

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Deux questions en matière de solidarité

Cataldo, Andréa; Nouncke, Marie

Published in:

Théorie générale des obligations et contrats spéciaux

Publication date:

2016

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Cataldo, A & Nouncke, M 2016, Deux questions en matière de solidarité: ses aménagements conventionnels et la portée du recours contributoire. dans *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux: questions choisies*. Commission Université-Palais, numéro 168, Larcier, Bruxelles, pp. 293-331.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

7

DEUX QUESTIONS EN MATIÈRE DE SOLIDARITÉ : SES AMÉNAGEMENTS CONVENTIONNELS ET LA PORTÉE DU RECOURS CONTRIBUTOIRE

Andrea Cataldo
assistant à l'UNamur
avocat

Marie Nounckele
assistante à l'UNamur

Sommaire

Introduction	294
Section 1	
Les conventions sur la solidarité	294
Section 2	
La portée des recours contributoires	312
Conclusion	329

Introduction

1. La solidarité, entendue comme modalité de l'obligation à pluralité de sujets, est intégrée par la doctrine à la théorie générale du contrat et donc, plus largement, des obligations¹. Dans un sens large, elle comprend l'obligation *in solidum*, qui « tend à n'être qu'une variété de la solidarité »². Le thème révèle une quantité de problématiques impressionnante, tant l'intervention simultanée de plusieurs personnes à un acte ou un fait juridique est fréquente et traverse les domaines. Nous avons choisi de nous pencher sur deux aspects spécifiques, qui, en fin de compte, pourraient contribuer à critiquer l'opportunité de la distinction entre obligations solidaires et *in solidum*. Le premier ne semble pas avoir déjà fait l'objet d'une étude d'ensemble : il s'agit du rôle du contrat (de la volonté des parties) dans le recours ou la renonciation à la solidarité (*infra*, sect. 1). Le fait qu'il touche tant au stade de l'obligation à la dette qu'à celui de la contribution justifie que nous en parlions pour commencer. Le deuxième, bien que plus classique, reste le siège d'un flou à éclaircir : l'étendue du recours contributoire, question par ailleurs assez peu posée lorsqu'il s'agit de solidarité au sens strict (*infra*, sect. 2).

Section 1

Les conventions sur la solidarité

2. **Le principe de division des dettes plures.** Notre droit commun de l'obligation à sujets multiples est régi par le principe de l'obligation conjointe. Selon l'article 1202 du Code civil « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi »³.

À côté des interventions législatives de plus en plus nombreuses, la pratique contractuelle a toutefois contribué à transformer en exception la règle que les auteurs du Code civil avaient en tête. C'est pourquoi nous nous intéressons dans un premier temps à l'établissement conventionnel de la solidarité. Comment la solidarité est-elle organisée au début de la

1. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I, 4^e éd., PUF, 2016, nos 139-141 ; J.-M. Mouseron, *Technique contractuelle*, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 1999, pp. 208 et s.
2. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 2003, n° 1275.
3. La référence à une stipulation expresse laisse entendre que le principe de division est propre au domaine conventionnel. Quand elle ne trouve pas son origine dans la volonté des parties, l'obligation plures serait plutôt, par principe, une obligation au tout (cf. la responsabilité *in solidum* et les régimes de solidarité légale), voy. L. AYNÈS et A. HONTEBEYRIE, « Pour une réforme du Code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire », *Rec. Dalloz*, 2006, C., p. 331.

relation entre parties à un acte (*infra*, A.)? À l’opposé, on peut s’interroger sur la possibilité de déroger à une solidarité imposée ou à une potentielle responsabilité *in solidum* (*infra*, B.). Une fois la solidarité acceptée, nous verrons les moyens d’en atténuer les effets (*infra*, C.). Nous dirons enfin un mot du contournement de la solidarité au sens strict par ses deux institutions voisines, l’*in solidum* et l’indivisibilité (*infra*, D.).

A. La mise en place de la solidarité

3. Le contrat comme source de solidarité. Le fondement de l’obligation solidaire réside dans une communauté d’intérêts entre coobligés, soit cocréanciers (solidarité active) soit codébiteurs (solidarité passive). Mais cette communauté d’intérêts doit encore trouver appui dans une source technique de solidarité: la loi, un principe général de droit, la coutume ou le contrat^{4 5}. En ce qui concerne ce dernier, on a vu se multiplier au fil du temps les clauses de style stipulant une solidarité.

Il est fréquent de voir les parties instaurer une solidarité là où le législateur ne l’a pas envisagée. Cela va de l’hypothèse de la colocation dans un contrat de bail classique aux opérations d’envergure, comme la réalisation en consortium d’un grand marché de travaux⁶. Dans d’autres domaines, de telles clauses sont plus rares. Les statuts de copropriété ne comportent généralement pas de clauses de solidarité, alors qu’ils pourraient la prévoir entre copropriétaires et déroger ce faisant à l’article 577-2, § 9, du Code civil, selon lequel la contribution aux charges est fonction des quotes-parts respectives des copropriétaires⁷.

Sauf exception, une clause de solidarité n’est pas nécessaire lorsque l’adhésion volontaire à une institution implique un régime de solidarité légale des participants: ainsi de celui qui s’associe dans une société en

4. P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *Sources des obligations*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1827.
5. L’obligation *in solidum* n’est pas marquée par pareille exigence. Ses sources peuvent être complètement différentes. D’origine jurisprudentielle, elle résulte des circonstances de fait d’une situation donnée, notamment en présence de fautes concurrentes de tiers à l’origine d’un même dommage. Comme telle, l’obligation *in solidum* s’impose aux personnes concernées, sans qu’une manifestation de volonté quelconque n’y ait présidé: «L’article 1202 du Code civil concerne uniquement la solidarité conventionnelle; il ne s’applique pas aux obligations qui, résultant d’infractions, sont étrangères à toute convention», Cass., 11 décembre 1992, R.G. n° 9300.
6. E. CARTON DE TOURNAI, «La co-responsabilité forcée, un développement inquiétant pour l’entreprise», *Liber amicorum Commission Droit et Vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 145.
7. C. MOSTIN, «Copropriété et solidarité: comment concilier ces deux notions», *For. imm.*, 2015/3, p. 7.

commandite simple ou une société en nom collectif. C'est alors indirectement, par ce phénomène d'adhésion, que la solidarité est acceptée⁸.

Parfois encore, il s'agit de compléter une solidarité légalement organisée. Les statuts d'une société momentanée peuvent par exemple prévoir une solidarité délictuelle à côté de la solidarité contractuelle découlant de l'article 53 du Code des sociétés⁹.

4. Pas de stipulation expresse requise... Il est généralement admis que la solidarité peut être déduite des circonstances d'espèce et de la commune intention des parties, pourvu qu'elle soit certaine et non équivoque¹⁰. C'est là une première contradiction apparente avec l'article 1202, qui parle de stipulation expresse. Ce n'est en fait que dans des cas exceptionnels que la solidarité doit être exprimée au moyen d'une formule précisément fixée. Par exemple, le seul fait d'acquérir des parts dans une société coopérative à responsabilité illimitée ne suffit pas à conférer la qualité d'associé impliquant la solidarité. Conformément à l'article 357, § 3, du Code des sociétés, la signature du cessionnaire dans le registre des parts nominatives doit être précédée de la mention « bon pour engagement illimité et solidaire »¹¹.

Il faut être attentif aux circonstances dans lesquelles, bien qu'elle ait été préalablement prévue, la solidarité ne survit pas et qu'il est donc nécessaire d'en repréciser la règle, le cas échéant au moyen d'une formule consacrée. Des codébiteurs à un contrat de bail restent tenus tant que dure le contrat; si l'un donne congé, il n'en sera pas moins codébiteur des nouvelles dettes, même si la perte de son intérêt à la location lui ouvre un recours contributoire pour le tout contre celui qui n'a pas délivré congé¹². La situation change en cas de renouvellement du bail. La reconduction vaut en effet conclusion d'un nouveau contrat¹³. Ainsi, la solidarité légale du cédant d'un bail commercial n'a d'effet que pour la période locative

8. E. CARTON DE TOURNAI, « La co-responsabilité forcée, un développement inquiétant pour l'entreprise », *op. cit.*, p. 146.
9. C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *Obligations. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2007, p. 110.
10. H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., n° 314; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1829; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations: le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s., n° 23.
11. Cass., 30 octobre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 245, note L. LÉONARD et R. AYDOGDU. Comp. Cass., 3 avril 2014, *Pas.*, 2014, n° 262; Cass., 18 novembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 886.
12. J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, « Le régime des créances et des dettes », in *Traité de droit civil* (J. GHESTIN dir.), Paris, L.G.D.J., 2005, p. 259, citant Cass. fr. (civ.), 8 novembre 1995, *Bull. civ.*, III, n° 220: « en s'engageant solidairement, le locataire (débiteur) a participé à un acte collectif; il s'est obligé aux côtés de son colocataire envers le bailleur au paiement d'une même chose (loyer et charges) ».
13. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, p. 363, n° 946.

en cours, et n'a plus lieu en cas de renouvellement¹⁴. De même, le contrat de cautionnement solidaire prendra fin avec la convention cautionnée. À ce moment-là, la liberté contractuelle est à nouveau entière : le nouveau contrat pourra être identique ou différer sensiblement du contrat initial. On touche donc ici aux limites de l'engagement, que la solidarité ait été initialement stipulée ou non. Selon certains, « le contrat issu de la reconduction tacite emprunte à l'accord précédent toutes ses dispositions », à l'exception de la durée¹⁵. À partir de l'article 1740 du Code civil (« Dans le cas des articles 1738 et 1739, les obligations de la caution ne s'étendent pas aux obligations résultant du bail reconduit »¹⁶), on peut dire que le caractère plural de l'obligation tombe également. On ne saurait en effet contraindre une partie à participer à un nouvel acte juridique. S'agissant d'un bail de résidence principale de courte durée tacitement reconduit, la Cour de cassation considère toutefois qu'il ne s'est en réalité jamais éteint et continue à sortir ses effets. L'article 1740 ne trouverait dès lors plus à s'appliquer et, sauf stipulation expresse, la caution restera tenue au-delà de la période initiale¹⁷.

5. ... mais une interprétation restrictive. *De lege lata*, le principe reste celui de l'obligation conjointe. La solidarité étant l'exception, son application est d'interprétation stricte : si son fondement n'est pas prouvé à suffisance, elle ne peut être accordée¹⁸.

La jurisprudence semble parfois le perdre de vue. On ne devrait normalement pas prononcer la condamnation *solidaire* d'un assureur de responsabilité et de son assuré au seul prétexte qu'ils sont tous les deux tenus de réparer l'intégralité du dommage subi par le tiers lésé¹⁹.

Que penser alors de la décision suivante, certes déjà ancienne : « bien que les honoraires soient essentiellement divisibles, le rapport en fonction duquel ils sont considérés dans l'obligation, à savoir la rétribution d'une prestation essentiellement indivisible, rend impossible l'exécution partielle de la dette d'honoraires, de telle sorte que le notaire peut en

14. I. DURANT, « Quelques principes à propos des obligations plures et matière de bail », *Act. jur. baux*, 2000, p. 99 ; Cass., 6 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 603 ; Cass., 31 janvier 2002, *Pas.*, 2002, p. 282.
15. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 947.
16. Les parties peuvent y déroger en s'engageant « irrévocablement pour toute la durée de la convention et de ses renouvellements éventuels », voy. Liège, 3 septembre 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 289.
17. Cass., 16 septembre 2013, R.G. n° C.11.0511.F ; M. MARÉCHAL, « Le cautionnement dans le cadre d'un bail de résidence principale », *For. imm.*, 2015/3, p. 8.
18. Cass., 5 décembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 428 et notes ; *R.C.J.B.*, 1977, p. 469 et note J. DECLERCK-GOLDFRACHT ; S. VAN BREE, « Les contours de l'obligation solidaire », *Cah. jur.*, 2013, p. 115.
19. J. GHESTIN e.a., « Le régime des créances et des dettes », *op. cit.*, p. 254, citant Cass. fr., 31 mai 1960, *Bull. civ.*, II, n° 362. La condamnation *in solidum* de l'assureur avec son assuré nous semble également poser des questions qui dépassent toutefois notre sujet.

réclamer l'entièreté à chacune des parties»²⁰. Ce recours à l'indivisibilité permet de contourner, de façon quelque peu artificielle, le prescrit de l'article 1202 et de combler l'absence d'une clause de solidarité en bonne et due forme. La référence au « rapport en fonction duquel les obligations sont considérées » semble d'autant plus critiquable lorsqu'on lit par ailleurs que « la solidarité passive ne peut se déduire d'une clause de solidarité active »²¹, et inversement. En France, des décisions ont pourtant été dans le même sens, en considérant par exemple que plusieurs employeurs, usant conjointement d'un lien de subordination à l'égard d'une même personne, étaient, de ce seul fait, solidairement débiteurs du paiement des salaires²².

6. Détermination des parts contributoires et de l'éventuelle caution.

La convention peut également servir à anticiper le débat sur la part de chaque coobligé dans la contribution à la dette. « Il appartient aux opérateurs de choisir selon le taux d'engagement qu'ils attendent de chacun au cas, essentiellement, de défaillance d'une personne partageant avec d'autres la même position contractuelle »²³. La répartition des quotes-parts dans une copropriété remplit cet objectif par rapport aux dettes de l'association des copropriétaires. Cette stipulation, que l'on retrouve volontiers en matière de solidarité active, est étrangère à l'obligation à la dette. Ce n'est qu'à défaut de mention qu'il est recouru à un partage en fonction de l'intérêt de chacun à l'obligation. Cela peut être, par exemple, en fonction des occupations inégales d'un immeuble par plusieurs colocataires, ou en fonction des parties réciproques d'un chantier réalisées par des entrepreneurs cotraitants conjoints²⁴.

