

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le concours des responsabilités entre cocontractants

Cataldo, Andrea

Published in:

Le nouveau livre 6 du code civil

Publication date:

2024

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cataldo, A 2024, Le concours des responsabilités entre cocontractants. dans *Le nouveau livre 6 du code civil: la réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle*. Unité de droit des obligations de l'Unamur, Anthemis, Lima, pp. 393-420.

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.

Le concours des responsabilités entre cocontractants

L'article 6.3, § 1^{er}, du Code civil

Andrea CATALDO

*Maître de conférences à l'UNamur
Avocat au barreau de Namur*

1. Poser la question du concours (ou option) des responsabilités, c'est s'interroger sur le caractère exclusif ou non des règles de la responsabilité contractuelle, lorsqu'il s'agit de réparer un dommage causé à l'occasion de l'inexécution d'un contrat. Le créancier victime de l'inexécution peut-il *opter* pour une action basée sur la responsabilité délictuelle, et si oui, à quelles conditions? Cette question est tout sauf académique, en témoigne l'importante jurisprudence des juges du fond, balisée au fil du temps par la position évolutive de la Cour de cassation, mais marquée en même temps par les controverses qui en ont découlé. La matière, souvent décrite comme complexe, est l'une des plus débattues de ces dernières décennies. Pour reprendre les termes du professeur Dubuisson, lorsqu'il appréciait l'opportunité d'une réforme de la responsabilité extracontractuelle, le moment était venu de régler l'«irritant problème du concours des responsabilités»¹.

La présente étude se borne à l'option des responsabilités entre parties contractantes, désormais réglée au premier paragraphe de l'article 6.3 du Code civil, le sort de l'auxiliaire (agent d'exécution), régi par le second paragraphe, étant examiné par ailleurs²; il y sera fait référence à l'occasion. La première partie du développement est consacrée aux rappels. Le problème doit être bien posé en commençant (section 1) et on ne saurait appréhender la réforme sans avoir en tête l'état actuel de la jurisprudence sur le concours (section 2). La deuxième partie retrace brièvement l'évolution du projet de loi (section 3) avant d'analyser dans le détail le nouveau dispositif légal (section 4). Nous terminons, en guise de conclusion, par une appréciation d'ensemble (section 5).

Petites précisions terminologiques préalables. Le terme «concurso» est usuel et retenu par le législateur (qui intitule ainsi la section dans laquelle prend place la disposition étudiée). Bien que le terme «cumul» se rencontre parfois,

¹ B. DUBUISSON, «Faut-il réformer le Code civil (II)? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle», *J.T.*, 2016, p. 681.

² Voy. la contribution de Florence George dans le présent ouvrage.

LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

ce dernier est trompeur car il ne s'agira jamais de cumuler, pour un même dommage, les actions en responsabilité contractuelle et extracontractuelle³. C'est bien, le cas échéant, un choix qui s'ouvre à la partie lésée à l'heure d'engager la responsabilité, contractuelle *ou* délictuelle, de son cocontractant. Le terme « option » traduit sans doute mieux cette idée.

Même si la question diffère de celle du concours et dépasse le cadre de cet exposé, relevons par ailleurs que la nouvelle loi ne change rien aux principes relatifs à la *coexistence* de responsabilités : « Si, dans l'exécution de son contrat, un cocontractant cause un dommage à un tiers qui n'est pas cocontractant, ce dernier peut exercer une action extracontractuelle contre le cocontractant qui a causé le dommage, si la violation de l'obligation contractuelle constitue en même temps et indépendamment du contrat, une faute extracontractuelle ou qu'elle fourni[t] un autre fondement de responsabilité extracontractuelle »⁴.

Section 1

Position du problème

2. Le contrat est « le réceptacle d'obligations de nature très diverse »⁵. La méconnaissance de ces obligations est susceptible d'entraîner une variété tout aussi grande de préjudices. Il faut d'abord bien cerner le périmètre contractuel, car l'hypothèse du concours ne naît que si le fait dommageable se situe dans ce périmètre (sous-section 1). Afin d'évaluer le mérite des solutions mises en œuvre, il faut ensuite mesurer l'intérêt pratique de l'option des responsabilités (sous-section 2).

Sous-section 1

Le périmètre contractuel et la nature des obligations en cause

3. Puisque les règles de la responsabilité extracontractuelle préexistent à tout contrat, la question des rapports qu'entretiennent les deux ordres de responsa-

³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 895; P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », in *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 227; P. A. FORTIERS, « Les concours de responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Observations sur le droit positif », in *Les obligations contractuelles en pratique. Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, p. 113. Ce n'est que face à la réparation conjointe d'un dommage purement contractuel, soumis à la responsabilité contractuelle, et d'un autre dommage, pour lequel la responsabilité délictuelle serait mobilisée, que l'on pourra évoquer un certain « cumul » des deux ordres.

⁴ Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Développements, Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 30. Sur la coexistence de responsabilités, voy. Fl. GEORGE, P. COLSON, A. CATALDO et B. FOSSÉPREZ, *Manuel de droit des obligations*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 495-504 et les références citées.

⁵ B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », in I. BOONE, I. CLAEYS et L. LAVRYSEN (coord.), *Liber amicorum Hubert Bocken : dare la luce*, Bruges, die Keure, 2009, p. 72.

bilité ne se pose que si les parties ont situé leurs relations dans un périmètre contractuel et que, partant, le dommage se produit à l'occasion d'un manquement à une obligation contractuelle⁶.

Le domaine du contrat doit d'abord être déterminé *ratione personae*. Il ne peut y avoir de responsabilité contractuelle, et donc d'éventuel concours des responsabilités, qu'entre parties contractantes. Sont assimilés à ces dernières l'ayant cause universel ou à titre universel, le tiers subrogé, le cessionnaire d'une position contractuelle, le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, le titulaire d'une action directe ou encore le récipiendaire de droits qualitatifs⁷. L'auxiliaire n'a pas sa place dans cette énumération : si le créancier principal est fondé à agir contre lui, sur le plan extracontractuel, dans les mêmes limites que contre le débiteur principal (art. 6.3, § 2, C. civ.), aucune action en responsabilité contractuelle ne lui est reconnue. À cet égard, il n'est pas vraiment question de « concours » (au sens d'une option dans le chef du créancier lésé), sauf à considérer que l'auxiliaire engage *en même temps* sa responsabilité contractuelle à l'égard du débiteur principal.

Ratione materiae, le concours présuppose la violation d'une obligation contractuelle valable et en vigueur. À défaut, seule la responsabilité délictuelle peut être invoquée. C'est le cas si aucun contrat n'existe entre l'auteur du fait dommageable et la victime, si les parties à un contrat sont mises en présence l'une de l'autre dans un autre contexte ou de manière fortuite (exemple classique du bailleur et du locataire impliqués dans un accident de la circulation) ou si le contrat n'existe pas encore⁸ ou s'il n'existe plus (sous réserve des obligations post-contractuelles⁹)¹⁰.

On voit d'emblée toute l'importance que revêt le contenu obligationnel du contrat¹¹. Rappelons que ce dernier oblige non seulement à ce qui y est stipulé, mais encore à toutes les suites que la loi, la bonne foi ou les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée (art. 5.71 C. civ.), et qu'il doit être exécuté de bonne foi, chacune des parties devant se comporter comme le ferait

⁶ Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Théorie générale du contrat, Bruxelles, Larcier, 2021, n°s 620 et 623 et s.; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, Fl. GEORGE et N. SCHMITZ, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, vol. 1, Le fait générateur et le lien causal, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 119, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 724 et s.

⁷ P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », *op. cit.*, p. 231.

⁸ Par exemple Liège, 18 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 36. Dans cette affaire, un immeuble avait été vendu avec une infraction urbanistique (annexe construite sans permis). La faute du vendeur, consistant dans un manquement à l'obligation d'information précontractuelle, était purement aquilienne. Le contrat ayant été par ailleurs correctement exécuté (immeuble délivré conformément aux spécifications contractuelles), seule la responsabilité extracontractuelle pouvait être invoquée.

⁹ Fl. GEORGE, P. COLSON, A. CATALDO et B. FOSSÉPREZ, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 669-673.

