### 51. L'exclusion ou la limitation « inappropriée » des droits légaux.

L'article VI.83, 30°, invalide la clause qui a pour objet d'« exclure ou [de] limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis de l'entreprise ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'entreprise d'une quelconque de ses obligations contractuelles ».

<sup>175</sup> « Étant donné que la jurisprudence unanime des cours et tribunaux considère comme abusive toute clause exonératoire de responsabilité qui vide le contrat de sa substance et touche à son objet principal, il serait bon de prévoir qu'est nulle toute clause qui a pour objet de libérer le vendeur [ndlr : la notion de vendeur a depuis lors été remplacée par celle d'entreprise] de sa responsabilité du fait de l'inexécution d'une obligation considérée comme une des prestations principales du contrat (ou comme faisant partie de l'objet même du contrat) » (Rapport fait au nom de la Commission de l'Économie par M. De Cooman, *Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1200-2, pp. 39-40).

<sup>176</sup> *Ibid. Contra* : R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », *op. cit.*, p. 255, n° 8, qui considèrent que « cette interdiction d'exonération est plus large que l'interdiction de droit commun ».

<sup>177</sup> Sur cette question, voy. *supra*, n° 39.

<sup>178</sup> Voy. *supra*, n° 38.

<sup>179</sup> Il est dès lors surprenant de lire dans la justification de l'amendement ayant inséré cette disposition que « sont interdites à l'article VI.91/5, 6°, les clauses qui visent à exclure la responsabilité de l'entreprise du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires » (proposition de loi du 12 février 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 44).

<sup>180</sup> Sur le renversement de la présomption, voy. *supra*, n° 45.

Le texte de cette disposition est une transposition fidèle de l'annexe de la directive 93/13/CEE qui reprend ce type de clauses comme pouvant être déclarées abusives. Sa portée est extrêmement large puisqu'elle vise tant l'exclusion que la limitation des droits du consommateur et qu'elle concerne tant les conséquences de l'inexécution totale que celles de l'exécution partielle, défectueuse ou même fortuite de toute obligation de l'entreprise. Ce large spectre lui a valu d'être qualifiée par la doctrine de « *catch-all clause* » ou de « clause fourre-tout »<sup>181</sup>. L'exclusion et la limitation des droits légaux du consommateur ne sont toutefois abusives que si elles sont « inappropriées ». C'est au juge qu'il appartient d'apprécier ce caractère. Or, à défaut de définition ou même de critères fournis par la directive ou par la loi qui la transpose pour le guider<sup>182</sup>, le pouvoir d'appréciation du juge est particulièrement large sur cette question<sup>183</sup>. La doctrine considère qu'une restriction des droits légaux est inappropriée « si elle n'est pas raisonnablement justifiable et qu'elle avantage sensiblement l'entreprise »<sup>184</sup>.

L'article VI.91/5, 4°, du CDE est le pendant, dans les contrats entre entreprises, de l'article VI.83, 30°. Hors le fait que cette disposition est reprise dans une liste grise de clauses qui sont « présumées abusives sauf preuve contraire », les brefs commentaires repris à l'alinéa précédent lui sont dès lors applicables également.

## Section 5

### Sanction de la clause illicite

**52. Nullité de la clause.** Lorsqu'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité viole l'une des limites détaillées aux deux sections précédentes, elle est sanctionnée par l'annulation judiciaire<sup>185</sup>.

L'effet de la nullité ne s'étend pas à l'intégralité du contrat dès lors que la clause ne constitue, en principe, pas un élément essentiel du consentement des parties. Cette solution est consacrée expressément concernant les

<sup>181</sup> P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 279, n° 339, cité par R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », *op. cit.*, p. 274, n° 25. Les travaux préparatoires de la loi du 4 avril 2019 qualifient d'ailleurs l'article 91/5, 4°, de la même manière (proposition de loi du 12 février 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 24).

<sup>182</sup> « Le mystère complet règne sur ce qu'il faut entendre par là » (P. WÉRY, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *op. cit.*, p. 806, n° 23).