La pratique témoigne parfois de clauses malheureuses, au terme desquelles une répartition est prédéfinie entre codébiteurs, alors que, dans les faits, l'un d'entre eux n'a aucun intérêt personnel à l'opération. Ainsi d'une clause d'ordre dans une offre de crédit, selon laquelle chaque

20. Bruxelles, 27 février 1960, *J.T.*, 1961, p. 10; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 149. Il semble que le même type de raisonnement est parfois tenu par des juges de paix soucieux d'éviter une division du paiement des loyers, en établissant la corrélation avec l'obligation indivisible du bailleur de mettre le bien à disposition.
21. J. GHESTIN e.a., « Le régime des créances et des dettes », *op. cit.*, p. 254. Ces auteurs citent encore la Cour de cassation française : « que la solidarité ne s'attache de plein droit ni à la qualité d'indivisaire, ni à la circonstance que l'un d'eux ait agi comme mandataire des autres, ni à celle que chacun d'eux aurait tiré personnellement profit du mandat » (p. 255).
22. Alors que les employeurs en question n'avaient pas la qualité de commerçant qui aurait permis de retenir une solidarité coutumière (Cass. (soc.), 6 février 1974, *Bull. civ.*, V, n° 96; 1^{er} février 1961, *Bull. civ.*, IV, n° 146; 16 mars 1939, *S.*, 1939, 1, p. 261).
23. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, p. 207, n° 463.
24. Même si cela est plus rare, la répartition de la dette de responsabilité peut aussi faire l'objet d'une convention entre les coresponsables.

emprunteur encaisse la moitié du crédit, même s'ils se reconnaissent tenus solidairement pour le tout. Il a été décidé qu'une telle disposition n'a aucun intérêt lorsque, dans les faits, l'un des débiteurs n'emprunte pas un euro pour lui et n'encaisse pas un euro du prêt en tant que tel²⁵. Il n'est donc pas impossible que le juge s'écarte de la répartition convenue et qu'il corrige la liberté conventionnelle selon la volonté et la situation réelles des parties.

Celles-ci peuvent d'ailleurs prendre l'initiative de n'ériger l'une d'entre elles qu'en qualité de garante²⁶ : autrement dit, il est convenu qu'elle n'assumera aucune charge finale et pourra exercer un recours pour le tout contre le(s) débiteur(s) intéressé(s). C'est la technique de la solidarité-sûreté prévue à l'article 1216 du Code civil, très fréquente pour faciliter le crédit et l'emprunt. Le coobligé ne pourra pas soulever pour autant les bénéfices de discussion, division et subrogation propres à la caution.

7. La caution diffère sensiblement de l'obligation solidaire en ce qu'elle est un contrat distinct de l'obligation principale, et se caractérise par son caractère accessoire. À l'exception notable du cautionnement à titre gratuit (C. civ., art. 2043^{quinquies}), ce contrat n'est soumis en principe à aucune règle de forme : comme la solidarité, s'il « doit être exprès » (art. 2015), il est seulement exigé qu'il soit certain et non équivoque²⁷. Mais on sait également qu'aucun des bénéfices offerts à la caution n'est impératif²⁸. Qu'elle y renonce est d'ailleurs devenu une clause de style, rapprochant par-là cette institution de la solidarité.

Le rapprochement est plus radical en cas de cautionnement solidaire, expressément envisagé par le Code civil (art. 2021) et qui est devenu, pour ainsi dire, le droit commun du cautionnement²⁹. La caution conserve tous ses droits de recours envers le débiteur principal, tout en étant assimilée à un débiteur solidaire au stade de l'obligation à la dette. Seul subsiste, sauf convention contraire, le bénéfice de subrogation, permettant à la caution d'être libérée lorsque le créancier a compromis ses droits envers le débi-

25. Liège, 3 avril 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 343.

26. I. DURANT, « Quelques principes à propos des obligations plures et matière de bail », *op. cit.*, p. 99 : « La solidarité passive est ainsi utilisée à titre de garantie » ; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 141.

27. Cass., 27 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1642 ; F. T'KINT, *Sûretés*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 367, n° 736.

28. Sous réserve de lois particulières, comme les dispositions issues de l'ancienne loi du 12 août 1991 relative au crédit à la consommation, qui interdisent, de manière impérative, l'interpellation de la caution tant que le retard de paiement du débiteur principal n'excède pas une certaine mesure (actuel art. VII.111 du C.D.E.).

29. On parle d'une proportion de 9 sur 10, la convention de solidarité étant devenue clause de style dans les contrats avec les banques (F. T'KINT, *Sûretés*, *op. cit.*, p. 398, n° 398).

teur principal³⁰. Une nuance de taille toutefois: en matière de cautionnement à titre gratuit, la solidarité est réputée non écrite (art. 2043ter).

8. Il n'est pas toujours aisé de démêler la nature des engagements des uns et des autres et un travail d'interprétation est parfois nécessaire. Comme la convention doit en règle être interprétée en faveur de celui qui contracte l'obligation, dans le doute, c'est la qualification de caution qui devrait l'emporter³¹. La conclusion sera la même si l'on se base sur les dispositions du Code de droit économique, qui consacrent désormais l'interprétation la plus favorable au consommateur (voy. *infra*, n° 16).

9. **Pactes de garantie.** Un recours pour le tout peut également être fondé sur une convention prévoyant la garantie de l'un des coauteurs par l'autre ou plusieurs autres en cas de responsabilité *in solidum*³². À nouveau, cela ne touche pas à l'obligation à la dette. L'exemple type est celui du cahier des charges au terme duquel l'entrepreneur garantit le maître d'ouvrage pour les éventuels troubles de voisinage occasionnés par le chantier. Le fait que la responsabilité garantie soit d'ordre public ne fait pas obstacle à de tels pactes, ce qui les distingue des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilités (*infra*, n° 11). Comme ils n'ont pas d'effet envers la victime, il n'y a aucune raison de les interdire³³.

On peut dire de ces mécanismes de garantie qu'ils sont « d'une importance croissante dès lors que le problème du transfert de charge se libère d'une "culture de la faute" et lui substitue un souci de gestion des risques »³⁴.

10. **Détermination d'autres modalités de l'obligation.** Au-delà de l'objet de la dette qui doit être le même, les parties peuvent librement convenir d'éventuelles modalités variant d'un coobligé à l'autre, en assor-

30. F. T'KINT, *Sûretés*, *op. cit.*, p. 400, n°s 806-807. Les créanciers cherchent généralement à contourner cet effet non désiré. Les organismes de crédit ont par exemple pris le pli de conditionner l'octroi du crédit à l'acquisition, par la caution, d'une partie infime du bien immobilier grevé. Cela a pour conséquence de transformer la caution en un véritable codébiteur solidaire, pour autant bien entendu que la solidarité ait été stipulée dans l'acte de crédit, conformément à l'article 1202. La prudence impose aux parties de mesurer les répercussions, notamment fiscales, d'un tel engagement. Voy. H. RONLEZ et F. HOET, « Cautions à titre gratuit et à titre onéreux: quelle solidarité? », *For. imm.*, 2015/3, p. 6.
31. Mons, 8 février 2013, *J.L.M.B.*, 2015, p. 823; Civ. Liège, 21 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 224. En outre, c'est au créancier de démontrer que le cautionnement n'a pas été donné à titre gratuit.
32. C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 165; Cass., 6 octobre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 152.
33. « Il serait d'ailleurs paradoxal, sinon contradictoire, d'autoriser l'assurance de telles responsabilités, mais d'interdire qu'elles fassent l'objet de clauses de garantie », P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 1737-1738, spéc. p. 1738; Cass., 7 septembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 32, note W.G.
34. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, p. 547, n° 1460.

tissant par exemple les obligations respectives d'un terme ou d'une condition³⁵.

Le créancier ne saurait ainsi poursuivre celui de ses débiteurs dont l'engagement n'est pas exigible ou est assorti d'une condition suspensive non encore réalisée³⁶. Il s'agira d'autant d'exceptions purement personnelles, opposables au créancier par le(s) seul(s) débiteur(s) concerné(s). En tempérant quelque peu la solidarité convenue ou imposée, elles auront pour effet de permettre à ce(s) dernier(s) d'échapper (en tout cas pour un temps) au paiement. Et inversement, s'il s'agit d'une exception favorable au créancier (ex. déchéance du terme dans le chef d'un codébiteur uniquement).

La convention peut encore déterminer, entre codébiteurs, les modalités d'exercice du recours contributoire ou les interventions en cas de procédure en justice. Tel est souvent le cas dans les conventions de sociétés momentanées³⁷. On touche déjà là aux possibilités de dérogation à la solidarité, ou à l'organisation de ses conséquences. À ce niveau comme pour les aspects abordés jusqu'ici, la liberté contractuelle demeure la règle. Comme nous allons le voir, sa limite essentielle tient au respect de l'ordre public et de l'exigence de licéité de la cause.

B. La dérogation à la solidarité ou à l'*in solidum*

11. Il n'est pas étonnant que les parties à un acte juridique cherchent à échapper aux conséquences non désirées de la solidarité, dont les hypothèses légales ne cessent de se multiplier. Le problème est le même pour les participants à un même projet³⁸ qui, par le jeu de la responsabilité *in solidum*, pourraient être amenés à supporter le risque de l'activité de tiers sur laquelle ils n'ont pas ou peu d'emprise. Il s'agit donc d'annoncer dès le départ qu'il n'y aura pas de solidarité ou de responsabilité *in solidum* entre les intervenants.

12. Rappel des principes. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont normalement valides. La jurisprudence a cependant dégagé trois grandes limites : l'interdiction de s'exonérer de son dol (et de sa faute lourde, sauf stipulation expresse), de vider le contrat de sa substance en portant atteinte à ses obligations essentielles, et enfin de déroger à l'ordre public et aux normes impératives. Cela vaut tant en matière

35. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 1826-1827.

36. J. GHESTIN e.a., « Le régime des créances et des dettes », *op. cit.*, p. 276.

37. G. FIEVET, « La solidarité et les sociétés momentanées », *For. imm.*, 2015/3, p. 3.

38. Ce n'est qu'en présence d'un projet commun que les parties pourraient avoir le réflexe d'organiser à l'avance les conséquences négatives d'un éventuel échec ; la responsabilité *in solidum* dépasse bien entendu largement ces situations.

contractuelle qu'extracontractuelle. Dès lors qu'il est admis qu'une limitation de responsabilité peut se traduire par une clause portant sur les modalités de l'obligation, cette question nous intéresse.

Les deux premières exceptions ne concernent pas notre sujet. La solidarité ne nous semble pas pouvoir constituer l'obligation essentielle d'un contrat, puisqu'il s'agit simplement d'une caractéristique de l'obligation. La troisième est la véritable limite à interroger.

13. Application à la solidarité. Il est permis de stipuler qu'il n'y aura pas de solidarité alors que celle-ci est légalement prévue, pour autant que la solidarité en question ne soit pas d'ordre public. Dans ce cas, la clause doit être explicite. « Dès lors que [la solidarité] ne repose pas sur une présomption de volonté des débiteurs, elle s'impose sans qu'ils puissent l'écarter par une manifestation de volonté unilatérale. (...) Néanmoins, à défaut de disposition contraire, (...), le créancier doit pouvoir renoncer au bénéfice de la solidarité »³⁹. Tout dépend de la source de solidarité. Si la question de la dérogation à une solidarité conventionnelle ne se pose pas, il en va différemment quand le fondement réside dans la loi ou un principe général de droit.

Sont par exemple autorisées :

- les dérogations à la présomption de solidarité entre commerçants. Cette solidarité d'origine coutumière n'est ni d'ordre public ni impérative⁴⁰;
- les modalisations, voire l'exclusion de la solidarité contractuelle des associés d'une société momentanée. Une telle stipulation doit être prévue au cas par cas dans les différents contrats particuliers conclus avec les tiers⁴¹, une simple manifestation unilatérale de volonté, dans la convention d'association momentanée ou ailleurs, étant bien sûr inopérante. Le même raisonnement vaut pour le régime de responsabilité des fondateurs de sociétés (C. soc., art. 60)⁴²;
- les « désolidarisations » des administrateurs et gérants de sociétés pour la responsabilité découlant de la violation du Code des sociétés ou des statuts⁴³;
- les clauses libérant le cédant en cas de cession de bail commercial;

39. J. GHESTIN e.a., « Le régime des créances et des dettes », *op. cit.*, p. 261.

40. Cass., 25 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 204. Notons que cette présomption réfragable est parfois écartée par la loi elle-même, par exemple en matière de coassurance (L. 4 avril 2014 relative aux assurances, art. 82).

41. Bruxelles, 8 novembre 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 155.

42. G. FIEVET, « La solidarité et les sociétés momentanées », *op. cit.*, p. 2.

43. C. soc., art. 528, al. 2 (S.A.), art. 263, al. 2 (S.P.R.L.), art. 408, al. 3 (S.C.R.L.); voy. C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 118.

- les clauses de non solidarité entre les co-mandants à l'égard de leur mandataire (C. civ., art. 2002).