¹⁰ Voy. B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle – Les relations entre la responsabilité aquilienne et les contrats. Fatales attractions », in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, vol. 1, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 8.

¹¹ P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », *op. cit.*, p. 228.

LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances (art. 5.73 C. civ.). Ces considérations ont joué un rôle déterminant dans le développement des obligations de sécurité, d'information et de conseil et leur entrée dans le champ contractuel. La faute professionnelle et les règles de l'art¹² sont un autre terrain privilégié de la matière¹³. Par cette expansion du contrat, des obligations extracontractuelles par nature se sont muées en obligations « mixtes », relevant en même temps des deux ordres de responsabilité. L'analyse du contrat (ou du silence contractuel), point de départ de l'ouverture d'une situation de concours, relève de l'appréciation souveraine du juge du fond¹⁴.

4. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la question du concours ne se pose pas, en revanche, « lorsque la relation juridique porte sur un service public et, en conséquence, est de nature réglementaire et non contractuelle et régie par un règlement de droit public. Sauf stipulation contraire, un manquement commis dans le cadre de ce règlement n'exclut pas toute responsabilité extracontractuelle »¹⁵. En l'espèce, il fut jugé que le moyen fondé sur l'impossibilité d'appliquer l'article 1384, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil entre un distributeur d'électricité et son client manquait en droit.

Sous-section 2

L'intérêt d'une option ouverte à la partie lésée

5. Pourquoi le créancier victime d'une inexécution contractuelle voudrait-il engager la responsabilité extracontractuelle de son débiteur, alors qu'il dispose normalement d'une action fondée sur le contrat? Sur le plan théorique, la responsabilité découlant du contrat, source première d'obligations, est d'une nature très différente de la responsabilité délictuelle, qui procède d'un manquement à une obligation préexistante¹⁶. Sur le plan pratique, si la doctrine et la jurisprudence ont fortement rapproché les régimes des deux ordres de respon-

¹² Voy. Cass., 2 février 2006, R.G. n° C.04.0527.N.

¹³ Voy. P. A. FORIERS, « Les concours de responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Observations sur le droit positif », *op. cit.*, p. 115 et les exemples cités; C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 31-32; Th. MALENGREAU, « La coexistence des responsabilités : état des lieux », in *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 97-105; D. PHILIPPE, « Concours de responsabilités en droit européen de la responsabilité civile », in *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 278 et s. Sur l'obligation de sécurité, voy., en France, Y. LAMBERT-FAIVRE, « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *D.*, 1994, chron., pp. 81 et s.

¹⁴ J.-L. FAGNART, « La responsabilité du fait des choses dans les relations contractuelles », note sous Mons, 1^{er} décembre 2011, *Recueil de jurisprudence du Forum de l'assurance*, Limal, Anthemis, 2011, p. 96.

¹⁵ Voy. Cass., 27 novembre 2006, *N.j.W.*, 2008, p. 28, note I. B.; P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », *op. cit.*, pp. 244-245.

¹⁶ P. A. FORIERS, « Les concours de responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Observations sur le droit positif », *op. cit.*, pp. 111-112.

sabilités, l'harmonisation n'est pas totale¹⁷. Plusieurs aspects démontrent l'intérêt persistant de la question :

- En premier lieu, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont monnaie courante. Au-delà de leur validité ou non, agir sur une base délictuelle permet de contourner ces stipulations contractuelles, pour autant qu'elles n'aient pas vocation à couvrir les deux types de responsabilité¹⁸. La question ressortit à l'interprétation des contrats : à défaut d'indication claire, le principe d'interprétation restrictive de ce genre de clauses, dérogoires au droit commun, commande d'en limiter la portée à la responsabilité contractuelle¹⁹ (*cf.* art. 5.66, al. 1^{er}, 2^o, C. civ.).
- Sauf en cas de faute intentionnelle²⁰, seul le dommage prévisible au moment de la conclusion du contrat est réparable en vertu de l'article 5.87 du Code civil. Une telle limitation n'existe pas en matière extracontractuelle. C'est toutefois le dommage prévisible dans son principe (et non son étendue) qui est visé, ce qui nuance grandement cette particularité.
- Les actions contractuelles peuvent également être soumises à des délais de prescription courts ou très courts, en comparaison des délais de droit commun des actions personnelles. Même en restant dans le cadre de ces derniers, le point de départ mobile du délai de prescription des actions délictuelles (le jour qui suit celui où la personne lésée a connaissance de son dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable, art. 2262*bis*, § 1^{er}, al. 2, anc. C. civ.) est souvent plus avantageux pour la victime que le point de départ fixe (le jour où la créance devient exigible) des actions contractuelles (art. 2262*bis*, § 1^{er}, al. 1^{er}, anc. C. civ.)²¹.
- Le contrat peut par ailleurs être soumis à des règles de conflit de lois ou de compétence juridictionnelle que le créancier souhaite éluder.

¹⁷ Voy. B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », in *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 1 et s.; P. A. FORIERS, « Les concours de responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Observations sur le droit positif », *op. cit.*, p. 116; C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 9-12 et les références citées; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 87-96; P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », *op. cit.*, p. 226; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 626.

¹⁸ Il est admis de longue date que la responsabilité extracontractuelle peut être restreinte ou étendue à l'instar de la responsabilité contractuelle; voy. Cass., 21 février 1907, *Pas.*, 1907, I, p. 135; L. CORNELIS, « Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation », *R.C.J.B.*, 1981, p. 202.

¹⁹ En ce sens, B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle – Les relations entre la responsabilité aquilienne et les contrats. Fatales attractions », *op. cit.*, p. 21, n° 77, et les références citées; B. KOHL, « Les sanctions de l'inexécution de l'obligation en matière contractuelle et extracontractuelle dans le nouveau Code civil », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2023*, Bruxelles, la Charte, 2023, p. 435; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Bruges, die Keure, 2022, n° 229.

²⁰ Sur cette notion, voy. *infra*, n° 25.

²¹ La prescription fera l'objet du futur livre 10 du Code civil. La Commission en charge de ce livre n'a pas encore communiqué d'avant-projet de texte.

LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

- Les contrats spéciaux ont leurs régimes particuliers, qui contiennent des règles dérogeant au droit commun de la responsabilité, avec leurs propres conditions et déchéances (par exemple, l'exigence d'une action intentée à bref délai sur la base de la garantie des vices cachés de la vente).
- À l'inverse, la responsabilité extracontractuelle offre parfois une protection accrue aux victimes. Elle ouvre notamment la porte aux présomptions de responsabilité, en particulier du fait d'autrui²².
- La responsabilité extracontractuelle peut encore permettre de contourner la primauté de l'exécution en nature, consacrée par les articles 5.234 et 5.238 et qui peut être opposée par le débiteur, en tout cas lorsque l'indemnisation recherchée vise à compenser l'inexécution contractuelle elle-même.
- La mise en œuvre des sanctions contractuelles, dont la réparation du dommage, requiert normalement une mise en demeure préalable (art. 5.83, al. 3). Il est vrai que cette exigence s'applique potentiellement à toute obligation, mais elle n'est pas requise si elle ne présente plus d'utilité, ce qui est notamment le cas en matière de responsabilité extracontractuelle (art. 5.233, 6°).
- La preuve des actes juridiques est réglementée, notamment avec l'exigence d'un écrit signé à partir de 3 500 euros, alors que la preuve des faits juridiques, comme les faits générateurs de responsabilité délictuelle, est libre²³; si l'existence du contrat est discutée et sa preuve difficile à rapporter, le créancier privé de l'action contractuelle peut encore librement démontrer que le manquement à l'origine de son dommage est constitutif d'un fait générateur extracontractuel.
- *Last but not least*, en matière d'assurances de responsabilité ou de protection juridique, la garantie est souvent limitée à la responsabilité extracontractuelle.

6. Il n'empêche, le livre 5 du Code civil a contribué à réduire encore davantage l'intérêt du concours. L'article 5.237, alinéa 2, rend les règles de la responsabilité extracontractuelle en vigueur en matière de réparation du dommage applicables par analogie quelle que soit la source de l'obligation inexécutée. À moins que leur nature et leur portée ne soient incompatibles, « le régime de la responsabilité extracontractuelle et celui de la responsabilité contractuelle sont donc unifiés. Il s'agit en particulier de la notion de causes de non-imputabilité, du lien de causalité, de la notion de dommage et du mode de

²² Voy. B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », *op. cit.*, p. 69. Voy. aussi p. 83.