<sup>183</sup> R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », *op. cit.*, p. 275, n° 26.

<sup>184</sup> R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », *op. cit.*, p. 276, n° 26 et les références citées à la note 125.

<sup>185</sup> Si elle contrevient à l'ordre public, la clause sera sanctionnée de nullité absolue. Si elle ne viole que des dispositions impératives ou des principes établis dans la protection d'intérêts privés, c'est la nullité relative qui sera poursuivie.

clauses abusives, tant dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur<sup>186</sup>, que dans les contrats entre entreprises<sup>187</sup> : « toute clause abusive est interdite et nulle. Le contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

**53. Réduction de la clause.** Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation consacrant le pouvoir de modération du juge à l'égard des clauses illicites<sup>188</sup>, le juge peut annuler partiellement la clause limitative ou exonératoire de responsabilité pour en ôter les éléments excessifs<sup>189</sup>. On pourrait ainsi admettre qu'une clause qui exonère l'entrepreneur des conséquences de son dol et de celui de ses sous-traitants se voit rabotée partiellement<sup>190</sup>, de sorte qu'elle pourrait encore faire obstacle à une demande de réparation du maître de l'ouvrage si le manquement contractuel est la conséquence du dol de l'agent d'exécution<sup>191</sup>.

Une telle réduction judiciaire n'est pas admise à l'égard des clauses abusives dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur. En effet, dès lors que la réglementation de ce type de clause est la transposition de la directive européenne 93/13/CEE<sup>192</sup>, il convient d'y appliquer la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui a jugé que « l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la directive 93/13 [qui prévoit que les clauses abusives "ne lient pas les consommateurs"] doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre [...] qui permet au juge national, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause »<sup>193</sup>.

<sup>186</sup> Art. VI.84, § 1<sup>er</sup>, CDE.

<sup>187</sup> Art. VI.91/6 CDE.

<sup>188</sup> Cass., 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734 et note S. LAGASSE ; *D.A./O.R.*, 2015, p. 18 et note D. MERTENS ; *R.W.*, 2015-2016, p. 1187 et note F. PEERAER ; *R.D.C.*, 2016, p. 386 et notes T. TANGHE et A. SNYERS ; Cass., 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727 et note S. LAGASSE ; *J.L.M.B.*, 2015, p. 1305 ; *R.D.C.*, 2016, p. 382 et notes T. TANGHE et A. SNYERS ; *R.C.J.B.*, 2016, p. 379 et note P. WÉRY.

<sup>189</sup> Sur un tel pouvoir d'intervention du juge, ses conditions et ses limites, voy. Y. NINANE et J.-Fr. GERMAIN, « Examen des mécanismes alternatifs à la nullité totale : nullité partielle, réduction et conversion », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBECK (coord.), *Les nullités en droit des contrats. État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 197-220.

<sup>190</sup> Pour être précis, il faut considérer, avec P. Wéry, que, face à une telle disposition contractuelle, « le juge devra discerner non pas une seule clause, mais une pluralité de clauses exonératoires », de sorte que, « conceptuellement, la nullité sera totale en ce sens qu'elle n'affectera que la petite clause exonératoire libérant l'entreprise » de son dol (P. WÉRY, « Le contrôle judiciaire relatif aux clauses applicables à un manquement contractuel », in C. DELFORGE, S. STIJNS et P. WÉRY (éd.), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise. Het verbintenissenrecht in het leven van onderneming*, op. cit., p. 316, n° 16).

<sup>191</sup> À la condition bien sûr que l'on soit en dehors du champ d'application des articles VI.83, 13°, et VI.91/5, 6°, du CDE, comme dans l'exemple donné au n° 43 ci-dessus.

<sup>192</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, L 95/29 du 21 avril 1993.