Par contre, ne souffrent pas de dérogation :

- la solidarité des employeurs pour le paiement des cotisations sociales, rémunérations, indemnités et avantages qui découlent du contrat, dans le cadre de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs (art. 31, § 4);
- la responsabilité solidaire et illimitée entre associés pour les dettes sociales d'une société en nom collectif, dont elle constitue une caractéristique essentielle⁴⁴;
- les statuts d'une société anonyme, qui ne peuvent déroger à la solidarité des fondateurs (C. soc., art. 496);
- la solidarité des architectes *entre eux* et des entrepreneurs *entre eux* pour leur responsabilité décennale (C. civ., art. 1792)⁴⁵;
- la solidarité entre producteurs d'un produit défectueux (L. 25 février 1991, art. 9 et 10). Celle-ci pose des questions intéressantes. Il est curieux que le législateur ait élevé au rang de solidarité une situation qui, à première vue, présente toutes les caractéristiques de l'*in solidum*. Par ailleurs, et le problème est commun à tous les régimes de solidarité légale, on peut se demander comment s'organisera, au stade contributoire, la répartition entre codébiteurs (*infra*, n° 38);
- la solidarité entre assureurs vis-à-vis de l'utilisateur faible, sur la base de l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 (les mêmes remarques sont valables).

De manière générale, on observe qu'il est possible d'échapper à la solidarité lorsque celle-ci a uniquement pour but d'infléchir un comportement. Les mêmes régimes permettent d'ailleurs souvent d'échapper aux conséquences de la solidarité moyennant le respect de certaines conditions (ex. dans le secteur immobilier, retenues et versements par le donneur d'ordre pour les dettes fiscales ou sociales de l'entrepreneur⁴⁶). En revanche, « là où elle est conçue comme sanction, la responsabilité solidaire s'imposera sans autre alternative ni possibilité de dispense »⁴⁷.

44. C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 112.

45. Pour la relation entre architectes et entrepreneurs, *infra*, n° 13.

46. Art. 30*bis* de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs; art. 400 du C.I.R. 92; L.-progr. 29 mars 2012, *M.B.*, 6 avril 2012; L.-progr. 10 août 2015, *M.B.*, 18 août 2015, art. 18 et 19; P.-Ph. HICK, « Responsabilité solidaire en matière de dettes fiscales et sociales », *For. imm.*, 2015/3, p. 1; R. SIMAR, « La responsabilité solidaire pour les dettes sociales et fiscales: du sous-traitant au maître de l'ouvrage », *Les Pages*, 2016/8, p. 2.

47. E. CARTON DE TOURNAI, « La co-responsabilité forcée, un développement inquiétant pour l'entreprise », *op. cit.*, p. 152.

Il se conçoit d'ailleurs difficilement de négocier avec le créancier public concerné une dérogation au régime légal de solidarité. Mais les propos doivent toujours être tempérés et les choses analysées au cas par cas, car « chaque fois que les lois d'intérêt public défendent des intérêts particuliers (...) la renonciation ne saurait être prohibée de manière aussi rigoureuse »⁴⁸.

Une exclusion de la solidarité ne suffira pas, comme telle, pour échapper à une éventuelle responsabilité *in solidum* des coobligés, possible tant en matière délictuelle que contractuelle, si les conditions sont réunies.

14. Application à la responsabilité *in solidum* : le cas de la garantie décennale. Des limites analogues sont retenues en cas d'obligation *in solidum*. Un exemple parlant et dernièrement débattu nous servira d'illustration⁴⁹.

Les architectes et entrepreneurs ne sont pas soumis à un régime de solidarité, « car ils ont des missions différentes et n'ont donc pas l'intérêt commun qui justifie la solidarité »⁵⁰. Comme tout un chacun, leurs fautes concurrentes sont par contre susceptibles d'entraîner leur responsabilité *in solidum*. Sous l'impulsion notamment des assureurs des architectes, la pratique a développé des clauses excluant ce caractère *in solidum* en cas de condamnation.

Par un arrêt du 5 septembre 2014, la Cour de cassation a décidé que « [l]a clause en vertu de laquelle l'architecte, en cas de faute concurrente avec celle de l'entrepreneur, n'est redevable de dommages et intérêts au maître de l'ouvrage qu'à concurrence de sa part dans la réalisation du dommage, implique une limitation de la responsabilité de l'architecte à l'égard du maître de l'ouvrage sur la base de l'article 1792 du Code civil et, dans cette mesure, est contraire à l'ordre public. Le moyen qui invoque qu'une exclusion contractuelle de la responsabilité *in solidum* n'est jamais contraire à l'ordre public, même lorsqu'il s'agit d'une responsabilité fondée sur l'article 1792 du Code civil, dès lors que la responsabilité *in solidum* est fondée sur la théorie de l'équivalence des conditions et que celle-ci n'est pas d'ordre public, manque en droit »⁵¹. *A contrario*, de telles clauses demeurent valables lorsque la responsabilité visée n'est pas d'ordre public (responsabilité pour vices cachés véniels, par exemple).

48. J.-D. BREDIN, « Les renonciations au bénéfice de la loi », *J.T.*, 1960, p. 496 ; Cass., 16 mai 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 301.

49. Pour un autre exemple, on aurait pu citer le caractère inopérant des clauses limitatives de la responsabilité pour vices cachés en présence d'un vendeur professionnel, voy. Bruxelles, 4 octobre 2010, *J.L.M.B.*, 2014, p. 200.

50. P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1831.

51. Cass., 5 septembre 2014, R.G. n° C.13.0395.N, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1627. La jurisprudence antérieure, en ce compris celle des cours d'appel de Liège, Mons et Bruxelles, n'allait pas dans ce sens.

Certains auteurs ont critiqué cette décision. En effet, la Cour avait antérieurement rappelé, en 2001, que le régime prétorien de la responsabilité *in solidum* n'était ni impératif ni d'ordre public⁵² et c'est, selon eux, à ce principe jurisprudentiel qu'il s'agit de déroger⁵³.

Ce point de vue nous semble cependant méconnaître la nature de la responsabilité *in solidum*, gouvernée par l'exigence de dommage unique. «Chacun des auteurs d'une faute sans laquelle le dommage ne se serait pas produit, tel qu'il s'est produit, est tenu envers la victime à la réparation intégrale de ce dommage»⁵⁴. Autrement dit, la circonstance que la faute d'un tiers a contribué au dommage n'énervé en rien l'idée que chaque faute a, par elle-même, causé tout le dommage. La responsabilité qui en découle est donc pleine et entière, et toute disposition qui aurait pour effet de diviser le recours du créancier ne saurait être vue que comme une limitation de responsabilité. La question de savoir dans quelle mesure chaque faute a contribué au dommage ne doit être posée qu'au seul niveau de la contribution à la dette⁵⁵. Si l'article 1792 est en jeu, c'est donc bien d'une limitation – interdite – d'une responsabilité d'ordre public qu'il s'agit⁵⁶. Le créancier ne peut ainsi concéder une renonciation de façon anticipative. Et affirmer que, par la clause incriminée, le maître d'ouvrage ne faisait que revenir au principe de «la divisibilité de plein droit de la dette lorsque celle-ci repose sur plusieurs débiteurs»⁵⁷ n'est pas correct, le principe de division ne valant qu'en matière de solidarité.

«Un premier moyen de réduire les conséquences de la responsabilité *in solidum* est d'identifier chaque faute et d'isoler le dommage causé par chacune d'elle»⁵⁸; mais s'il faut conclure à un dommage unique, le caractère *in solidum* assortit sans exception toute responsabilité d'ordre

52. Cass., 27 février 2001, R.G. n° P.99.0687.N, R.G.A.R., 2003, n° 13571; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, «Obligations à sujets multiples», *op. cit.*, p. 156.
53. L.-O. HENROTTE, «La clause d'exclusion de la responsabilité *in solidum*: l'arrêt polémique de la Cour de cassation», *For. imm.*, 2015/3, p. 5. Selon l'auteur, cette jurisprudence contradictoire violerait l'article 6 de la C.E.D.H., d'après l'enseignement récent de la Cour européenne des droits de l'homme.
54. Cass., 28 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 132; Cass., 18 février 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 697; Cass., 19 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 496; Civ. Liège, 23 février 2004, R.G. n° 98/1564/A, www.cass.be.
55. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1860.
56. *Ibid.*, p. 1717; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, «Les contrats spéciaux – Examen de jurisprudence (1976 à 1980)», *R.C.J.B.*, 1986, p. 355, nos 179 et s. et les réf. citées. Ce qui peut paraître paradoxal, c'est plutôt que la responsabilité civile n'est pas, en règle générale, d'ordre public.
57. L.-O. HENROTTE, «La clause d'exclusion de la responsabilité *in solidum*: l'arrêt polémique de la Cour de cassation», *op. cit.*, p. 5. *Contra*: P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1853: «Cette obligation [*in solidum*] échappe ainsi à la règle de base de la divisibilité des obligations».
58. T. HAILLOT et A. DELVAUX, «L'ordre public dans le contrat d'entreprise de construction: un principe méconnu», obs. sous Cass., 5 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1628; pour une application en ce sens Liège, 27 avril 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 15.

public. La contradiction entre les arrêts de la Cour de cassation de 2001 et 2014 n'est qu'apparente: « Elle a pris en compte l'autonomie contractuelle pour ce qui concerne l'obligation *in solidum*, tout en rappelant ses limites, à savoir le respect des dispositions d'ordre public ».

La matière est traversée par des considérations qui dépassent le cadre de notre exposé⁵⁹. On pourrait craindre que la menace d'une responsabilité *in solidum* ne mette à mal l'indépendance de l'architecte dans l'exercice de son devoir de contrôle. Au demeurant, le problème se posait de la même façon avant que la pratique des clauses d'exclusion ne s'installe. Mais, encore une fois, l'argument se heurte à la condition *sine qua non* de la responsabilité: l'architecte n'est jamais appelé à réparer que les conséquences de sa propre faute.

La nature de l'obligation assortie de la solidarité est donc déterminante dans la délimitation de la liberté des parties⁶⁰. La dernière illustration rappelle cependant qu'une autre piste permet, plus fondamentalement, d'éviter les effets non désirés de l'*in solidum*: discuter la condition de dommage unique, ce que les plaideurs ont souvent tendance à négliger.

15. Rapports de consommation. Qu'il s'agisse de déroger à la solidarité ou à une potentielle responsabilité *in solidum*, on aura également égard aux limitations propres aux relations entre entreprise et consommateur. À première vue, il paraît difficile de considérer que pareille dérogation serait à l'origine d'une « disproportion manifeste entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur », au sens de l'article I.8, 22°, du Code de droit économique. Dans certains contextes, la clause pourrait néanmoins être interdite et nulle, si elle rencontre une des hypothèses de la « liste noire » de l'article VI.83. On songe à toute diminution de la garantie légale des vices cachés en matière de vente (14°) ou à la limitation de 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 » (25°).

59. T. HAILLOT et A. DELVAUX, « L'ordre public dans le contrat d'entreprise de construction: un principe méconnu », *op. cit.*, p. 1633; L.-O. HENROTTE, « La clause d'exclusion de la responsabilité *in solidum*: l'arrêt polémique de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 5.

60. Des décisions avaient admis qu'une transaction entre le maître d'ouvrage et l'architecte ou l'entrepreneur, conclue sans réserve quant à un recours contre l'autre intervenant, éteignait également la dette dans le chef du coobligé *in solidum* vis-à-vis du maître de l'ouvrage (Bruxelles, 4 juin 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1109; Mons, 1^{er} décembre 1998, *J.L.M.B.*, 2001, p. 630; Liège, 30 mars 2007, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14535; voy. *infra*, n° 17 à propos de l'art. 1285 C. civ.). On peut s'interroger sur la compatibilité de la solution avec les derniers enseignements de la Cour de cassation. S'agissant ici d'une renonciation *a posteriori* et en connaissance de cause, soit à un moment où la protection légale est déjà acquise, il nous semble que la solution pourrait être maintenue.

C. Les aménagements postérieurs de la solidarité

16. Le principe est le suivant : les actes accomplis individuellement par chaque coobligé ne peuvent jamais nuire aux autres. À cet égard, on aura à l'esprit que « les solutions particulières du Code ne peuvent suffire à résoudre toutes les questions que suscite l'exercice par un créancier solidaire de ses droits de créancier »⁶¹.

17. Remise de solidarité. « La remise de solidarité est la convention par laquelle le créancier renonce à se prévaloir des effets de la solidarité, soit vis-à-vis de tous les codébiteurs solidaires, soit à l'égard de certains d'entre eux »⁶². Dans le chef du débiteur qui en bénéficie, cela a pour effet de rendre la dette conjointe. Si la désolidarisation du débiteur est consentie suite au paiement de sa part personnelle, les autres codébiteurs sont libérés à due concurrence (art. 1210).

L'article 1215 du Code civil tempère cet effet dans la répartition du risque d'insolvabilité d'un des débiteurs solidaires. Si l'insolvabilité est postérieure au paiement libératoire fait au créancier, la solidarité survit. À défaut, la situation des codébiteurs solidaires s'en trouverait alourdie. Selon la Cour de cassation, ce tempérament tombe toutefois en cas de remise totale de solidarité⁶³.

Le terme « désolidarisation » se voit malencontreusement utilisé, dans la pratique bancaire et notariale, dans un sens tout autre que celui de sa définition juridique. Lorsque, dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce, le codébiteur d'un crédit demande à être « désolidarisé » par la banque, il souhaite en réalité obtenir une remise de dette pure et simple, car il n'entend plus être tenu pour une quelconque part. Le risque est grand qu'un juge considère pourtant le terme utilisé comme clair et non susceptible d'interprétation, au détriment du débiteur concerné⁶⁴. Certains sont néanmoins d'avis que l'usage détourné du terme lui confère aujourd'hui un second sens et que les principes d'interprétation du Code civil pourraient venir au secours du débiteur « désolidarisé »⁶⁵. Dans les

61. J. GHESTIN e.a., « Le régime des créances et des dettes », *op. cit.*, p. 288.

62. P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1849; selon certains, cet acte juridique peut également être unilatéral (voy. R. MARCHETTI, « La notion de remise de dette et le régime instauré par l'article 1285 C. civ. », *J.T.*, 2014, p. 225).