²³ En ce qui concerne la charge de la preuve, relevons que l'article 8.4, alinéa 2, du Code civil paraît « devoir être interprété en ce sens que, quelle que soit la sanction envisagée, la preuve de l'exécution d'une obligation *contractuelle* incombe au débiteur, sans préjudice de la preuve des éventuelles autres conditions d'application de la sanction qui continuent quant à elles à peser sur le créancier » (R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, 2019, p. 718, n° 10, nous soulignons).

réparation du dommage»²⁴. On relève également l'alignement de la norme contractuelle de comportement sur la norme générale de prudence (art. 5.73 et 5.225, al. 2), la possibilité de renoncer à l'application d'une clause indemnitaire – et donc d'en revenir au principe de réparation intégrale du dommage (art. 5.88)²⁵ – ou encore la reconnaissance d'une responsabilité contractuelle du fait des auxiliaires (art. 5.229) et d'une responsabilité du fait des choses employées dans le cadre de l'exécution du contrat (art. 5.230), qui diminuent l'opportunité de recourir à certaines présomptions de responsabilité délictuelle.

Déjà avant la réforme du droit des obligations, une étude arrivait à la conclusion que l'enjeu du concours est purement théorique en ce qui concerne le calcul des dommages et intérêts contractuels²⁶. Ainsi, si seul le dommage prévisible est réparable en matière contractuelle, encore faut-il admettre que la preuve du caractère imprévisible est souvent difficile à rapporter²⁷. Les nouveaux livres 5 et 6 poursuivent ce mouvement. Lorsqu'une réparation complémentaire à une résolution du contrat est accordée, l'article 5.90, alinéa 4, prévoit par exemple que celle-ci vise à placer le créancier dans la même situation que si le contrat avait été exécuté. Autrement dit, c'est l'intérêt positif qui doit être réparé, soit tout ce que le créancier aurait dû obtenir sans le manquement imputable au débiteur. L'article 6.31 ne dit pas autre chose lorsqu'il consacre la méthode différentielle pour l'appréciation du dommage : il s'agit de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne sans le fait générateur de responsabilité²⁸. Quant à la primauté de la réparation en nature par rapport à la réparation par équivalent, elle semble bien acquise dans les deux ordres de responsabilité²⁹.

7. Sur le plan procédural, la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'office du juge³⁰ réduit un peu plus les enjeux attachés au choix, par la victime, de la base de son action. Loin de pouvoir se contenter de la base légale avancée par le demandeur pour, le cas échéant, rejeter la demande d'indemnisation, le

²⁴ B. KOHL, « Les sanctions de l'inexécution de l'obligation en matière contractuelle et extracontractuelle dans le nouveau Code civil », *op. cit.*, pp. 417-418.

²⁵ Le septième paragraphe de l'article 5.88 rend impératives les dispositions des deuxième, troisième et cinquième paragraphes, mais pas celles du premier paragraphe qui pose le principe d'intangibilité de la clause indemnitaire. Voy. B. KOHL, « Les sanctions de l'inexécution de l'obligation en matière contractuelle et extracontractuelle dans le nouveau Code civil », *op. cit.*, p. 424.

²⁶ B. VERKEMPINCK, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle : l'enjeu au regard de la mesure du préjudice contractuel », in *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 214 et s., spéc. p. 241.

²⁷ *Ibid.*, p. 232.

²⁸ « Conçue de cette façon, l'indemnité que la victime d'une inexécution obtient en optant pour la réparation de son intérêt positif sur la base de la responsabilité contractuelle n'est pas supérieure à l'indemnité qu'elle obtiendrait sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle » (B. VERKEMPINCK, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle : l'enjeu au regard de la mesure du préjudice contractuel », *op. cit.*, p. 232).

²⁹ Voy. S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019.

³⁰ Cass., 14 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 862, *Arr. Cass.*, 2005, p. 868, *J.T.*, 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE, *err. J.T.*, 2005, p. 796, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, note G. DE LEVAL ; Cass., 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, p. 201, note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur », note sous Cass., 14 décembre 2017 et 9 mars 2018, *R.C.J.B.*, 2020, p. 40.

LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

juge doit en effet épuiser d'initiative les fondements juridiques applicables aux faits spécialement invoqués à l'appui de la demande. Si le demandeur se trouve dans les conditions du concours mais n'invoque pas les règles de la responsabilité extracontractuelle (par hypothèse plus favorables), le magistrat doit donc y pallier, dans le respect des droits de la défense³¹. L'arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 2005, qui a consacré la conception factuelle de la cause, fut d'ailleurs rendu en matière de responsabilité civile³².

Section 2

Le concours de responsabilités jusqu'à l'adoption du livre 6

8. Ni l'ancien Code civil ni le livre 5 du (nouveau) Code civil ne réglementent l'option des responsabilités. Cette lacune de départ en a fait l'un des sujets «les plus controversés du droit belge privé»³³. L'essentiel du débat se focalise autour de la formule utilisée³⁴ par la Cour de cassation depuis son célèbre arrêt de l'arrimeur du 7 décembre 1973 : «la responsabilité quasi délictuelle du préposé ou de l'agent d'exécution, qui intervient pour exécuter une obligation contractuelle d'une partie, ne peut être engagée que si la faute à lui imputée constitue la violation, non de l'obligation contractuelle, mais d'une obligation qui s'impose à tous et si cette faute a causé un autre dommage que celui résultant seulement de la mauvaise exécution du contrat»³⁵. Relatives à la mise en cause de la responsabilité d'un agent d'exécution (que la Cour assimile, sur le plan de l'exécution du contrat, au débiteur principal), les conditions dégagées par cet arrêt ont été transposées à l'action entre cocontractants dès l'arrêt du 14 octobre 1985³⁶. Nous ne reviendrons pas dans le détail sur les thèses qui se sont opposées au départ de l'attendu précité et de ses variantes³⁷. En substance, certains

³¹ B. DUBUISSON *et al.*, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, *op. cit.*, p. 742, n° 690; C. HÉLAS, «Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle», *op. cit.*, p. 13.

³² Il est vrai que la question du concours n'était pas au premier plan, l'action étant dirigée contre le débiteur principal, contre lequel le recours ne pouvait être que contractuel, alors que la faute (aquilienne) avait été commise par son sous-traitant, Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659, obs. J. VAN COMPERNOLLE; P. WÉRY, «L'option des responsabilités entre parties contractantes», *op. cit.*, pp. 231-232.

³³ Développements précités, p. 20.

³⁴ B. DUBUISSON, «Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation...», *op. cit.*, p. 74.

³⁵ Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 736, p. 20, note R.O. DALCQ et Fr. GLANSORFF, *R.W.*, 1973-1974, col. 1597, note J. HERBOTS, *Entr. et dr.*, 1975, p. 181, note A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9.317, obs. J.-L. FAGNART. Nous soulignons.

³⁶ Cass., 14 octobre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, p. 341, note M. VAN QUICKENBORNE; Cass., 9 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 296; Cass., 28 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 41; Cass., 26 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 1017 (la formulation est légèrement modifiée : «Attendu que la responsabilité extracontractuelle d'une partie contractante ne peut être engagée à l'égard de son cocontractant ou de l'agent d'exécution de celui-ci que si la faute qui lui est imputée constitue un manquement, non à son obligation contractuelle, mais à l'obligation générale de prudence s'imposant à tous et si cette faute a causé un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat»).

³⁷ Voy. Fl. GEORGE, P. COLSON, A. CATALDO et B. FOSSÉPREZ, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 475-476 et les références citées; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 633.

considèrent que la Cour y manifeste « son hostilité au principe de l'option »³⁸ (*verdwijningsstheorie*), tandis que d'autres y voient un affinement des conditions permettant d'agir sur une base extracontractuelle, recours qui était librement admis avant 1973³⁹ (*verfijningstheorie*).