<sup>193</sup> C.J.U.E., 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito c. Joaquín Calderón Camino*, C-618/10, disponible sur <http://curia.europa.eu>. Pour une confirmation récente, au regard du droit belge, voy. C.J.U.E., 7 novembre 2019,

La réduction judiciaire (ou nullité partielle) pourrait en revanche être appliquée à une clause abusive dans un contrat entre entreprises<sup>194</sup>. En effet, les travaux préparatoires de la loi du 4 avril 2019 précisent que l'« interprétation extrême de la sanction de nullité pour les clauses abusives en exécution de la directive 1993/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ne doit pas être étendue aux dispositions applicables en matière de clauses abusives dans des contrats entre entreprises »<sup>195</sup>.

## Chapitre 4

### Le recours de l'entrepreneur contre l'agent d'exécution

#### Section 1

#### Le recours contre le préposé

**54. Immunité partielle du préposé.** Conformément à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail<sup>196</sup>, « en cas de dommages causés par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol<sup>197</sup> et de sa faute lourde<sup>198</sup>. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel ».

Le régime d'immunité partielle organisé par l'article 18 de la loi sur le contrat de travail « est applicable à la responsabilité tant contractuelle qu'extra-contractuelle du travailleur protégé »<sup>199</sup>. Il en résulte que l'entrepreneur<sup>200</sup> ne pourra se retourner contre son travailleur salarié si l'inexécution dont il doit répondre à l'égard du maître de l'ouvrage est la conséquence d'une faute légère non intentionnelle qui n'a pas de caractère habituel.

---

SNCB *c. Mbutuku Kanyebe, Larissa Nijs et Jean-Louis Anita Dedroog* aff. jtes C-349/18 à C-351/18, disponible sur <http://curia.europa.eu>.

<sup>194</sup> E. DE DUVE, « Le régime de la nullité des clauses abusives entre entreprises », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaisons avec le B2C et implications pratiques*, *op. cit.*, pp. 201-204, n<sup>os</sup> 23-24.

<sup>195</sup> Proposition de loi du 12 février 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n<sup>o</sup> 54-1451/003, p. 25.

<sup>196</sup> *M.B.*, 22 août 1978.

<sup>197</sup> Sur la notion de dol, voy. *supra*, n<sup>o</sup> 36.

<sup>198</sup> Sur la notion de faute lourde, voy. *supra*, n<sup>o</sup> 38.

<sup>199</sup> Ch. DALCQ, « La responsabilité des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 41.

<sup>200</sup> Cette immunité partielle pourra également être opposée aux tiers et au maître de l'ouvrage qui souhaiteraient agir directement contre le travailleur, auteur d'une faute légère non habituelle.

## Section 2

**Le recours contre l'agent d'exécution indépendant**

**55. Un contrat d'entreprise.** Le contrat de sous-traitance est un contrat d'entreprise dans lequel l'entrepreneur principal a la qualité de maître de l'ouvrage<sup>201</sup>. Il en résulte que « l'étendue de la responsabilité du sous-traitant vis-à-vis de l'entrepreneur principal est identique, en principe, à celle de l'entrepreneur principal vis-à-vis du maître de l'ouvrage, sous la seule précision qu'elle est évidemment limitée à la partie des travaux sous-traitée »<sup>202</sup>. L'entrepreneur principal sera dès lors, en principe, fondé à se retourner contre l'agent d'exécution indépendant pour les manquements de ce dernier, dont il répond à l'égard du maître de l'ouvrage.

**56. Une responsabilité pour faute.** La responsabilité dans le cadre d'un contrat d'entreprise est fondée sur la faute<sup>203</sup>. Il appartient dès lors à l'entrepreneur principal qui souhaite engager la responsabilité de son sous-traitant d'établir l'existence d'une faute dans le chef de ce dernier<sup>204</sup>. Il peut ainsi lui reprocher une mauvaise exécution, un retard dans la réalisation des travaux ou un manquement à son devoir de conseil. Le sous-traitant assume également, à l'égard de l'entrepreneur principal, la responsabilité décennale<sup>205</sup> et celle résultant des vices cachés véniels.