63. Cass., 17 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, pp. 484 et s.; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 135.

64. Qui restera tenu de sa part, virile ou réelle selon l'appréciation, voy. *infra*, à propos de la remise de dette, le principe étant identique. Quant à l'autre codébiteur, si la banque souhaite qu'il reste tenu pour le tout, elle devra se prémunir en recueillant son accord, ce qui entraînera une novation par changement de débiteur. Voy. F. RENSON, « Incertitudes quant à la portée d'un accord de 'désolidarisation' et enjeux spécifiques en cas de solidarité-sûreté », obs. sous Mons, 20 janvier 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 487.

65. Application des articles 1156 et 1162 du Code civil.

contrats de consommation, la règle de l'interprétation la plus favorable au consommateur⁶⁶ devrait en toute hypothèse permettre de faire prévaloir le sens devenu ordinaire, du moins là où il est généralement usité. Mais « le fait que des consommateurs finissent par emprunter cette terminologie malheureuse dans d'autres contextes de remise de dette n'est pas à exclure »⁶⁷. On sera donc particulièrement attentif au moment de rédiger l'écrit formalisant la remise accordée. En réalité, la véritable remise de solidarité reste relativement rare dans la pratique.

18. Remise de dette. L'article 1285 du Code civil dispose : « La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers.

Dans ce dernier cas, il ne peut répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise ».

En consentant une remise de dette totale ou partielle, le créancier abandonne volontairement tout ou partie de ses droits contre son débiteur. Comme des études fouillées l'ont mis en évidence, la décharge, en principe « conventionnelle », peut également résulter d'un acte juridique unilatéral, dès lors que rien ne s'oppose à ce qu'il soit mis fin unilatéralement à une obligation⁶⁸. Aucune règle de forme particulière ne l'entoure, sauf si elle a lieu par testament, sous réserve des règles du droit commun de la preuve⁶⁹.

Pour contourner la présomption légale de l'alinéa 1^{er}, le créancier doit veiller à réserver *expressément* ses droits envers les codébiteurs non concernés par la décharge, faute de quoi ils seront tous libérés à concurrence de la remise. Le geste n'est pas anodin. Si cette précaution a été prise, la part réelle du débiteur libéré (ou la somme perçue de celui-ci si elle est supérieure à ladite part) sera défalquée des sommes encore à récupérer. C'est un effet de l'interdiction faite au créancier d'alourdir le sort

66. C.D.E., art. VI. 37, § 2.

67. F. RENSON, « Incertitudes quant à la portée d'un accord de 'désolidarisation' et enjeux spécifiques en cas de solidarité-sûreté », *op. cit.*, p. 492.

68. R. MARCHETTI, « La notion de remise de dette et le régime instauré par l'article 1285 C. civ. », *op. cit.*, p. 223 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 2196, n° 1601 ; H. JACQUEMIN, « Le point sur la novation, la confusion et la remise de dette », *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, CUP, vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 223.

69. « Dans le cadre de l'application de l'article 1285 C. civ., l'existence d'une remise de dette sera le plus souvent invoquée par les autres codébiteurs solidaires et la charge de la preuve de la remise leur incombera, conformément à l'article 870 C. jud. Étant des tiers, ils ne sont [toutefois] pas soumis au principe de la prééminence de la preuve écrite » (R. MARCHETTI, « La notion de remise de dette et le régime instauré par l'article 1285 C. civ. », *op. cit.*, p. 225).

des codébiteurs⁷⁰. Cette règle n'étant pas d'ordre public, les parties restent néanmoins libres d'y renoncer, laissant la créance exister en totalité.

Exemple de clause: « Par dérogation aux articles 1210 et 1285 du Code civil, la décharge d'un ou plusieurs crédités ou tiers-garants ne modifie pas le contenu des obligations des autres crédités ou tiers-garants qui restent tenus pour le tout, sans que la banque ne doive réserver ses droits à leur égard. Pareille décharge n'opère pas novation et l'ouverture de crédit reste garantie par les sûretés déjà constituées. La banque peut toutefois exiger que les sûretés soient reconstituées ou confirmées par celui ou ceux qui les ont constituées ».

19. L'application de la règle de l'article 1285 aux obligations *in solidum* a longtemps été discutée. Traditionnellement, l'extrapolation était admise en référence à l'identité des effets principaux de la solidarité et de la responsabilité *in solidum*⁷¹. Une doctrine minoritaire, rappelant que l'*in solidum* se caractérise par autant de dettes distinctes que de débiteurs, considérait au contraire « que la remise opérée par le créancier ne concerne que la dette du coobligé bénéficiaire et qu'elle ne libère par conséquent pas les autres coobligés »⁷².

Par un arrêt du 17 octobre 2014, la Cour de cassation s'est ralliée à cette seconde tendance⁷³. L'article 1285, alinéa 1^{er}, ne peut s'étendre par analogie au-delà des hypothèses de solidarité: la renonciation à un droit ne se présume pas et doit toujours être interprétée restrictivement. Si le pourvoi ne portait pas sur l'alinéa 2 de l'article 1285, l'équité commande par contre de maintenir son application en cas de responsabilité *in solidum*, faute de quoi la situation des coauteurs s'en verrait aggravée (impossibilité d'exercer un recours contributoire contre le débiteur libéré). Sous cette réserve, l'article 1285 demeure donc, à l'heure actuelle, l'un des derniers bastions de la distinction entre obligations solidaires et *in solidum*.

Les mêmes principes de décharge et de défalcation corrélative se retrouvent en matière de cautionnement (art. 1287)⁷⁴.

70. J. GHESTIN e.a., « Le régime des créances et des dettes », *op. cit.*, p. 287: la remise de dette, « c'est un acte de libéralité personnel à celui qui fait la remise; il ne peut être libéral que de ce qui lui appartient. S'il est bienfaisant envers le débiteur, il ne doit pas être malfaisant envers ses créanciers »; H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 677-678; R. MARCHETTI, « La notion de remise de dette et le régime instauré par l'article 1285 C. civ. », *op. cit.*, p. 228. Il s'agit d'une exception simplement personnelle, Cass., 15 décembre 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 694; Liège, 9 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 390, note S. BAR; Mons, 7 mai 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 458.

71. Ex. Civ. Bruxelles, 8 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1630.

72. R. MARCHETTI, « La notion de remise de dette et le régime instauré par l'article 1285 C. civ. », *op. cit.*, p. 226. Encore faut-il, comme l'explique l'auteur, que l'on se trouve face à une véritable remise de dette, ce qui ne saurait être le cas tant que les responsabilités n'ont pas été tranchées et peut être source de difficultés.

73. Cass., 17 octobre 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 517, note A. DE BOECK.

74. H. JACQUEMIN, « Le point sur la novation, la confusion et la remise de dette », *op. cit.*, p. 225; Bruxelles, 13 octobre 1998, *Act. dr.*, 2000, p. 706, note S. NAPORA.

20. Transaction. Si l'une des concessions réciproques porte sur une dette certaine, on considère que la transaction comporte une remise de dette⁷⁵. Partant, l'article 1285 trouve également à s'appliquer. À première vue, l'article 2051 le contredit, puisque, selon celui-ci, « la transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés, et ne peut être opposée par eux ». Le caractère dérogatoire de la solidarité fait cependant primer le corps de règles qui l'accompagne. « Il s'ensuit que, si la transaction porte sur une exception liée à la dette, commune à l'ensemble des codébiteurs solidaires, elle devra leur profiter »⁷⁶. Encore une fois, le créancier sera avisé de réserver ses droits.

21. Aménagement des effets de la solidarité. Mis à part l'hypothèse où elle induirait une contradiction avec une règle d'ordre public (p. ex. renonciation au privilège d'élection dans le cadre de la responsabilité décennale, *supra*, n° 13), il est permis de moduler les effets tant principaux que secondaires de la solidarité⁷⁷. Si elles le souhaitent, les parties sont notamment libres d'aménager l'article 1203 du Code civil, qui consacre le droit d'élection.

Les effets secondaires de la solidarité ne s'appliquent pas, sauf disposition légale contraire, aux obligations *in solidum*, qui ne sont pas marquées par une communauté d'intérêts entre codébiteurs. Ces effets visent à économiser les procédures et à renforcer la situation du créancier (mise en demeure (art. 1205-1207), actes interruptifs (art. 1206), novation (art. 1281), remise de dette (art. 1285)⁷⁸). En y renonçant, on contribue inévitablement à rapprocher les deux institutions.

22. Aménagement de la fin du contrat. Enfin, il peut être utile de régler le sort de la clause de solidarité à la fin du contrat. En cas de résiliation, il est logique que les obligations nées de la convention demeurent marquées de la solidarité. La solution est différente en cas de résolution ou d'annulation, qui opèrent avec effet rétroactif : l'obligation principale et les garanties qui l'assortissent sont alors censées ne jamais avoir existé⁷⁹.

75. Cass., 18 avril 2016, R.G. n°s C.15.0366.F et C.15.0376.F.

76. S. VAN BREE, « Les contours de l'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 119 ; H. DE PAGE, t. V, n° 512 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1843 ; R. MARCHETTI, « La notion de remise de dette et le régime instauré par l'article 1285 C. civ. », *op. cit.*, p. 224, à propos de la similitude avec le désistement d'action. Cass., 18 septembre 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 343, note.

77. Le mandat passé entre coobligés est le genre de convention susceptible de traduire un tel aménagement.

78. Ce dernier rattachement semble permis au vu de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2014.

79. M. ENGLEBERT, « L'incidence de l'annulation d'un contrat de vente sur le prêt finançant cette vente », note sous Liège, 3 avril 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 348. En France, la Cour de cassation considère que la solidarité subsiste (Cass. fr., 5 juillet 2006, *Bull. civ.*, 2006, I, n° 357 ; *J.C.P. G*, 2006, I, n° 40, p. 176, note A.-S. BARTHEZ).

Une clause contraire permettrait d'échapper au caractère conjoint des obligations de restitution consécutives⁸⁰.

D. *L'in solidum et l'indivisibilité pour contourner ou renforcer la solidarité*

23. L'obligation *in solidum* constitue le droit commun de l'obligation plurale en matière de responsabilité civile ; dans ce domaine, elle s'applique là où la solidarité n'a pas été stipulée⁸¹. Il peut dès lors être tentant pour le créancier d'y voir le moyen d'introduire une solidarité qu'il a omis de prévoir ou n'est pas parvenu à imposer à ses cocontractants⁸². Parallèlement, si l'*in solidum* ne doit pas avoir une origine purement technique comme la solidarité, « on peut (...) se demander si les parties pourraient convenir par convention de donner à leurs engagements les effets de l'obligation *in solidum* »⁸³. Dans un cas comme dans l'autre, il fera office de palliatif – plus ou moins artificiel – à la solidarité.

24. On a déjà évoqué le recours de certains tribunaux au concept d'indivisibilité pour pallier, de la même façon, l'absence de clause de solidarité (*supra*, n° 5). Cette façon de faire est critiquable puisqu'elle fait fi, à moindre coût, du prescrit de l'article 1202. Tout est cependant question d'espèce, soumise à l'appréciation du juge, pour autant que celui-ci ne méconnaisse pas les notions auxquelles il fait appel⁸⁴.

Convenir que telle ou telle obligation sera indivisible (l'indivisibilité naturelle est, somme toute, assez limitée) ne permet pas seulement de contourner la solidarité, mais, bien plus, sert aussi à la renforcer. La formule de « responsabilité solidaire et indivisible », fréquente dans les contrats de crédit, a tout son sens, car elle a pour effet d'étendre l'obligation au tout aux héritiers du codébiteur décédé⁸⁵. L'indivisibilité passive

80. Mons, 29 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2016, p. 156.

81. Ainsi de deux sociétés tenues pour le tout de l'exécution des obligations résultant d'un contrat de travail, sans qu'une dette unique ne les lie au travailleur, C. trav. Liège, 13 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/24, p. 651.

82. J. PÉRILLEUX, « L'obligation *in solidum* – Entre passé et avenir », *Rev. Dr. ULg*, 2004, p. 219.

83. C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 157, renvoyant à C. trav. Liège, 4 octobre 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 203.

84. Voy. Cass., 10 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1068, notes.

85. « Tout se passe comme s'il s'agissait d'une solidarité qui survivrait à la mort d'un des débiteurs solidaires » (J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, p. 209, n° 470) ; Cass., 10 avril 1986, *T.R.V.*, 1989, p. 349. La formule « responsabilité solidaire et *in solidum* » n'a, en revanche, aucun sens, sauf à remplacer le « et » par un « ou », et encore, vu la différence de nature entre les deux situations. La condamnation *in solidum* devant être expressément demandée en justice, il n'est toutefois pas étonnant de retrouver cette précaution de langage. On sera plus réservé en ce qui concerne l'adjonction des termes « conjointement et solidairement ». Selon F. T'Kint, l'atteinte portée par la solidarité passive au schéma de l'obligation conjointe « n'est que partielle car, lorsqu'il s'agit de régler

sera ainsi utilisée comme une garantie supplémentaire de la solidarité, qu'elle complètera adéquatement⁸⁶.