9. Deux conditions cumulatives sont posées par la Cour de cassation⁴⁰, l'une relative à la faute, l'autre au dommage. Pour admettre la responsabilité quasi délictuelle du débiteur, il faut tout d'abord que « la faute qui lui est imputée constitue un manquement *non seulement* à l'obligation contractuelle^[41] *mais aussi* au devoir général de diligence qui lui incombe »⁴². Par cette précision, répétée à plusieurs reprises ces dernières années⁴³, la Cour confirme qu'une faute « mixte » est suffisante, sans exiger une faute totalement étrangère au contrat (ce qui reviendrait à nier la possibilité même d'un concours de responsabilités). Le seul fait d'incorporer au contrat des obligations générales de prudence ou des normes déterminées préexistantes n'empêche pas la victime d'agir sur le fondement des articles 1382 et suivants de l'ancien Code civil.

10. Si un manquement à une obligation mixte est avéré, la seconde condition, relative au dommage causé, devient primordiale⁴⁴. À cet égard, la Cour de cassation continue d'exiger que « cette faute cause un dommage autre que celui qui est dû à la mauvaise exécution du contrat »⁴⁵. Ici, la doctrine s'écharpe. Les uns considèrent que, pour donner une portée spécifique à cette deuxième condition⁴⁶, il faut entendre par là un dommage autre que purement contractuel, ce dernier consistant en « la perte totale ou partielle du bénéfice attendu du contrat, y compris les dommages indirects ou par répercussion résultant nécessairement de cette perte »⁴⁷. De ce point de vue, le dommage purement contractuel serait celui « qui ne se conçoit pas sans le contrat »⁴⁸, ce qui n'est pas le cas des atteintes

³⁸ M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexion sur le dommage purement contractuel », note sous Cass., 14 octobre 1985, R.C.J.B., 1988, p. 344.

³⁹ Cass., 13 février 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 115, J.T., 1930, p. 182; Cass., 18 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1006; Cass., 7 novembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 215.

⁴⁰ Cass., 2 octobre 2020, R.G. n° C.20.005.N. Pour des illustrations des propos qui suivent, B. DUBUISSON, *et al.*, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, *op. cit.*, pp. 740 et s.

⁴¹ Cf. *supra*, n° 3.

⁴² Cass., 29 septembre 2006, R.W., 2006-2007, p. 1717, note A. VAN OEVELEN, *Nj.W.*, 2006, p. 946, note I. BOONE, *T.B.O.*, 2007, p. 66, note K. VANHOVE.

⁴³ Cass., 24 mars 2016, D.A.O.R., 2016, p. 130 (somm.), R.W., 2017-2018, p. 1661 (somm.), R.G.D.C., 2019, p. 512, R.D.C.-T.B.H., 2017, p. 200, note R. STEENNOT; Cass., 17 mars 2017, R.G.D.C., 2020, p. 438, R.W., 2018-2019, p. 382 (somm.), R.D.C.-T.B.H., 2017, p. 952, note P. GILLAERTS; Cass., 12 mars 2020, R.G.D.C., 2020, p. 438, R.D.C.-T.B.H., 2020, p. 402; Cass., 25 mai 2023, R.G. n° C.21.0425.F-C.22.0120.F.

⁴⁴ M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexions sur le dommage purement contractuel », *op. cit.*, p. 363.

⁴⁵ Voy. H. BOCKEN, « Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Verfijners, verdwijners en het arrest van het Hof van cassatie van 29 september 2006 », *Nj.W.*, 2007, pp. 722-731.

⁴⁶ Dans les faits, la question du concours se pose justement parce qu'un dommage survient dans le cours de l'(in)exécution du contrat.

⁴⁷ B. DUBUISSON *et al.*, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, *op. cit.*, p. 744, n° 692. Dans le même sens, J. VAN RYN, « Responsabilité aquilienne et contrats », *J.T.*, 1975, pp. 505-506; E. DIRIX, « Samenloop van aansprakelijkheid en allocatie van risico », in I. BOONE, I. CLAEYS et L. LAVRYSEN (coord.), *Liber amicorum Hubert Bocken : dare la luce*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 59 et 61-62.

⁴⁸ J. VAN RYN, « Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle », *R.C.J.B.*, 1957, p. 308.

à l'intégrité physique et aux biens (autres que l'objet du contrat), car il s'agit de « valeurs antérieures au contrat et indépendantes de celui-ci »⁴⁹. Les autres défendent une conception large du dommage contractuel, conformément à la théorie de l'équivalence des conditions telle que consacrée de longue date par la Cour de cassation : le dommage qui résulte de la mauvaise exécution du contrat englobe tout ce qui est une suite nécessaire de cette inexécution⁵⁰.

Les développements de la proposition de loi du livre 6 semblent pencher pour le premier courant, lorsqu'il retient, en présentant le droit actuel, que « [l]a réponse à la question de savoir si le dommage est la conséquence ou non de l'inexécution d'une obligation contractuelle nécessite une analyse du contenu des obligations en cause. Si celles-ci sont destinées à éviter des dommages de la nature de ceux qui se sont produits, l'action extracontractuelle est exclue ; si ce n'est pas le cas, elle reste possible »⁵¹. Cette considération est cependant antérieure à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 25 mai 2023, qui s'inscrit clairement dans le second courant. La Cour y précise, pour la première fois à notre connaissance, que « le dommage qui résulte de la mauvaise exécution du contrat est celui qui est en lien causal avec ce manquement, lors même qu'il n'en est qu'une suite indirecte » et que « ne justifie pas légalement sa décision que l'action est fondée sur pied des articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil, l'arrêt considérant que le dommage est distinct de l'inexécution du contrat dans la mesure où, s'agissant d'une atteinte à la sécurité de biens qui ne font pas l'objet du contrat, le dommage est détachable du manquement contractuel »⁵². Il faut imaginer une faute mixte – donc en partie contractuelle – à l'origine d'un dommage qui ne serait pas la suite nécessaire de l'inexécution du contrat... Belle gageure.

Il ressort de ce qui précède que la question relève finalement moins du dommage que de la causalité. « Les notions de faute et de dommage purement contractuels ont tendance à se fondre dans celle d'inexécution : le dommage est l'absence de la satisfaction promise, tout comme la faute est le fait de ne pas l'avoir fournie. »⁵³ À cause de la deuxième condition et de son interprétation, et malgré l'assouplissement apparent de la condition de faute, les partisans de la *verdwijningstheorie* semblent bien l'avoir emporté.

11. Une exception à l'obligation de prouver la réunion des deux conditions est reconnue de façon unanime. La Cour de cassation considère que le concours

⁴⁹ J.-L. FAGNART, « La responsabilité du fait des choses dans les relations contractuelles », *op. cit.*, p. 101.

⁵⁰ P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », *op. cit.*, p. 238, qui relève que l'arrêt du 14 octobre 1985 se réfère tout spécialement à l'article 1151 de l'ancien Code civil, tel que la Cour de cassation l'interprète depuis 1977 ; P. A. FORTIERS, « Les concours de responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Observations sus le droit positif », *op. cit.*, p. 118. La jurisprudence en question : Cass., 24 juin 1977, *Arr. Cass.*, 1977, p. 1101 ; Cass., 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1100 ; Cass., 2 septembre 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p. 1271.

⁵¹ Développements précités, p. 24.

⁵² Cass., 25 mai 2023, R.G. n° C.21.0425.F-C.22.0120.F, R.G.A.R., 2024, p. 11.

⁵³ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse, Paris II, 1978, p. 639, n° 674, cité par M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexions sur le dommage contractuel », *op. cit.*, p. 364.

est automatiquement ouvert lorsque le manquement est constitutif d'une infraction pénale : « La circonstance qu'une infraction est commise lors de l'exécution d'un contrat ne fait, en principe, obstacle ni à l'application de la loi pénale ni à celle des règles relatives à la responsabilité civile résultant d'une infraction [...]. Le dommage causé par un fait légalement punissable ne peut être considéré comme un dommage de nature exclusivement contractuelle par le seul motif qu'il a été causé en suite de la mauvaise exécution de l'obligation contractuelle de veiller à la sécurité de la victime »⁵⁴. La personne lésée peut donc opter⁵⁵ sans problème pour l'action *ex delicto*, notamment lorsque des coups et blessures ou un homicide involontaires peuvent être reprochés à son cocontractant⁵⁶.