Lorsque l'entrepreneur fait appel à un sous-traitant spécialiste de la part du marché qui lui est confiée, la faute de ce dernier est appréciée avec plus de sévérité<sup>206</sup>. Il a ainsi été jugé que « l'entrepreneur spécialiste surclasse l'entrepreneur général et le promoteur dans la sphère de sa spécialité. Il a l'obligation de résister à des injonctions contraires aux règles de son art et, à tout le moins, de formuler expressément les réserves qui s'imposent en pareil cas »<sup>207</sup>.

La nécessité, pour l'entrepreneur principal qui souhaite obtenir la condamnation de son sous-traitant, d'établir l'existence d'une faute dans le chef de ce dernier a pour conséquence que l'entrepreneur pourrait répondre de certains faits à l'égard du maître de l'ouvrage sans pouvoir engager la

<sup>201</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 638, n° 258.

<sup>202</sup> A. DELVAUX, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », op. cit., p. 55, n° 47.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 15, n° 9.

<sup>204</sup> Cass., 15 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 789.

<sup>205</sup> Bruxelles, 28 octobre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 312.

<sup>206</sup> A. DELVAUX, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », op. cit., pp. 54-55, n° 47.

<sup>207</sup> Bruxelles, 16 novembre 2001, *Res jur. imm.*, 2002, p. 68, cité par B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 639, n° 258.

responsabilité du sous-traitant, auteur de ces faits. Nous avons en effet vu<sup>208</sup> que l'entrepreneur principal pourrait, selon certains, répondre des faits non fautifs des personnes qu'il s'est substituées lorsqu'ils ont entraîné une inexécution de l'obligation contractuelle dont il est débiteur à l'égard du maître d'ouvrage. Il en résulterait qu'en pareille hypothèse, à défaut de faute dans le chef de son sous-traitant, l'entrepreneur ne pourra obtenir sa condamnation à exécuter la prestation défaillante ou à l'indemniser des débours qu'il aura dû exposer pour réparer le préjudice subi par le maître de l'ouvrage.

**57. Relativité et autonomie des conventions.** Les contrats d'entreprise principale et de sous-traitance sont deux conventions distinctes et autonomes. Il en résulte notamment que la réception des travaux confiés par l'entrepreneur principal au sous-traitant a lieu indépendamment de la réception de l'entreprise générale par le maître de l'ouvrage<sup>209</sup>. Or, la réception des travaux sous-traités a généralement lieu antérieurement à la réception de l'ensemble de l'ouvrage. Comme le souligne B. Kohl, ceci peut avoir au moins deux conséquences :

- si l'entrepreneur principal a déjà réceptionné – éventuellement tacitement – les travaux réalisés par son sous-traitant et que le maître de l'ouvrage refuse ensuite d'agréer les mêmes travaux, l'entrepreneur principal ne pourra plus se retourner contre le sous-traitant pour les défauts d'exécution qu'il n'a pas dénoncés<sup>210</sup> ;
- puisque les actions en responsabilité contractuelle pour les défauts affectant l'ouvrage (notamment la responsabilité décennale sur pied de l'article 1792 de l'ancien Code civil) prennent cours lors de la réception, si les réceptions des travaux sous-traités et de l'ensemble de l'ouvrage ont lieu à des moments distincts, il se peut que, lorsque l'entrepreneur voit sa responsabilité engagée par le maître de l'ouvrage, son action à l'encontre de son sous-traitant soit prescrite.

Pour éviter pareils écueils, l'entrepreneur veillera à insérer, dans le contrat de sous-traitance, une clause prévoyant que la réception des travaux sous-traités aura lieu en même temps que la réception de l'ensemble de l'ouvrage<sup>211</sup>.

<sup>208</sup> Voy. *supra*, n° 20.

<sup>209</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 655, n° 267.

<sup>210</sup> Sauf, comme le souligne l'auteur, si le défaut constitue un vice caché que l'entrepreneur principal n'aurait pas pu déceler lors de la réception des travaux sous-traités ou relève de la responsabilité décennale du sous-traitant.

<sup>211</sup> A. DELVAUX, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », *op. cit.*, p. 55.