Section 2

La portée des recours contributoires

25. Nous l'avons vu en commençant, « [l]a solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée ». Le libellé apparemment limpide de cette disposition a indirectement mené, dans notre droit, à la création de la beaucoup plus insaisissable notion d'obligation *in solidum*. En effet, si la solidarité ne se présume pas, la responsabilité des coauteurs de fautes concurrentes devrait être engagée conjointement⁸⁷. Cette solution, si cohérente avec les principes fût-elle, n'a toutefois pas emporté l'adhésion de la doctrine et de la jurisprudence, soucieuses de la protection des victimes, car elle aboutit à reporter sur ces dernières la charge du risque de l'insolvabilité de l'un des coresponsables de leur dommage. Un troisième type d'obligation à sujets multiples a donc vu le jour, l'obligation « au tout », *in solidum*. Si l'on essaye encore de s'en tenir à la pureté des principes, l'obligation *in solidum* entraîne la condamnation de chaque codébiteur à réparer le tout, parce qu'il a causé le tout. Comme on l'a rappelé, une telle condamnation ne devrait être prononcée que lorsqu'un dommage unique a été causé par la faute de plusieurs personnes, et qu'il est impossible de déterminer la part de dommage imputable à chacun. Dès lors, elle devrait aboutir, au stade de la contribution à la dette, à un partage de responsabilités par parts viriles⁸⁸.

La pratique, cependant, nous révèle la difficulté, voire l'impossibilité, d'appliquer ces principes dans toute leur rigueur, dans un domaine où l'indemnisation des victimes n'est pas le seul objectif poursuivi. Il faut aussi faire régner une certaine justice entre les codébiteurs de la réparation. La jurisprudence de la Cour de cassation peine depuis de nombreuses années à déterminer l'étendue que peuvent avoir les recours contributoires (*infra*, A.). La question est complexe, comme le montrent également les solutions variées retenues par certains droits étrangers et

la contribution à la dette des débiteurs solidaires, la division fondamentale demeure. (...) C'est dire qu'il n'est pas faux d'écrire que deux débiteurs s'obligent 'conjointement et solidairement'. La formule, qu'on rencontre dans certains contrats, a un double sens. Elle exprime d'abord les rapports personnels des débiteurs entre eux, ensuite les rapports de chacun d'eux à l'égard du créancier» (F. T'KINT, *Sûretés*, *op. cit.*, p. 401, n° 808).

86. Notons que cette extension est interdite en matière de cautionnement à titre gratuit: « Les héritiers ne sont pas tenus de manière solidaire des engagements de la caution, nonobstant toute convention contraire » (C. civ., art. 2043*octies*).
87. C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 154.
88. L. CORNELIS, « Le partage des responsabilités en matière aquilienne », *R.C.J.B.*, 1993, p. 336.

les projets d'harmonisation du droit (*infra*, B.). Ce regard chez nos voisins nous permet d'approfondir la réflexion, voire de proposer une nouvelle approche (*infra*, C.). Les solutions proposées peuvent également trouver application en matière de solidarité pure (*infra*, D.).

A. *L'étendue du recours contributoire en droit belge – État de la question et controverses*

26. Sans s'attarder sur la question des fondements du recours contributoire, déjà longuement étudiée et discutée⁸⁹, cette première section a pour objectif d'exposer l'état du droit belge sur la portée de ces recours, en examinant trois controverses : la détermination du critère de partage des responsabilités, la prise en compte ou non, dans ce partage, de la faute intentionnelle, et enfin la possibilité, pour un coresponsable, de se prévaloir des responsabilités présumées ou objectives.

27. Le critère du partage : oscillation entre la gravité des fautes respectives ou leur incidence causale. En Belgique, la détermination du partage des responsabilités au stade de la contribution à la dette fait couler de l'encre depuis de nombreuses années. La jurisprudence de la Cour de cassation et la doctrine semblent hésiter entre deux critères : la gravité des fautes respectives des coresponsables, ou leur incidence causale sur la survenance du dommage.

Pendant longtemps, bien qu'il ne fasse pas l'unanimité⁹⁰, la jurisprudence de la Cour de cassation a paru consacrer le critère de la gravité des fautes respectives⁹¹ comme déterminant la part de responsabilité attri-

89. R.O. DALCO, « Fondement du droit de celui qui a réparé seul le dommage causé par une faute aquilienne d'obtenir de tout autre auteur du même dommage sa contribution à la réparation », note sous Cass. (1^{re} ch.), 21 octobre 1965, *R.C.J.B.*, 1966, pp. 123-141 ; L. CORNELIS, « L'obligation « *in solidum* » et le recours entre coobligés », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 691 et s. ; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, pp. 159 et s. ; P.A. FORIERS, « Observations sur les arrêts de la Cour de cassation des 28 avril 2006 et 4 février 2008 ou les limites des raisonnements techniques en droit », *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 519 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, « De verbintenis *in solidum* », in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV. Commentaar Verbintennisrecht*, Bruxelles, Kluwer, pp. 29 et s. Rappelons que le contrat peut lui-même servir de fondement au recours contributoire : le contrat d'assurance fonde par exemple un recours du responsable contre son assureur de responsabilité civile (P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1865).
90. B. DE CONINCK, « Le recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *J.T.*, 2010, p. 757.
91. Cass., 29 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 251 ; Cass. (1^{re} ch.), 8 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1124, concl. av. gén. PIRET ; Cass., 29 novembre 1995, *Larcier Cass.*, 1995, n° 1319.

buable à chacun des codébiteurs de la réparation⁹². Plus récemment, et bien que ce critère ne soit pas plus exempt de critiques que le précédent, elle a semblé se tourner vers celui de l'incidence causale des différentes fautes sur la survenance du dommage⁹³. Divers auteurs ont toutefois souligné l'opacité de certains « attendus » de notre cour suprême, quant à savoir si la part de dommage imputable à chacun des codébiteurs tenus *in solidum* doit être déterminée sur la base de l'un ou l'autre de ces critères⁹⁴. La Cour de cassation reste un peu évasive lorsqu'elle explique comment doit s'effectuer le partage des responsabilités. Elle affirme notamment « qu'en décidant que le demandeur doit supporter les trois autres sixièmes de la responsabilité de l'accident au motif que sa faute et celle de l'architecte Olivier sont, dans une égale mesure, à l'origine du dommage, l'arrêt apprécie souverainement, en fait, la gravité de la faute qu'il retient à charge du demandeur, ainsi que la part de responsabilité qui s'en déduit pour lui »⁹⁵. Une chose est claire : le partage par parts viriles, bien qu'il ait souvent été proposé par la doctrine comme seule solution cohérente avec le principe de l'obligation *in solidum*, n'a, quant à lui, jamais reçu de consécration par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Quant à cette première controverse, dans sa jurisprudence actuelle, la Cour s'en tient à sa formule selon laquelle, pour déterminer la part de dommages et intérêts due par chaque coresponsable, le juge doit « apprécier dans quelle mesure la faute de chacun a contribué à causer le dommage ».

28. Prise en compte du caractère intentionnel d'une des fautes concurrentes. Une deuxième question se pose dans le cadre des recours contributoires en matière de responsabilité : le caractère intentionnel de la faute de l'un des coresponsables du dommage peut-il être pris en

92. R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, p. 700 ; J. PÉRILLEUX, « L'obligation *in solidum* – Entre passé et avenir », *op. cit.*, p. 217 ; B. DE CONINCK, « Le recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *op. cit.*, p. 757.
93. R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, pp. 701 et s. ; Cass. (3^e ch.), 4 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 329 ; Cass., 2 octobre 2009, *N.j.W.*, 2010, p. 318, note I. B., *J.T.*, 2010, p. 540 ; Cass., 14 février 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 429 ; Cass., 13 mars 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 652 ; Cass., 3 mai 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 1053.
94. L. CORNELIS, « Le partage des responsabilités en matière aquilienne », *op. cit.*, pp. 332-333 ; P.A. FORIERS, « Observations sur les arrêts de la Cour de cassation des 28 avril 2006 et 4 février 2008 ou les limites des raisonnements techniques en droit », *op. cit.*, p. 516 ; J. PÉRILLEUX, « Retour sur l'obligation *in solidum* : la contribution à la dette dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *Revue pratique de l'immobilier*, 2014, pp. 131 et s.
95. Cass., 29 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 251. Voy. aussi Cass. (2^e ch.), 7 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 249 ; Cass., 28 avril 2006, R.G. n° C.05.0199.F.

compte pour lui refuser le bénéfice d'un partage de responsabilité ? À nouveau, la réponse de la jurisprudence semble hésitante.

Dans un arrêt du 6 novembre 2002, la Cour de cassation a décidé que « le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*, qui prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain, exclut que l'auteur d'une infraction intentionnelle engageant sa responsabilité civile puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime de cette infraction en raison des imprudences ou des négligences qu'elle aurait commises »⁹⁶. Le caractère intentionnel de la faute vient donc faire obstacle au partage de responsabilité entre son auteur et la victime, lorsque cette dernière a commis une négligence également à l'origine du dommage. Faut-il y voir une prise en compte de la nature de la faute dans l'appréciation de la répartition de la charge de la réparation ? La Cour de cassation n'y fait pas référence, et se contente de faire découler cette règle du principe général de droit *Fraus omnia corrumpit*. Si ce fondement a pu être critiqué, le résultat est généralement approuvé par la doctrine⁹⁷.

Curieusement, dans un arrêt du 2 octobre 2009, la Cour de cassation n'a pas suivi la logique de son arrêt du 6 novembre 2002. Elle décide en effet que « lorsqu'un dommage a été causé par des fautes concurrentes de plusieurs personnes, il appartient au juge, dans les rapports mutuels entre les auteurs de ces fautes, d'apprécier dans quelle mesure la faute de chacun a contribué à causer le dommage et de déterminer, sur ce fondement, la part du dommage que l'un des auteurs qui a indemnisé la victime peut récupérer contre les autres », et que « pour l'application de cette règle, il est indifférent que certaines des fautes concurrentes soient intentionnelles alors que d'autres ne le sont pas »⁹⁸. Cette solution étonne⁹⁹. Il n'est pas très cohérent de tenir compte du caractère intentionnel de la faute lorsque la négligence de la victime a contribué à causer le dom-

96. Cass. (2^e ch.), 6 novembre 2002, *R.C.J.B.*, 2004, p. 267, note Fr. GLANSDORFF ; *J.T.*, 2003, p. 310, concl. av. gén. M.-J. SPREUTELS.
97. J. KIRKPATRICK, « La maxime *fraus omnia corrumpit* et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime – A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 2002 », *J.T.*, 2003, p. 573 ; Fr. GLANSDORFF, « Encore à propos de la causalité : Le concours entre la faute intentionnelle de l'auteur du dommage et la faute involontaire de la victime », note sous Cass. (2^e ch.), 6 novembre 2002, *R.C.J.B.*, 2004, p. 279.
98. Cass., 2 octobre 2009, *N.j.W.*, 2010, p. 318, note I. B., *J.T.*, 2010, p. 540.
99. A. LENAERTS, « Le recours contributoire entre coobligés *in solidum* et l'influence de la faute intentionnelle : *fraus omnia corrumpit* ? », *J.T.*, 2010, pp. 534-535 ; S. GUILIAMS, « De verdeling van de schadelast bij samenloop van een opzettelijke en een onopzettelijke fout », *R.W.*, 2010-2011, pp. 477 et s. ; B. WEYTS, « Geen toepassing van *Fraus omnia corrumpit* bij *in solidum* aansprakelijkheid : un *accident* de parcours ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 2 octobre 2009, *Bull. Ass.*, 2010, p. 447 ; A. LENAERTS, « Le principe général du droit *fraus omnia corrumpit* : une analyse de sa portée et de sa fonction en droit privé belge », *R.G.D.C.*, 2014, pp. 104 et s.

mage, et d'en faire abstraction lorsque l'on se trouve en présence d'une pluralité de fautes de personnes autres que la victime. Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* a une portée générale et devrait donc pareillement s'appliquer. La question posée étant la même dans les deux cas, une même réponse s'impose. D'autant plus que dans ces deux situations, la Cour de cassation prône en principe le même critère de partage des responsabilités : « Attendu que, lorsque le dommage a été causé par des fautes concurrentes, dont celle de la victime, l'auteur du dommage ne peut être condamné envers la victime à la réparation intégrale; qu'il appartient au juge d'apprécier dans quelle mesure la faute de chacun a contribué à causer le dommage et de déterminer, sur ce fondement, la part de dommages et intérêts due par l'auteur à la victime »¹⁰⁰.

29. Impact des présomptions. Troisième controverse animant la doctrine en matière de recours contributifs : l'existence et la portée de la règle selon laquelle les présomptions de responsabilité ne pourraient profiter qu'au tiers lésé¹⁰¹. D'origine jurisprudentielle, cette règle ne dispose pas d'un champ d'application clair, et ses applications manquent de cohérence¹⁰².

Selon celle-ci, la personne déclarée responsable de plein droit qui a indemnisé la victime dispose d'un recours pour le tout contre son coobligé fautif (qui ne peut pas, par hypothèse, lui opposer sa responsabilité présumée). Inversement toutefois, si c'est l'auteur fautif qui a indemnisé la victime, et pour autant qu'il fonde son action sur la subrogation et puisse donc agir comme aurait pu le faire la victime elle-même, il pourrait se retourner contre son coobligé responsable de plein droit et obtenir un partage de responsabilités. Ainsi le gardien d'une chose vicieuse, après avoir indemnisé la victime, pourrait réclamer le remboursement complet à l'auteur du vice, tandis que ce dernier, dans la même situation, ne pourrait prétendre qu'à un partage.

100. Cass. (1^{re} ch.), 5 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1360.

101. Cass. (1^{re} ch.), 24 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 1082; Cass. (1^{re} ch.), 2 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 2; Cass. (1^{re} ch.), 22 avril 1983, *R.W.*, 1985-1986, I, col. 523; Cass. (1^{re} ch.), 17 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 457; Cass. (2^e ch.), 4 juin 2007, *Pas.*, 2007, p. 1058; R.O. DALCO, « Fondement de l'article 1386 du Code civil. Concours avec une autre cause de responsabilité », note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 octobre 1970, *R.C.J.B.*, 1971, pp. 508 et s.; B. DE CONINCK, « Le recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *op. cit.*, p. 761.