Cette exception est assez difficile à justifier⁵⁷. Pour motiver son abandon (*cf. infra*, n° 26), le législateur expose qu'« [i]l n'est guère rationnel que l'importance attachée à la protection des accords contractuels change dès qu'il y a violation d'une norme sanctionnée pénalement, mais pas si une autre disposition d'ordre public, par exemple du droit social ou fiscal, est violée »⁵⁸. Certains se sont par ailleurs interrogés sur la compatibilité de l'exception avec la présomption d'innocence, toutes les fois où, l'action publique n'étant pas mise en mouvement, la victime demande réparation directement devant le juge civil⁵⁹. À cet égard, les principes relatifs à la preuve d'un fait constitutif d'infraction, selon lesquels il appartient au demandeur de prouver l'inexistence de la cause de justification alléguée par le prévenu/défendeur, pour autant que cette allégation ne soit pas dépourvue de toute vraisemblance⁶⁰, préservent en partie les droits de la défense de l'auteur présumé⁶¹.

⁵⁴ Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 216, *R.C.J.B.*, 1992, p. 497, note R.O. DALCQ (on relèvera la deuxième partie de la citation, dont les termes semblent difficilement conciliables avec l'arrêt précité du 25 mai 2023); Cass., 7 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 628; Cass., 10 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1740. Si la Cour de cassation n'est jamais revenue sur cet enseignement, certains juges semblent parfois le perdre de vue, voy. Bruxelles, 17 septembre 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14.965.

⁵⁵ Une auteure paraît exclure la possibilité d'agir encore sur une base contractuelle dans un tel contexte (C. MARR, « Inexécution contractuelle et infractions pénales », in Fl. GEORGE et N. COLETTE-BASECQZ (coord.), *Responsabilité civile et responsabilité pénale. Regards pratiques*, Limal, Anthemis, 2021, p. 287), mais la Cour de cassation avale expressément la possibilité, pour la victime, de « soit mettre en œuvre la responsabilité contractuelle, soit exercer l'action *ex delicto* » (Cass., 10 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1741). La seule limitation apportée par la Cour concerne la prescription de l'action civile résultant d'une infraction pénale, régie par l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale : « Cette disposition s'applique à toute demande tendant à une condamnation qui se fonde sur des faits révélant l'existence d'une infraction, lors même que ces faits constituent également un manquement aux obligations contractuelles du défendeur et que la chose demandée consiste en l'exécution de ces obligations » (Cass., 7 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 634).

⁵⁶ Mons, 25 septembre 2015, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 406; Civ. Bruxelles, 29 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1954, note G. GENICOT.

⁵⁷ B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », *op. cit.*, p. 81.

⁵⁸ Développements précités, p. 26.

⁵⁹ P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », *op. cit.*, p. 241.

⁶⁰ Cass., 18 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 893; Cass., 2 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 1.

⁶¹ Sur les changements induits par l'adoption du livre 6 sur cette question, voy. la contribution d'Olivier Evrard et Mathilde Moulin dans le présent ouvrage.

LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

On peut voir dans l'exception un attachement fondamental à la sécurité des personnes et de la propriété d'autrui, qui ne saurait être confisquée par le contrat, mais l'explication perd de sa pertinence, vu le recours de plus en plus fréquent aux sanctions pénales dans des domaines qui peuvent paraître bien éloignés en fonction des circonstances. Que l'on songe aux contraventions au Code de la route dans le cadre d'un contrat de transport, aux défauts d'accès à la profession en droit de la construction⁶², aux infractions d'abus de confiance et d'escroquerie ou aux violations du droit pénal social, par exemple en matière de protection de la rémunération⁶³. Plus fondamentalement, l'exception tiendrait au caractère d'ordre public de l'action civile (il serait interdit de renoncer par avance à l'action civile dérivant d'infractions qui viendraient à être commises)⁶⁴.

Il est un fait que le champ très large de l'exception vide le problème du concours d'une grande partie de son enjeu, rendant les possibilités de recours difficiles à anticiper pour les contractants⁶⁵. C'est d'autant plus le cas que le juge peut lui-même, en vertu de la conception factuelle de la cause, soulever une qualification pénale à laquelle les parties n'ont pas pensé. S'il appartient toujours à la personne lésée de prouver les éléments constitutifs de l'infraction à l'origine de l'inexécution contractuelle, rappelons que des poursuites pénales ne sont pas requises⁶⁶.

Section 3

Évolution du projet de réforme et texte adopté

12. Contrairement au deuxième paragraphe relatif au sort de l'auxiliaire, qui a fait l'objet d'une « valse-hésitation »⁶⁷ au cours des travaux parlementaires, le premier paragraphe de l'article 6.3 du Code civil, appuyé sur de solides

⁶² Voy. Bruxelles (2^e ch.), 26 janvier 2017, R.G. n° 2016/AR/1751, disponible sur www.juportal.be.

⁶³ Art. 42, 1^o, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération. Pour une application, voy. Liège, 30 juin 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 167, concernant le non-paiement d'une prime de fin d'année. Pour un autre exemple en droit social, Anvers, 22 mai 2018, *Dr. eur. transp.*, 2018, p. 190 (violation du Code du bien-être au travail).

⁶⁴ « Pareille convention est en effet de nature à encourager la commission de pareilles infractions ou, à tout le moins, à réduire la vigilance de celui qui en bénéficie et donc à augmenter le risque qu'il en commette. L'on pense à cet égard aux multiples infractions techniques qu'une entreprise économique peut être amenée à commettre à défaut de veiller ponctuellement au respect des textes applicables », P. A. FORTIERS, « Les concours de responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Observations sur le droit positif », *op. cit.*, p. 122, citant les conclusions du Procureur général W. GANSHOF VAN DER MEERSCH avant Cass., 16 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 967, spéc. p. 973 et celles du Procureur général F. DUMON avant Cass., 31 janvier 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 622.

⁶⁵ A. FOURREZ et S. LARIELLE, « Les relations entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle dans le projet belge », in B. DUBUISSON (coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique. Regards croisés et aspects de droit comparé*, coll. du GRERCA, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 166-167.

⁶⁶ Cass., 4 février 2022, *R.G.D.C.*, 2023, p. 289, note W. BUELENS et D. VERHOEVEN; Bruxelles, 10 mars 2017, *J.D.S.C.*, 2017, p. 169, note M.-A. DELVAUX; C. MARR, « Inexécution contractuelle et infractions pénales: regards croisés », *op. cit.*, p. 284.

⁶⁷ V. DE WULF, « Réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle. Épisode 1. Introduction », *For. ass.*, 2024, p. 3. Voy. la contribution de Florence George dans le présent ouvrage.

motifs par la Commission de réforme, n'a pas donné lieu à énormément de discussions. Le texte n'a, en conséquence, pas beaucoup varié au fil des projets.

Comme nous le verrons dans la section suivante, le législateur inverse désormais le principe, en ouvrant, sauf exceptions (notables), l'action délictuelle au cocontractant lésé. La première mouture de l'avant-projet de loi visait, au rang des exceptions maintenant l'exclusivité du contrat (art. 5.143, al. 2), les « dispositions légales particulières applicables au contrat en cause et les clauses contractuelles, qui concernent les conditions et les effets de la responsabilité, la déchéance ou la prescription ». L'expression « dispositions particulières » avait été critiquée⁶⁸, amenant la Commission de réforme à compléter l'exposé des motifs : « Les règles auxquelles l'article 5.143, alinéa 2, donne la priorité sont celles qui s'appliquent spécifiquement aux relations contractuelles entre les parties et qui règlent un ou plusieurs aspects de leur responsabilité en cas d'inexécution contractuelle, tels que les conditions et les conséquences de celle-ci, ou la déchéance ou la prescription. La priorité ne s'applique donc pas pour les règles générales relatives à la responsabilité pour non-respect des contrats ou engagements en général (en ce compris celles relatives à l'imputabilité de la faute de l'auxiliaire ou l'usage de choses défectueuses) ou les règles *générales* qui concernent la prescription des actions contractuelles »⁶⁹. Dans la deuxième mouture du texte, il était fait référence aux « dispositions légales particulières et [aux] clauses contractuelles applicables spécifiquement aux obligations des parties », ce qui ne satisfaisait pas davantage les premiers commentateurs : « D'emblée, il convient de constater que la distinction opérée entre les règles spécifiques, d'une part, et les règles générales relatives à la responsabilité contractuelle, d'autre part, n'est pas de nature à assurer la sécurité juridique. [...] il appartiendra aux juridictions de fond saisies d'un litige de déterminer le caractère spécifique ou général d'une règle, légale ou contractuelle, applicable à la responsabilité contractuelle, étant entendu que la qualification retenue aura une conséquence importante pour la résolution du litige »⁷⁰. L'intention du législateur a été mieux traduite dans la proposition de loi, à l'article 6.4 devenu finalement l'article 6.3, mais le débat pourrait resurgir néanmoins (*infra*, n° 21).

Dans l'avant-projet, le deuxième alinéa se terminait par une exception à l'exception, permettant d'écarter, en cas de dommages corporels, les règles contractuelles qui devraient normalement primer. Cette disposition a été complétée dans la proposition de loi pour viser également la faute commise avec l'intention de causer un dommage.

⁶⁸ Voy. Fl. GEORGE, « Vers une réforme du droit de la responsabilité civile? », in Fl. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 138.

⁶⁹ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 30.

⁷⁰ A. FOURREZ et S. LARIELLE, « Les relations entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle dans le projet belge », *op. cit.*, p. 165.

LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

13. Le texte adopté est le suivant :

Art. 6.3. Responsabilité contractuelle et extracontractuelle

§ 1^{er}. Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre cocontractants.

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

§ 2. [Sort des auxiliaires]

Section 4

Analyse du nouveau dispositif

Sous-section 1

Inversion du principe

14. D'après le Code civil 2.0, en règle, «les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre cocontractants». Le choix central posé par le législateur est celui du libre concours des actions contractuelle et délictuelle. Depuis 1973, la prééminence avait toujours été donnée au contrat; ce n'est que par exception, moyennant la réunion des conditions rappelées plus haut, que l'action *ex delicto* était ouverte. Les travaux préparatoires le confirment, « [l]a proposition s'écarte ainsi de la jurisprudence de la Cour de cassation »⁷¹. Ils confirment également que, sauf dérogation contractuelle ou légale (*infra*, n° 18), c'est bien une option qui se présente au cocontractant lésé, libre de se placer dans l'un ou l'autre ordre de responsabilité, les deux systèmes ne pouvant s'appliquer simultanément⁷². La loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux peut être citée comme source d'inspiration. Cette loi tranchait elle-même la question du concours pour ce qui la concernait en admettant l'action délictuelle, au départ d'une analyse des intérêts qu'elle entendait protéger, à savoir la sécurité des personnes et des biens⁷³. Le nouveau dispositif généralise cette solution⁷⁴.

⁷¹ Développements précités, p. 21; C. HÉLAS, «Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle», *op. cit.*, p. 38.

⁷² Développements précités, p. 27.

⁷³ Art. 13 de la loi du 25 février 1991 sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Ce régime particulier de responsabilité est désormais intégré dans le Code civil. La loi précise qu'il ne porte pas préjudice aux droits dont la personne lésée peut se prévaloir par ailleurs au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle (art. 6.53).

⁷⁴ B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », *op. cit.*, p. 80.

Signalons que la section 2 du livre 6, intitulée «Concours», s'ouvre par un article 6.2 «Application non exclusive», qui consacre, dans l'autre sens, la possibilité d'opter pour une autre base d'action que la responsabilité extracontractuelle lorsque celle-ci est permise: «Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, l'application d'une disposition du présent livre n'empêche pas l'application d'autres dispositions du présent livre, d'autres parties du présent Code ou d'autres lois». D'après le commentaire des articles, l'article 6.3 rappelle d'ailleurs le principe exposé à l'article 6.2, «selon lequel chacun peut se prévaloir des règles de droit dont les conditions d'application sont remplies, même si d'autres règles de droit (de même niveau hiérarchique) s'appliquent également»⁷⁵.

15. Les auteurs de la réforme ont voulu prendre leurs distances avec l'hypothèse, souvent répétée par les contempteurs du concours et dont la Cour de cassation faisait le soutènement de sa jurisprudence, que «sauf stipulation contraire, les parties au contrat ont voulu soumettre leur relation contractuelle et ses manquements aux seules règles de la responsabilité contractuelle»⁷⁶. Une partie de la doctrine, dont le professeur Fagnart, s'était montrée très critique vis-à-vis de cette prémisse: «D'où vient cette hypothèse? L'hypothèse a-t-elle un fondement sociologique? Le ministère de la Justice a-t-il fait une enquête d'opinions qui aurait démontré que les parties au contrat veulent soumettre leur relation contractuelle et ses manquements "aux seules règles de la responsabilité contractuelle"? L'hypothèse a-t-elle un fondement logique? Découlerait-elle d'une règle de droit? On sait que le contrat est une source d'obligations. Il crée, pour les parties contractantes, des obligations nouvelles qui, *a priori*, devraient venir s'ajouter aux obligations découlant de la loi et des normes de conduite. En vertu de quel mystérieux phénomène, le contrat aurait-il pour effet d'abolir, de gommer, de supprimer ou de suspendre, entre les parties contractantes, les obligations préexistantes qui étaient les leurs?»⁷⁷ Il faut admettre que l'on était là face à une fiction et que, bien souvent, «les parties n'ont même pas le moindre soupçon qu'en contractant elles renoncent [...] aux droits que leur confère le droit de la responsabilité extracontractuelle»⁷⁸. Conformément à l'article 1.12 du Code civil, la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut se déduire que de faits ou d'actes qui ne sont pas susceptibles d'une autre interprétation, tandis que la portée du contrat se détermine suivant la volonté réelle des parties (art. 5.64 C. civ.). Et puis, «pourquoi permettre qu'une règle en chasse une autre, alors que les deux peuvent prétendre à résoudre le problème?»⁷⁹

Une action fondée sur la responsabilité délictuelle n'est donc plus exclue du seul fait que des clauses du contrat incorporent des obligations générales de

⁷⁵ Développements précités, p. 28. Le paragraphe VI-1:103 (d) du *Draft Common Frame of Reference* va dans le même sens.

⁷⁶ Cass., 27 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2485, *N.j.W.*, 2008, p. 28, note I. B.

⁷⁷ J.-L. FAGNART, «La responsabilité du fait des choses dans les relations contractuelles», *op. cit.*, p. 99.

⁷⁸ Développements précités, p. 25.

⁷⁹ M. VAN QUICKENBORNE, «Réflexions sur le dommage purement contractuel», *op. cit.*, p. 345.

LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

prudence et de diligence qui s'imposent à tous ou, plus généralement, du fait que la théorie du contrat oblige chaque partie à se comporter comme une personne prudente et raisonnable (art. 5.73).

16. L'article 6.3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil supprime ainsi les conditions cumulatives de faute mixte et de dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat exigées jusqu'ici (et jusqu'à l'entrée en vigueur du livre 6, à moins d'un revirement de jurisprudence inspiré par la nouvelle loi). Cette suppression règle en même temps les difficultés liées à l'application des présomptions de responsabilité extracontractuelle issues des articles 1384 à 1386 de l'ancien Code civil. La jurisprudence était partagée (et pour le moins imprévisible) quant à la réunion des conditions du concours dans de tels cas, surtout à propos de la responsabilité du gardien d'une chose vicieuse lorsque la chose en question est comprise dans l'objet du contrat⁸⁰. Comment parler de « faute » mixte face à un régime de responsabilité sans faute ? Cet embarras est à présent dissipé.