102. L. CORNELIS, « Le partage des responsabilités en matière aquilienne », *op. cit.*, p. 329; E. MONTERO et R. MARCHETTI, « Le point sur la responsabilité du fait des choses (choses, animaux, bâtiments) : 10 ans de jurisprudence », *Droit de la responsabilité*, CUP, Liège, Anthemis, 2008, p. 129; B. DE CONINCK, « Le recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *op. cit.*, p. 763.

Cette règle est inéquitable¹⁰³, dans la mesure où une même situation pourrait aboutir à des partages de responsabilité différents. En effet, si la victime choisit, au stade de l'obligation à la dette, de demander la réparation de l'intégralité du dommage à la personne responsable de plein droit, alors, au stade de la contribution à la dette, un recours intégral contre l'auteur fautif est ouvert et il n'y aura donc finalement pas de partage de responsabilité. Tandis que si la victime s'adresse dans un premier temps à l'auteur fautif, un partage de responsabilité sera possible au moment du recours contributoire. De même, selon le fondement choisi pour l'exercice de ce recours, la solution diffère puisque seule une action subrogatoire permet à l'auteur fautif d'agir comme aurait pu le faire la victime, et donc d'invoquer la présomption de responsabilité.

La portée de cette règle reste, en outre, incertaine. D'une part, s'il est certain que les présomptions ne peuvent être invoquées ni par le civilement responsable ni par celui dont il répond dans leurs relations réciproques¹⁰⁴, il existe une discussion quant à savoir si les présomptions ne peuvent jouer qu'en faveur du tiers lésé, c'est-à-dire la victime, ou si elles pourraient être invoquées par tout tiers coresponsable¹⁰⁵. D'autre part, la Cour de cassation admet l'exercice d'un recours contributoire entre plusieurs gardiens d'une chose vicieuse¹⁰⁶, ce qui signifierait que les présomptions pourraient être invoquées entre présumés responsables.

Dans un domaine où il existe déjà de nombreuses incertitudes, cette règle n'offre donc pas plus de sécurité juridique. Si la jurisprudence entend jouer un rôle créateur en la matière, qui pourrait être le bienvenu, il nous semble essentiel qu'elle énonce plus clairement la portée de la règle qu'elle pose.

B. *L'étendue des recours contributoires en droit comparé*

30. En l'absence de texte légal, et soumise à une jurisprudence fluctuante, la détermination de l'étendue des recours contributoire n'est pas simple, mais n'est pas propre à notre droit. Tirillée entre les règles de

103. R.O. DALCQ, « Fondement de l'article 1386 du Code civil. Concours avec une autre cause de responsabilité », *op. cit.*, pp. 138-139; B. DE CONINCK, « Le recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *op. cit.*, pp. 760-761; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 166.

104. Cass. (2^e ch.), 10 juillet 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 828; Cass. (1^{re} ch.), 24 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 1082; Cass. (1^{re} ch.), 22 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 940; Fr. GLANSORFF, « Les présomptions de responsabilité n'existent-elles qu'en faveur des victimes ? », *Mélanges R.O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 232.

105. Fr. GLANSORFF, « Les présomptions de responsabilité n'existent-elles qu'en faveur des victimes ? », *op. cit.*, p. 232.

106. Cass., 15 septembre 1983, *Rev. not. belge*, 1983, p. 592, concl. av. gén. E. LIEKENDAEL, cité par L. CORNELIS, « L'obligation 'in solidum' et le recours entre coobligés », *op. cit.*, p. 704.

la loi et l'équité, la question se pose avec la même acuité dans d'autres systèmes juridiques. Cette seconde section résumera brièvement certaines solutions proposées en droit étranger, avant de s'intéresser à celles retenues par les différents projets d'harmonisation du droit en cours.

31. Les critères du partage de responsabilités retenus dans d'autres systèmes juridiques. Nous nous sommes concentrés sur les systèmes juridiques de droit civil semblables au droit belge, comme les droits allemand, autrichien, néerlandais, portugais et italien en élargissant l'approche à certains systèmes de *common law*, comme les droits anglais et israélien. Cette approche comparatiste permet d'aboutir à trois constats.

Premièrement, le partage des responsabilités par parts viriles, s'il semble être la solution la plus simple et la plus conforme aux principes théoriques, n'est généralement pas adoptée comme règle de base, que ce soit dans les systèmes de droit civil ou de *common law*¹⁰⁷. Seul le droit portugais prévoit *a priori* une présomption d'égale responsabilité dans le chef de chacun des coresponsables¹⁰⁸. Ce partage s'impose souvent dans un second temps, en l'absence d'élément probant permettant de déterminer précisément la part de responsabilité de chacun des codébiteurs (notamment en droit autrichien¹⁰⁹, en droit italien¹¹⁰, en droit espagnol¹¹¹ et en droit israélien¹¹²).

Deuxièmement, la plupart des systèmes juridiques étudiés retiennent le critère de l'incidence causale, souvent de manière principale, parfois de manière secondaire (droit italien¹¹³, droit tchèque¹¹⁴, droit israélien¹¹⁵). Celui-ci ressort donc comme le critère de prédilection en cette matière. Seuls quelques pays l'ignorent et ne retiennent que le critère de la gravité

-
- 107. W.V. HORTON ROGERS, « Comparative Report on Multiple Tortfeasors », in *Unification of tort law: Multiple tortfeasors*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2004, p. 297; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 653-654.
 - 108. Art. 497, 2, du Code civil portugais; J. SINDE MONTEIRO et A. PEREIRA, « Multiple Tortfeasors under Portuguese Law », in *Unification of tort law: Multiple tortfeasors*, op. cit., p. 171.
 - 109. B. A. KOCH et P. SCHWARZENEGGER, « Multiple Tortfeasors under Austrian Law », in *Unification of tort law: Multiple tortfeasors*, op. cit., p. 20.
 - 110. F. D. BUSNELLI, G. COMANDÉ et E. BARGELLI, « Multiple Tortfeasors under Italian Law », in *Unification of tort law: Multiple tortfeasors*, op. cit., p. 128.
 - 111. M. MARTIN-CASALS et J. SOLÉ, « Multiple Tortfeasors under Spanish Law », in *Unification of tort law: Multiple tortfeasors*, op. cit., p. 205.
 - 112. I. GILEAD, « Multiple Tortfeasors under Israeli Law », in *Unification of tort law: Multiple tortfeasors*, op. cit., pp. 110-111.
 - 113. F. D. BUSNELLI, G. COMANDÉ et E. BARGELLI, « Multiple Tortfeasors under Italian Law », op. cit., p. 128.
 - 114. L. TICHY, « Multiple Tortfeasors under Czech Law », in *Unification of tort law: Multiple tortfeasors*, op. cit., p. 59.
 - 115. I. GILEAD, « Multiple Tortfeasors under Israeli Law », in *Unification of tort law: Multiple tortfeasors*, op. cit., pp. 110-111.

des fautes respectives, ou du « degré » de faute, comme la France¹¹⁶, le Portugal¹¹⁷ ou l'Afrique du Sud¹¹⁸.

Enfin, et directement en lien avec ce qui précède, il est rare qu'un seul critère soit pris en compte pour déterminer le partage des responsabilités. Généralement, le critère de l'incidence causale est combiné à un second critère tempérant le premier¹¹⁹, principalement celui de la gravité de la faute, parfois même l'équité. Ainsi, en droit anglais, la section 2 (1) du *Civil Liability (Contribution) Act 1978* combine le critère de causalité à celui de l'équité en disposant que « *the amount of the contribution recoverable from any person shall be such as may be found by the court to be just and equitable having regard to the extent of that person's responsibility for the damage in question* ». La formulation de la section 84 (b) du *Civil Wrong Ordinance* israélien est quasi-identique¹²⁰. De même, le droit néerlandais opte pour la prise en compte de l'incidence causale en principe, à moins que l'équité ne requière la retenue d'un autre élément, notamment la gravité de la faute¹²¹. En droit allemand, les contributions respectives des codébiteurs sont déterminées en fonction de l'incidence causale, de la gravité de la faute et des circonstances (notamment le risque opérationnel)¹²². Le droit autrichien choisit une appréciation prenant en compte le pouvoir causal, l'illicéité et la faute¹²³.

Ce bref aperçu des solutions étrangères souligne que bien souvent, les cours et tribunaux tentent de procéder au partage de responsabilités de la manière la plus concrète et pratique possible. Cela signifie qu'un partage par parts viriles n'est retenu que par défaut, lorsqu'aucun autre critère ne permet d'aboutir à une solution différente. Cela implique également la combinaison de plusieurs critères pour aboutir à un partage le plus juste possible. Ces critères sont principalement celui de l'incidence causale et celui de la gravité des fautes respectives, combinés entre eux, le second corrigeant les excès auquel pourrait mener le premier. De temps à

116. M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 585-586; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., pp. 655 et s.
117. J. SINDE MONTEIRO et A. PEREIRA, « Multiple Tortfeasors under Portuguese Law », op. cit., p. 171.
118. J. NEETHLING, « Multiple Tortfeasors under South African Law », in *Unification of tort law: Multiple tortfeasors*, op. cit., p. 182.
119. Art. 6:101 du Code civil néerlandais et article 254 du Code civil allemand, cités par A. LENAERTS, « Le recours contributoire entre coobligés *in solidum* et l'influence de la faute intentionnelle : *fraus omnia corrumpit* ? », op. cit., p. 534, n° 9.
120. I. GILEAD, « Multiple Tortfeasors under Israeli Law », op. cit., pp. 110-111.
121. W. H. VAN BOOM, « Multiple Tortfeasors under Dutch Law », in *Unification of tort law: Multiple tortfeasors*, op. cit., p. 146.
122. U. MAGNUS, « Multiple Tortfeasors under German Law », in *Unification of tort law: Multiple tortfeasors*, op. cit., p. 87.
123. B. A. KOCH et P. SCHWARZENEGGER, « Multiple Tortfeasors under Austrian Law », op. cit., p. 20.

autre, un autre critère est utilisé (l'équité, l'illicéité, le risque créé), mais de manière marginale.

32. Les critères du partage de responsabilités dans les projets d'harmonisation du droit. Depuis quelques années, certains projets d'harmonisation du droit se développent, parmi lesquels, en matière de responsabilité civile, le *Draft Common Frame of Reference* et les Principes du droit européen de la responsabilité civile. Issus d'une réflexion comparée à partir des différents droits à harmoniser, les principes qu'ils dégagent peuvent orienter le raisonnement à suivre en matière de recours contributoires.

Dans le *Draft Common Frame of Reference*, la question de la pluralité de débiteurs ou de créanciers est traitée au chapitre 4 du Livre III. Celui-ci distingue les obligations solidaires, les obligations disjointes et les obligations communes. En vertu de l'article III.- 4:103 (2), par défaut, l'obligation de plusieurs débiteurs d'exécuter la même prestation est solidaire, notamment lorsque deux personnes ou plus sont responsables du même dommage. L'article III.- 4:106 prévoit la manière de répartir la dette entre les codébiteurs solidaires. Le premier paragraphe énonce qu'en principe, « les codébiteurs solidaires sont tenus, les uns à l'égard des autres, à des parts égales ». Le second paragraphe précise ensuite que, « si deux ou plusieurs débiteurs sont solidairement responsables pour le même dommage, leurs parts contributives de responsabilité sont égales, sauf si des parts contributives de responsabilité différentes sont plus adéquates au regard de toutes les circonstances de l'espèce, en particulier de la faute de chacun ou de la mesure dans laquelle une source de risque dont l'un d'entre eux était responsable a contribué à la réalisation ou à l'étendue du dommage ».

Les Principes du droit européen de la responsabilité civile s'inscrivent dans la même perspective. L'article 9:101 (1), de ces principes consacre la responsabilité solidaire par défaut en cas de pluralité d'auteurs : « La responsabilité est solidaire lorsque la totalité ou une part distincte du dommage subi par la victime peut être attribuée à deux ou plusieurs personnes. La responsabilité est solidaire lorsque : a) une personne participe sciemment ou suscite ou encourage la mauvaise action d'autres personnes qui cause un dommage à la victime ; ou b) une personne, par son comportement ou son activité indépendante, cause un dommage à la victime et que le même dommage est aussi imputable à une autre personne ; c) une personne est responsable du dommage causé par son préposé dans des circonstances où la responsabilité du préposé est aussi engagée ». L'étendue des recours contributoires est réglée par l'article 9:102 (2) et (3) : « (2) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 de cet article, le montant de la contribution doit être justement évalué en fonction de la responsabilité incombant à chacun des auteurs, eu égard au degré de leur faute respective ou de tout autre élément permettant d'établir ou de réduire leur responsabilité. Cette contribution peut correspondre au montant total de

l'indemnisation. S'il est impossible de déterminer la part de responsabilité qui incombe à chacun des auteurs, tous sont alors réputés également responsables » et « (3) Lorsqu'une personne est responsable du fait de son préposé en vertu de l'article 9:101, elle est réputée supporter la part entière de responsabilité incombant à son préposé lorsqu'il s'agit d'évaluer sa contribution par rapport à celle d'auteurs autres que le préposé ».

Si les dispositions de chacun de ces projets d'harmonisation en matière de partage des responsabilités sont très proches dans leur formulation, elles révèlent toutefois deux différences de perspective quant à l'approche adoptée. D'une part, le *Draft Common Frame of Reference* prévoit un partage par parts viriles *a priori*, sauf démonstration contraire, alors que les Principes du droit européen de la responsabilité civile n'admettent un tel partage que s'il est impossible de l'effectuer autrement. D'autre part, si les Principes ont recours principalement au critère de la comparaison des degrés des fautes respectives des coauteurs du dommage pour déterminer leur part de responsabilité, le *Draft Common Frame of Reference* se réfère de manière plus égalitaire à la faute de chacun et à l'incidence causale des faits générateurs. Le point commun de ces textes est d'indiquer la nécessaire prise en compte, outre les critères mentionnés, « de tout autre élément permettant d'établir ou de réduire leur responsabilité » ou « de toutes les circonstances de l'espèce », ce qui laisse plus de souplesse pour une appréciation concrète des faits, et un grand pouvoir d'appréciation au juge.

C. Approche critique

33. Il est temps de revenir en Belgique pour tenter de clarifier les principes proposés par la Cour de cassation et suggérer une nouvelle approche en matière de recours contributoires, ainsi qu'une solution cohérente pour les cas de responsabilité plurale impliquant des responsabilités pour autrui ou objectives.

34. Proposition de critère déterminant l'étendue des recours contributoires. Comment répartir, au stade de la contribution à la dette, la charge de la réparation qui a été attribuée dans son ensemble à chacun des coresponsables du dommage au stade de l'obligation à la dette ? Au moins entre coresponsables fautifs, il est généralement admis que le recours contributoire « ne saurait avoir comme conséquence de soustraire un des responsables à toute condamnation par application des articles 1382 et 1383 du Code civil »¹²⁴.

124. Cass., 9 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 607 ; Cass., 25 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1061 ; Cass., 5 septembre 2003, R.G. n° C.01.0602.F ; L. CORNELIS, « L'obligation 'in solidum' et le recours entre coobligés », *op. cit.*, p. 697 ; « à moins que les parties n'en soient convenues entre elles », P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1632.

Le principe de la responsabilité civile classique, tel qu'énoncé par le Code civil, est basé sur trois conditions : la faute, le dommage et le lien causal. Au premier stade de l'obligation à la dette, ni la gravité de la faute, ni son incidence causale, ne sont prises en compte pour engager la responsabilité de son auteur. Cela ressort à la fois de la formulation très large du Code civil, et du choix de politique juridique qui a été posé de recourir à la théorie de l'équivalence des conditions dans l'appréciation de l'existence du lien causal. Pourtant, les circonstances de déclenchement d'un accident ne sont jamais purement abstraites, et la concrétisation de ces facteurs, que l'on refuse de faire immédiatement par souci de protection des victimes, doit inévitablement avoir lieu dans un second temps¹²⁵. Ni le critère de la gravité de la faute, ni celui de son incidence causale ne peuvent suffire comme critère exclusif du partage¹²⁶. Pour autant, nous ne partageons pas l'avis de certains auteurs selon lequel seul le partage par parts viriles serait la solution, même s'il offre l'avantage de la simplicité¹²⁷. Au demeurant, cette solution est rarement retenue en pratique, ou l'est seulement par défaut, que ce soit en Belgique ou à l'étranger.

C'est peut-être à tort que la doctrine et la jurisprudence belges cherchent à isoler un seul élément permettant de déterminer l'étendue du recours contributoire. Plutôt que d'essayer d'identifier, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les indications (parfois ténues) permettant de privilégier le critère de la gravité des fautes ou celui de leur pouvoir causal, ne serait-il pas préférable d'adopter une autre approche, plus globale, qui consisterait à prendre en compte à la fois la nature des fautes respectives (incluant leur caractère intentionnel ou non et leur gravité) et leur pouvoir causal ? Pour certains auteurs, dans quelques arrêts, la Cour de cassation « refuse de distinguer les deux critères »¹²⁸. Nous pensons que ces décisions sibyllines de la Cour de cassation reflètent une hésitation face à l'impossibilité de privilégier un critère par rapport à l'autre¹²⁹. Il a déjà été souligné qu'ils ne sont pas forcément inconciliables. En effet, « la gravité d'une faute, pour le partage de responsabilités, s'apprécie essentiellement en fonction du dommage qu'elle est susceptible de causer »¹³⁰. La concrétisation du partage de responsabilités, nécessaire au stade de la contribution à la dette, devrait donc passer par la prise en compte à la

125. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « Les ventes en chaîne, la responsabilité *'in solidum'* et le recours contributoire, une coexistence difficile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 1993, *R.C.J.B.*, 1996, p. 62.

126. L. CORNELIS, « Le partage des responsabilités en matière aquilienne », *op. cit.*, p. 336.

127. *Ibid.*, p. 337.

128. *Ibid.*, p. 333 ; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 164.

129. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, Volume 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 347.

130. J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 37, n° 27.

fois de la nature de la faute (son degré, sa gravité) et de son incidence causale. Cette solution, si elle ne simplifie pas l'analyse, a au moins pour mérite de l'affiner en tenant compte de la complexité du problème. Elle est davantage cohérente avec la philosophie de l'article 1382 du Code civil, qui requiert l'existence de chacune de ces deux conditions, sans donner de préséance à l'une ou l'autre, pour fonder l'obligation de réparation du responsable. En outre, elle permet de mettre fin aux hésitations de la jurisprudence, qui fluctue entre les deux sans pouvoir choisir. Elle refléterait finalement l'enseignement qui ressort d'une étude de droit comparé, démontrant l'utilisation souvent combinée de ces deux critères afin de tempérer les solutions extrêmes auxquelles l'usage d'un seul des deux peut mener.

Le partage par parts viriles resterait bien une solution de dernier recours. Il serait réservé aux seuls cas où tant le critère de la nature des fautes respectives que celui de leur incidence causale ne permettent pas de déterminer la part de responsabilité imputable à chacun des coauteurs du dommage¹³¹. Une telle solution est retenue par l'article 3:105 des Principes de droit européen de la responsabilité civile, traitant de la causalité partielle incertaine : « En cas d'activités multiples, lorsqu'il est certain qu'aucune d'entre elles n'a causé la totalité du dommage ou une part déterminable de celui-ci, toutes celles ayant probablement contribué au dommage [même de manière minimale] sont présumées être, à égale portion, la cause de celui-ci ».

35. Le partage en cas de responsabilités pour autrui ou objectives. Il ne suffit pas de déterminer les critères permettant d'effectuer le partage des responsabilités. Encore faut-il penser à leur application dans les cas de responsabilités plurales impliquant des responsabilités de plein droit ou objectives.

Nous pensons qu'une règle qui interdirait à toute personne *dont la faute est à l'origine de la présomption de responsabilité ou de la responsabilité objective* de se prévaloir de cette présomption pour obtenir un partage de responsabilités se justifie certainement pour des raisons d'équité. Ainsi, toute personne n'ayant pas commis la faute à l'origine de la présomption de responsabilité ou de la responsabilité objective, qu'elle soit victime ou tiers, qu'elle ait commis une autre faute ou non, pourrait invoquer les présomptions. Ce principe devrait s'appliquer tant pour les responsabilités à base de faute présumée, que pour les responsabilités sans faute, et aurait une double conséquence.

36. D'une part, dans des situations de concours entre une faute prouvée à l'origine de la responsabilité de plein droit ou objective et une

131. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 607.

faute présumée (ou une responsabilité sans faute), la personne présumée responsable (ou objectivement responsable) devrait pouvoir échapper à toute part de responsabilité au stade de la contribution à la dette lorsque sa responsabilité n'est enclenchée que suite à la faute d'une autre personne. Le mécanisme est comparable à la solidarité-sûreté de l'article 1216 en matière de solidarité (*supra*, n° 6). Pour obtenir un partage de responsabilité, la personne dont la faute est avérée devrait elle-même pouvoir démontrer une faute *prouvée* dans le chef du présumé responsable. À défaut, le présumé responsable n'agirait que comme garant de la personne fautive au stade de l'obligation à la dette¹³², et pourrait donc prétendre à un recours intégral contre cette dernière au stade de la contribution à la dette, comme la jurisprudence a déjà pu le décider¹³³. Dans le même sens, la possibilité d'être subrogé dans les droits de la victime (et donc d'obtenir un partage de responsabilité sur cette base, *supra*, n° 28) ne devrait pas, alors, être reconnue à l'auteur d'une faute prouvée à l'origine d'une présomption ou d'une responsabilité sans faute. Le fondement des recours contributifs dépassant l'objet de la présente étude, nous ne nous étendons cependant pas sur ce point.

Concrètement, ceci signifierait que les parents (sauf dans le cas d'un acte objectivement illicite posé par l'enfant mineur), les instituteurs, les commettants (sauf dans le cas d'une faute légère occasionnelle du préposé-travailleur) peuvent en principe se retourner intégralement contre leur enfant, élève ou préposé. S'agissant des responsabilités du fait des choses, des animaux, ou des bâtiments en ruine, le présumé responsable devrait supporter au moins une partie du dommage si personne n'a commis de faute à l'origine du vice, du fait de l'animal, ou de la ruine du bâtiment. Sinon, il pourrait se retourner intégralement contre celui dont la faute permet le jeu de la présomption de responsabilité ou de la responsabilité sans faute.

Un parallèle peut être fait avec la remise de dette. L'application de l'alinéa 2 de l'article 1285 aux obligations *in solidum* se justifie, pour les

132. R.O. DALCO, « Fondement de l'article 1386 du Code civil. Concours avec une autre cause de responsabilité », note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 octobre 1970, *R.C.J.B.*, 1971, p. 507 ; M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, op. cit., pp. 272-273 et 338.

133. Voir en ce sens l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1955 (Cass., 3 février 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 578) en matière de responsabilité du fait des bâtiments en ruine : « Attendu que si cette responsabilité a pour fondement une faute, à savoir un défaut d'entretien ou un vice de construction du bâtiment, ceux-ci ne doivent pas nécessairement être imputables "au propriétaire personnellement" ; que, prenant en considération que la victime du dommage ne pourra généralement connaître la personne à qui le défaut d'entretien ou le vice de construction du bâtiment est imputable, le législateur a entendu lui permettre d'agir dans tous les cas contre le propriétaire, sans préjudice du droit de celui-ci d'exercer, le cas échéant, un recours contre l'auteur de la faute ».

raisons d'équité déjà invoquées, lorsque les codébiteurs sont tenus les uns « avec » les autres, comme dans l'hypothèse de fautes concurrentes. Lorsqu'une personne est tenue « pour » une autre dont elle doit répondre, la solution doit être nuancée. Le garant couvre dans ce cas la faute d'un autre débiteur et peut en principe se retourner pour le tout contre ce dernier. La règle selon laquelle la remise de dette ne peut aggraver la situation des coauteurs n'est pas de mise lorsque cette remise a lieu en faveur du garant, puisque les présomptions de responsabilité ne bénéficient qu'aux tiers. En revanche, lorsque la remise de dette est accordée au codébiteur personnellement responsable, il va de soi que le garant doit être libéré à due concurrence¹³⁴.

37. D'autre part, en cas de concours entre plusieurs responsabilités à base de faute présumée ou sans faute (plusieurs gardiens d'une chose vicieuse ou d'un animal par exemple), chacun des coresponsables, dont la faute présumée n'est, par hypothèse, pas à l'origine de la présomption de responsabilité ou de la responsabilité objective des autres, pourrait se prévaloir de la présomption pour demander un partage de responsabilités. En l'absence de faute prouvée, seul le critère de l'incidence causale pourrait alors permettre de déterminer la portion de responsabilité incombant à chacun au stade de la contribution à la dette. Si ce critère ne permet pas non plus d'effectuer cette répartition, le partage par parts viriles s'impose¹³⁵.

Cette analyse s'appliquerait également dans le cas d'une combinaison d'une responsabilité engagée sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil, et d'une responsabilité pour troubles de voisinage, en l'absence de contrat réglant la question (*supra*, n° 8). Le voisin, tenu d'indemniser la victime du trouble excessif de voisinage, devrait pouvoir se retourner intégralement contre celui dont la faute lui fait subir le dommage consistant à devoir indemniser la victime¹³⁶. La personne fautive, dont la faute est à l'origine de la responsabilité du voisin, ne pourrait se prévaloir de la théorie des troubles de voisinage et devrait donc supporter l'intégralité de la charge de la réparation au stade de la contribution à la dette.

D. Les recours contributoires en cas de solidarité au sens strict

38. Dans les cas de solidarité conventionnelle, le contrat peut être l'occasion de prévoir la manière dont se divise la dette entre les coobligés.

134. A. DE BOECK, « Kwijschelding bij aansprakelijkheid *in solidum*: het Hof van Cassatie schept duidelijkheid », note sous Cass., 17 octobre 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 520.

135. C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, pp. 164-165.

136. En ce sens: Cass. (1^{re} ch.), 14 juin 1968, *R.C.J.B.*, 1968, p. 387, note J. DABIN.

Mais, en l'absence de pareille stipulation, la question de la détermination de l'étendue des recours contributaires se pose également avec acuité. Il en va de même en cas de solidarité légale, coutumière, ou découlant d'un principe général de droit. La règle de droit précise rarement la façon d'effectuer le partage. Notre analyse distinguera les solidarités mises en place dans le cadre d'une règle de responsabilité, de celles ayant d'autres fins.

39. Le partage en cas de responsabilité solidaire. La solidarité peut être prévue par le législateur lorsque plusieurs personnes ont contribué à un même dommage. La règle veut que la contribution s'établisse d'abord selon ce qui aura été convenu entre coobligés : les conventions d'architecture et les cahiers des charges peuvent de la sorte régler la solidarité des architectes entre eux et des entrepreneurs entre eux pour leur responsabilité décennale (*supra*, n° 12). Ensuite, c'est l'intérêt de chacun des coobligés qui doit être suivi. Sauf stipulation dans les statuts, la répartition des parts de responsabilité entre fondateurs d'une société sera ainsi fonction de la contribution de chacun au capital¹³⁷. D'autres domaines font plus rarement l'objet de tels aménagements. Citons par exemple la solidarité entre producteurs d'un produit défectueux (L. 25 février 1991, art. 9 et 10).