Notons à cet égard que l'article 5.230 du Code civil élargit potentiellement le champ contractuel en prévoyant que « si l'inexécution d'une obligation [contractuelle, en l'occurrence] est due à l'utilisation d'une chose défectueuse, cette inexécution est imputable au débiteur, sauf force majeure »⁸¹. Cette disposition traduit une forme d'obligation de sécurité, que le législateur érige en obligation de résultat⁸². En revanche, si aucune obligation contractuelle n'a été assumée à l'égard de la chose, la question du concours ne se pose pas : seule la responsabilité délictuelle est envisageable. Par conséquent, avant d'appliquer l'article 6.3, le juge doit toujours déterminer s'il peut être question d'option des responsabilités et, pour ce faire, fixer le périmètre du contrat. Il devra toujours dire, par exemple, si la présence d'un objet métallique dans un champ est ou non étrangère au contrat d'entreprise portant sur l'exploitation du champ, et donc décider si l'on est face à la violation d'une obligation contractuelle. Si la réponse est négative, l'application de la responsabilité extracontractuelle ne

⁸⁰ Voy. B. DUBUISSON et al., *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, op. cit., nos 694 et s. ; E. DE SAINT MOULIN, « Le concours de responsabilité et l'article 1384, alinéa 1^{er} : des conditions inadaptées ? », note sous J.P. Forest, 4 mai 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 85 ; J.-L. FAGNART, « La responsabilité du fait des choses dans les relations contractuelles », op. cit., p. 91 ; P. GILLIAERTS, « Bevestiging rechtspraak *Tiercé Franco Belge* inzake samenloop van contractuele et buitencontractuele aansprakelijkheid: heet hangijzer of niet veel meer aardappel », note sous Cass., 17 mars 2017, *R.D.C.-T.B.H.*, 2017, pp. 953-958 ; C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », op. cit., pp. 49 et s. ; S. SOMERS, « De contractuele sfeer bij samenloop: naar een enge interpretatie van contractuele schade ? », note sous Gand, 8 octobre 2015, *R.G.D.C.*, 2017, pp. 552-561.

⁸¹ On se gardera d'assimiler *ipso facto* l'utilisation d'une chose défectueuse et la garde d'une chose vicieuse. La première emporte une présomption de responsabilité pour faute, tandis que la seconde relève d'une responsabilité objective. Voy. Fl. GEORGE, P. COLSON, A. CATALDO et B. FOSSÉPREZ, *Manuel de droit des obligations*, op. cit., n° 351.

⁸² Voy. B. KOHL, « Les sanctions de l'inexécution de l'obligation en matière contractuelle et extracontractuelle dans le nouveau Code civil », op. cit., pp. 404-405. L'auteur relève que l'article 5.230 peut s'appliquer aussi à l'immeuble dans lequel le débiteur a établi son activité ou à l'animal auquel il recourt pour exécuter son obligation.

pose aucune difficulté. Dans le cas contraire, les limitations au concours que nous verrons ultérieurement (*infra*, n^{os} 19 et s.) s'appliqueront même si l'inexécution est le fait d'autrui ou d'une chose vicieuse, dès lors qu'il s'agira de réparer un « dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle » (art. 6.3, al. 2). On l'aura compris, l'ancien débat sur les conditions du concours risque donc de renaître au stade préalable de la détermination du périmètre contractuel⁸³.

17. Le Conseil d'État a regretté que le texte de loi se contente de rendre les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle « applicables entre cocontractants », sans préciser que les conditions propres à cette variété de responsabilité doivent être effectivement réunies pour autoriser l'action. Il est vrai que cette exigence peut ressortir implicitement de la réserve exprimée en début de texte (« sauf si la loi en dispose autrement »), mais le Conseil d'État était d'avis de revoir l'énoncé du premier paragraphe « pour éviter que de nouvelles querelles se développent sur les conditions du cumul dont la possibilité serait ainsi consacrée ». Il invitait les auteurs à compléter le texte « afin de préciser que, sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions du livre 6 peuvent être invoquées par une partie contractante à l'égard de l'autre même si le manquement allégué porte sur une obligation contractuelle, pour autant qu'il soit aussi constitutif d'une faute conformément à l'article [6.5] proposé du Code civil »⁸⁴.

Comme le législateur n'a pas estimé devoir revoir sa copie, des divergences d'interprétation pointent déjà le bout de leur nez. Selon certains, la suppression de toute condition à l'ouverture du concours est telle que « la violation d'une obligation purement contractuelle pourrait fonder un recours en responsabilité extracontractuelle »⁸⁵. Cette interprétation semble rejoindre l'idée d'une identité des fautes contractuelles et délictuelles⁸⁶, ce qui va évidemment très loin. Ainsi, la violation d'une obligation de résultat propre au contrat (respect d'un délai de livraison ou paiement d'une facture) permettrait-elle de fonder la responsabilité extracontractuelle pour tout dommage découlant de ce manquement (sous réserve des exceptions que nous verrons *infra*, n^{os} 18 et s.). Nous ne pensons pas que l'intention ait été d'ouvrir à ce point les vannes du concours. En application de l'article 6.2 du Code civil⁸⁷, nous sommes plutôt d'avis que les conditions de la responsabilité délictuelle devront toujours être vérifiées à part entière. Autrement dit, si l'existence d'un contrat n'empêche plus, sauf

⁸³ A. FOURREZ et S. LARIELLE, « Les relations entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle dans le projet belge », *op. cit.*, pp. 163-164.

⁸⁴ Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/002, pp. 7-8.

⁸⁵ P. WÉRY, « L'article 6.3, § 1^{er}, du Code civil : les vannes grandes ouvertes pour le concours des responsabilités ? », *Les Pages*, 2024, n° 171.

⁸⁶ À l'instar de la jurisprudence de la Cour de cassation française en matière de coexistence de responsabilités (Cass. fr. (ass. gén.), 13 janvier 2020, n° -17-19.963). Cette jurisprudence n'a pas percé en Belgique jusqu'ici.

⁸⁷ Tel qu'interprété dans les travaux préparatoires, *supra*, n° 14.

exception, d'agir sur une base extracontractuelle, cela ne dispense pas la personne lésée de la preuve d'une faute ou d'un fait générateur relevant de cet ordre de responsabilité. Il ne nous semble pas nécessaire de compliquer le débat en réintroduisant la notion de « faute mixte », mais il faut bien reconnaître que la même réalité est ainsi visée.

Sous-section 2

« Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement »

18. *L'incipit* de l'article 6.3 permet à la loi ou aux parties d'écarter le principe du concours. Il réaffirme en cela l'article 6.1, qui érige en règle le caractère supplétif des dispositions du livre 6. Les dérogations étaient déjà admises antérieurement⁸⁸. Dans son arrêt du 27 novembre 2006, la Cour de cassation réservait expressément les possibilités de stipulation contraire⁸⁹. Le régime n'est donc pas d'ordre public⁹⁰ : il en résulte que le juge ne doit pas soulever d'office la question du concours en l'absence de contestation de la partie dont la responsabilité (délictuelle) est recherchée.

La clause qui priverait le créancier victime du droit d'agir sur une base extracontractuelle est, par nature, valable. Elle semble difficilement attaquable sous l'angle des règles de droit commun régissant la validité des clauses limitatives de responsabilité (art. 5.52 et 5.89 C. civ.), à moins qu'elle n'entende exonérer en même temps le débiteur de son dol ou d'une atteinte à l'intégrité physique ou à la vie. Les choses sont peut-être un peu plus nuancées s'agissant des contrats de consommation. Le Code de droit économique présume en effet abusives les clauses qui ont pour objet d'« exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis de l'entreprise ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'entreprise d'une quelconque de ses obligations contractuelles » (art. VI.83, 30°). Cette disposition, au champ d'application vague, n'est pas exempte de critiques⁹¹. Pourrait-on considérer que la clause qui écarte les dispositions légales en matière de responsabilité contractuelle limite les droits de la victime de façon inappropriée ? La référence expresse à une disposition

⁸⁸ B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », *op. cit.*, p. 83.

⁸⁹ Cass., 27 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2485, *Nj.W.*, 2008, p. 28, note I. B.

⁹⁰ Bruxelles, 8 novembre 2011, *R.D.C.-T.B.H.*, 2012, p. 91, note O. VANDEN BERGHE. Comme l'écrit Bernard Dubuisson, « notre système de responsabilité civile ne hiérarchise pas les intérêts à protéger. Il comprend sous le terme dommage toute atteinte à un intérêt légitime quel qu'il soit, y compris les intérêts purement économiques. Dans ces conditions, il devient difficile de justifier la primauté absolue des règles de la responsabilité quasi délictuelle d'autant que les deux ordres de responsabilité peuvent tendre à un but identique : la réparation du dommage subi » (« Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », *op. cit.*, p. 71).