Ces situations sont parfois très proches de celles qui mènent à la reconnaissance d'une obligation *in solidum*, au point qu'il est difficile de comprendre les raisons qui portent vers le choix de l'un ou l'autre type d'obligations. Par exemple, les assureurs des véhicules impliqués sont tenus envers l'usager faible selon une pluralité de liens obligataires ; ceux-ci trouvent certes tous appui dans l'action directe dont dispose la victime¹³⁸, mais sans que l'on puisse raisonnablement y voir une dette unique. Avant que le législateur ne consacre la solidarité dans l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989¹³⁹, il était bien admis que les assureurs étaient tenus *in solidum*¹⁴⁰. Dans ce contexte, l'intervention législative ne se justifie vraiment que par le souci de faire bénéficier les personnes lésées des effets secondaires de la solidarité.

La proximité naturelle avec l'institution de l'*in solidum* rend néanmoins transposable, au stade de la contribution à la dette, l'application des principes proposés en matière d'obligation *in solidum*, à savoir une combinaison des critères de la nature des fautes et de leur incidence causale, ou, à défaut, un partage par parts viriles. À l'instar de la contribution

137. C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 115.

138. Art. 150 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

139. Par une loi du 19 janvier 2001 modifiant diverses dispositions relatives au régime de l'indemnisation automatique des usagers de la route les plus vulnérables et des passagers de véhicules, *M.B.*, 21 février 2001.

140. H. DE RODE, *L'indemnisation des victimes faibles d'accidents de circulation*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 77.

en matière *d'in solidum*, le recours entre coobligés solidaires légaux se fonde sur les articles 1251, 3°, ou 1382-1383 du Code civil¹⁴¹. Cette similitude de fondement justifie une certaine assimilation au moment de rechercher la clé de répartition entre codébiteurs. Pour revenir au régime des usagers faibles, il nous semble que l'article 29bis, § 5, le confirme implicitement en prévoyant que « les règles de la responsabilité civile restent d'application pour tout ce qui n'est pas régi expressément par le présent article ». La contribution entre assureurs se règlera donc, en fin de compte, selon les responsabilités respectives de leurs assurés. Si un seul d'entre eux est responsable, les autres seront intervenus comme garants vis-à-vis de la victime et pourront se retourner pour le tout. Si cette dernière est elle-même responsable pour partie en droit commun, sa part se divisera à parts égales entre les assureurs des véhicules impliqués¹⁴². Ces principes trouvent toutefois rarement à s'appliquer. Les assureurs ont en effet fait usage de la faculté d'organiser anticipativement le règlement en adhérant à la convention Assuralia « règlement de recours-article 29bis »¹⁴³.

Autre « anomalie » dans le classement des obligations au tout, la responsabilité *solidaire* du fait des produits défectueux (L. 25 février 1991, art. 9) ne s'accompagne pas davantage de directives pour la contribution à la dette. Les recours après paiement entre producteurs se règlent « en proportion des parts contributives telles qu'elles auront été fixées par le juge saisi (à défaut de convention entre les codébiteurs) »¹⁴⁴. Ce dernier aura naturellement tendance à raisonner selon les principes dégagés pour la contribution entre coobligés *in solidum*¹⁴⁵.

La jurisprudence va clairement dans ce sens lorsqu'elle se penche sur l'article 50 du Code pénal. Cet article consacre la solidarité des individus condamnés ensemble pour une même infraction, qu'elle soit intentionnelle ou non intentionnelle. Il ne se confond pas avec le principe général de droit consacrant la solidarité entre coauteurs d'une faute commune,

141. Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, les articles 1213 et 1214, al. 1^{er}, ne valent en effet qu'en matière conventionnelle (Cass., 25 mars 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 823).

142. H. DE RODE, *L'indemnisation des victimes faibles d'accidents de circulation*, op. cit., p. 80; C. MÉLOTTE, « Article 29bis, faute du passager: absence de port de la ceinture de sécurité », *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis, 2008, pp. 195-196.

143. En y adhérant, ils renoncent à récupérer entre eux la part du dommage liée à la faute de l'usager faible (H. DE RODE, *L'indemnisation des victimes faibles d'accidents de circulation*, op. cit., p. 78; C. MÉLOTTE, « Article 29bis, faute du passager: absence de port de la ceinture de sécurité », op. cit., p. 196).

144. C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *Les défauts de la chose – responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2015, p. 351.

145. Liège, 18 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 212: bien qu'elle se rattache à l'appréciation de l'obligation à la dette, la seule référence au fait « que les fautes commises par chacune [des] parties [ont] contribué à la réalisation du dommage » peut sembler renvoyer à demi-mot au critère de l'incidence causale.

mais il en constitue une application particulière¹⁴⁶. Comme la disposition ne requiert pas nécessairement une entente préalable entre coobligés¹⁴⁷, elle se rapproche de la responsabilité aquilienne à base de faute simple et renvoie, en quelque sorte, aux mêmes règles de répartition contributoire. L'étendue du recours, qui ne peut pas toujours être mesurée au regard des intérêts respectifs des coauteurs, sera donc à nouveau fonction de la gravité et de l'incidence causale de chacune des fautes¹⁴⁸.

40. Le partage dans les autres cas de solidarité. À côté des hypothèses de responsabilité, la solidarité est souvent instituée à d'autres fins, comme la garantie du paiement des dettes fiscales (art. 442*bis* C.I.R. 92) ou sociales (L. 24 juillet 1987 sur la mise à disposition des travailleurs) d'une des parties. La situation n'est pas anodine car on a vu se multiplier, ces dernières années, les lois-programmes créant ces hypothèses de solidarité, dans des textes dont la transparence n'est pas la qualité première. En l'absence de précision du législateur, et de différence d'intérêts entre les parties impliquées, le partage par parts viriles devrait s'imposer au moment de déterminer la charge de la dette devant être supportée par chacun des débiteurs. En effet, dans ces situations, aucun autre critère ne peut *a priori* être mis en évidence pour justifier un partage différent. L'on ne ferait d'exception à cette règle que lorsqu'il est certain que l'une des parties intervient *uniquement* en qualité de garant d'une autre partie, auquel cas la première pourrait être entièrement libérée au stade de la contribution à la dette. D'ailleurs, il faut reconnaître que la plupart du temps les hypothèses de solidarité légale se classent en deux grandes catégories : celles relatives à une responsabilité et celles élevant un « garant » au rang des codébiteurs solidaires.

41. Pour les autres cas de figure, il n'en est pas moins permis de s'inspirer de certaines législations récentes et de la jurisprudence qui en a découlé. À propos de l'action en comblement de passif d'une société faillie, l'article 265, § 2, du Code des sociétés expose que l'O.N.S.S. et le curateur peuvent tenir les (anciens) gérants comme étant « personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des cotisations sociales (...) ». Au départ de cette disposition, il a été jugé « qu'à défaut de critères légaux, il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement la situation au cas par cas, compte tenu des circonstances, et de vérifier la mesure de la solidarité : il peut parfaitement limiter le montant de la condamnation du gérant dans le cadre de son contrôle de pleine juridiction ». Plusieurs critères peuvent être utilisés, comme l'absence d'indices de fraude, d'éventuels paiements partiels de cotisations sociales,

146. C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 126.

147. Voy. Cass., 9 décembre 1993, *R. Cass.*, 1994, p. 62, note S. STIJNS.

148. A. VAN DEN BROECK, « Het *in solidum*-karakter van de hoofdelijke gehoudenheid krachtens art. 50 Sw. », note sous Gand, 24 janvier 2008, *R.W.*, 2010-2011, p. 1702.

les causes de la faillite, le soutien financier apporté par le dirigeant à sa société en difficulté ou encore l'historique de la carrière du dirigeant¹⁴⁹.

En faisant preuve d'un peu d'imagination, pourquoi ne pas transposer cette façon de procéder au moment d'envisager la contribution à d'autres dettes solidaires légales ? En adoptant une analyse factuelle, telle que celle pratiquée par nos cours et tribunaux en matière de responsabilité *in solidum*, on mettrait à distance le partage par parts viriles qu'on s'est accordé à reconnaître comme dernier recours. Cette méthode rejoint finalement les projets d'harmonisation du droit. C'est ainsi que, tout en abandonnant la distinction entre obligations solidaires et *in solidum* (art. III.-4:103 (2) : par défaut, l'obligation de plusieurs débiteurs d'exécuter la même prestation est *solidaire*, notamment lorsque deux personnes ou plus sont *responsables du même dommage*), le *Draft Common Frame of Reference* prône clairement une répartition *au regard de toutes les circonstances de l'espèce*.

7

Conclusion

42. La première partie de cet exposé portait sur l'étude des facultés laissées aux parties d'aménager conventionnellement l'institution de la solidarité, entendue au sens large. L'analyse s'est faite en deux temps, et trois mouvements. Au départ de leur relation, les coobligés sont globalement très libres d'instaurer de la solidarité en l'absence de règle générale. La seule exigence réside dans une manifestation de volonté explicite, à défaut d'être expresse. Mais l'acte juridique ne se limite pas à cela et peut servir à aller plus loin, en précisant le rôle et l'intérêt de chacun dans l'obligation. Ce faisant, il permet de dépasser le stade de l'obligation à la dette, assez bien réglementé par le Code civil, pour anticiper les questions liées à la contribution à la dette (parts contributives et éventuelles cautions). Ensuite, et toujours en amont de la relation entre parties, nous avons vu que la possibilité d'éviter une solidarité légale, coutumière ou principielle, se heurtait à une grande limite, qui n'a rien de surprenant : l'impossibilité de déroger anticipativement à l'ordre public ou à des dispositions impératives. C'est ainsi que la Cour de cassation sanctionne désormais les clauses visant à échapper à la responsabilité *in solidum* lorsque la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs est en jeu. Enfin, après la naissance de l'obligation « solidaire », plusieurs outils permettent aux parties d'en atténuer les effets, notamment par différents systèmes de remise (de solidarité ou de dette) aux conséquences plus ou moins étendues sur l'ensemble des coobligés. On a observé dans ce cadre que la dernière grande divergence entre obligations solidaires et *in soli-*

149. Mons, 2 juin 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 594.

dum tenait à l'inapplicabilité de l'article 1285 (al. 1^{er}) du Code civil aux secondes. Relativement peu de chose, en fin de compte.

43. La deuxième partie se concentrait sur le stade contributoire des obligations plures. De longue date, doctrine et jurisprudence se sont penchées en profondeur sur la manière de régler cette problématique en cas de responsabilité *in solidum*. « [L]a fonction de la responsabilité civile ne se résume pas à indemniser la victime, mais elle consiste également à transférer la charge du dommage sur celui qui en est à l'origine »¹⁵⁰. Si la création de l'obligation *in solidum* se rattache au premier objectif, la détermination du critère permettant le partage des responsabilités dans la contribution à la dette relève du second. L'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation et des controverses qu'elle suscite montre la complexité de cette matière, où l'on peine à trouver l'équilibre adéquat entre protection des victimes et garantie d'équité entre les coresponsables. L'expérience étrangère nous révèle les mêmes difficultés. Et si la clef de ce partage ne résidait pas dans un critère isolé, mais dans la combinaison de plusieurs d'entre eux ? En effet, tant la nature de la faute que son incidence causale sont utiles pour déterminer qui est à l'origine du dommage et dans quelle mesure. Comme l'ont conclu d'autres avant nous « [...] l'explication de ce partage inévitable de responsabilité s'imposant entre les coauteurs est dicté par l'idée de 'contribution à la dette' qui impose une répartition définitive et équitable de la dette de responsabilité entre les coauteurs. Il s'ensuit que tous les mécanismes inspirés par le souci de garantir une indemnisation complète de la victime doivent disparaître au stade de la contribution. Nous songeons ainsi aux régimes de responsabilité présumée ou sans faute, à la théorie de l'équivalence des conditions, au caractère *in solidum* de l'obligation, etc. »¹⁵¹. Selon nous, seul un partage fondé sur la prise en compte de l'ensemble des conditions de l'article 1382 du Code civil permet de concrétiser l'attribution de la charge de la réparation de la manière la plus complète et la plus équitable possible. Mais ce faisant, à quoi procède-t-on sinon à la détermination de la part et portion de chacun des coresponsables dans la dette de réparation ?

La question du recours contributoire se pose avec la même acuité en matière de solidarité pure, où le législateur précise rarement la manière de la résoudre. Les études disponibles sont étrangement peu disertes sur ce point. Lorsque la solidarité s'impose dans le cadre d'une règle de responsabilité, et que les parties n'ont pas anticipé la solution, nous ne voyons pas ce qui empêche de se baser sur les mêmes principes qu'en matière d'*in solidum* pour procéder au partage. Cela inclurait les hypothèses (qui ont tendance à se développer de plus en plus) de solidarité-sûreté, enten-

150. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 637.

151. C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », op. cit., p. 166.

dez par là l'élévation, au rang de codébiteur solidaire, d'une personne n'ayant aucun intérêt personnel à la dette. Ce « garant » doit être autorisé à se retourner pour le tout contre le(s) coobligé(s) intéressé(s). Dans les autres cas, dans le silence de la loi, ce n'est qu'après épuisement des circonstances factuelles permettant de trouver une solution que le partage par parts viriles s'imposerait. Mais si les principes s'appliquant aux obligations *in solidum* restent si proches des règles de la solidarité, ne peut-on légitimement s'interroger sur le caractère superflu de la création de la catégorie des obligations *in solidum* ?

Les deux problématiques analysées vont dans ce sens.