⁹¹ Voy. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Anvers, Intersentia, 2021, p. 659 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 788. Des critiques du même ordre sont émises à l'égard de l'article VI.91/5, 4°, dans les relations entre entreprises ; voy. R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude (seconde partie) », *J.T.*, 2020, p. 308.

contractuelle contraire en ouverture de l'article 6.3 devrait empêcher une telle interprétation.

La loi, quant à elle, viendra plutôt au secours de la partie faible au contrat. En ce sens, elle interdit parfois tout bonnement les clauses exonératoires de responsabilité. Dans l'exploitation d'aires de jeux, par exemple, il est interdit de mentionner l'avertissement « Utilisation à vos risques et périls » ou tout autre avertissement similaire⁹². Le droit futur, notamment le futur livre 7 du Code civil consacré aux contrats spéciaux, pourrait venir influencer la matière, en fermant ou, au contraire, en laissant subsister des possibilités de concours.

Sous-section 3

Exceptions opposables par le débiteur : retour de la primauté du contrat

19. Si le législateur s'écarte de la fiction selon laquelle les parties au contrat ont entendu situer leur relation dans un champ exclusivement contractuel (*supra*, n° 14), il ne se rallie pas davantage à la jurisprudence de la Cour de cassation antérieure à l'arrêt du 7 décembre 1973, qui ouvrirait sans conditions ni limitations le droit pour le cocontractant lésé de fonder son action sur la responsabilité de son choix. Les prévisions des parties contractantes, l'économie du contrat et la répartition des risques contractuellement déterminée doivent aussi être prises en compte et respectées⁹³. Les règles spéciales de responsabilité, légales ou contractuelles, que les parties ont eu à l'esprit en concluant leur convention, perdraient toute leur utilité si la victime pouvait les éviter en plaçant son action sur le plan extracontractuel⁹⁴.

La loi vient dès lors enserrer la liberté de choix dans des limites, qui s'appliqueront chaque fois qu'il sera question de « la réparation d'un dommage qui trouve sa cause dans l'inexécution d'une obligation contractuelle ». Dans ce cas, le débiteur pourra « invoquer les moyens de défense découlant du contrat qu'il a conclu avec la partie lésée, de la législation en matière de contrats spéciaux et des règles particulières de prescription applicables au contrat »⁹⁵. Autrement dit, le contrat retrouve une grande partie de sa primauté⁹⁶. Les conséquences de

⁹² Art. 7, § 2, de l'arrêté royal du 28 mars 2001 relatif à l'exploitation des aires de jeux.

⁹³ E. DIRIX, « Samenloop van aansprakelijkheid en allocatie van risico », *op. cit.*, pp. 59-66 ; P. A. FORIERS, « Les concours de responsabilités contractuelles et extracontractuelles. Observations sur le droit positif », *op. cit.*, 116.

⁹⁴ Développements précités, p. 27.

⁹⁵ La solution peut être rapprochée de l'article VI:1.103 (c) du DCFR.

⁹⁶ « Si une lecture rapide de cette disposition en projet peut donner l'impression, sous réserve d'une exclusion légale ou contractuelle, d'une relative liberté du cocontractant quant au fondement de son action [...], puisqu'elle ne prévoit pas de condition ni relative à la faute ni au dommage, le fond de la disposition nous paraît consacrer une primauté du contrat lorsque la demande en réparation de dommage trouve sa cause dans l'inexécution d'une obligation contractuelle » (A. FOURREZ et S. LARIELLE, « Les relations entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle dans le projet belge », *op. cit.*, p. 157).

l'application du deuxième paragraphe, que nous détaillons ci-après, sont considérables. Après avoir posé le principe du concours sans conditions au premier alinéa, le législateur le réduit drastiquement, en réintroduisant au passage une référence au dommage en lien causal avec l'inexécution du contrat. D'après les premiers commentaires doctrinaux, « [s]’il devait être admis [que les obligations] relèvent davantage de la norme générale de prudence que des obligations contractuelles, les dispositions légales particulières et limitations contractuelles ne seraient plus applicables, puisque le dommage ne serait plus la conséquence de l'inexécution d'une obligation contractuelle »⁹⁷. La délimitation du périmètre contractuel reste donc essentielle. Un fois ce test effectué, si le manquement concerne bien une obligation mixte, la notion de dommage en lien causal avec l'inexécution du contrat reprend le pas, puisqu'elle entraînera l'opposabilité des moyens de défense. Ici, l'arrêt du 25 mai 2023 pourrait étendre sa portée (*supra*, n° 10). Dès lors que le dommage est une suite nécessaire de l'inexécution du contrat (peu importe qu'il s'agisse ou non de la perte du bénéfice escompté), les exceptions découlant de la nature même de ce contrat feront obstacle aux règles de la responsabilité extracontractuelle.

A. Moyens de défense découlant du contrat

20. La partie dont la responsabilité est recherchée peut tout d'abord opposer les moyens de défense découlant du contrat qu'elle a conclu avec la personne lésée. En pratique sont essentiellement visées les clauses limitatives de responsabilité, qu'elles déterminent les conditions d'existence de la responsabilité ou qu'elles en aménagent les effets (plafond ou forme d'indemnisation, par exemple). D'autres types de clauses, comme celles attributives de compétence ou de droit applicable, ne semblent pas relever des « moyens de défense » à proprement parler.

Si le contrat contient une clause exonératoire, la volonté des parties ne pourra être contournée, sauf à attaquer la validité de ladite clause sur la base des articles 5.52, 5.57, 5.88 et 5.89 du Code civil ou des articles VI.82 et suivants et VI.91/1 et suivants du Code de droit économique. La portée de la clause peut toujours être limitée à la responsabilité contractuelle, mais si ce n'est pas le cas, elle pourra être opposée par le défendeur : « La proposition se distancie implicitement de la position précédemment adoptée par une partie de la jurisprudence et de la doctrine selon laquelle les clauses contractuelles limitatives formulées de manière générale ne s'appliquent pas à la responsabilité extracontractuelle. S'il n'est pas démontré qu'une clause ne concerne que le défaut d'exécution, on peut supposer qu'elle s'applique également à la responsabilité extracontractuelle. Une interprétation qui exclut de l'application d'une clause certaines hypothèses que les parties elles-mêmes n'excluent pas est contraire à l'autono-

⁹⁷ A. FOURREZ et S. LARIELLE, « Les relations entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle dans le projet belge », *op. cit.*, p. 162.

mie de la volonté»⁹⁸. Cette dernière considération est discutable en vertu des principes applicables (*supra*, n° 5, premier tiret), mais la solution est claire.

Notons, même si cela dépasse le cadre de notre exposé, que les limitations contractuelles tirées du contrat principal pourront tout autant être opposées par l'auxiliaire dont la responsabilité extracontractuelle serait recherchée par la partie lésée. Cela ressort tant du deuxième paragraphe de l'article 6.3 que de l'article 5.89, § 2.

B. Moyens de défense découlant des régimes de contrats spéciaux

21. Sont également opposables les moyens de défense découlant de la législation en matière de contrats spéciaux. Cette exception vise les dispositions légales « qui s'appliquent aux contrats spéciaux et qui réglementent les conditions et les conséquences de la responsabilité en cas d'inexécution d'un contrat d'une manière dérogeant au droit commun ou qui fixent des délais particuliers pour la déchéance ou la prescription de l'action »⁹⁹. Si les travaux préparatoires ne sont pas beaucoup plus disert, l'exception ne concerne donc pas, à première vue, les règles qui relèvent de la théorie générale des contrats, à défaut de quoi le principe posé au premier paragraphe serait vidé de sa substance (la responsabilité contractuelle redeviendrait, *de facto*, incontournable dans tous ses aspects). Le mécanisme s'inspire notamment de la Convention CMR, dont l'article 28 prévoit qu'un transporteur dont la responsabilité est recherchée sur une base autre que le contrat de transport peut opposer les limites de responsabilité prévues par cette Convention.

À l'heure où nous écrivons ces lignes, le droit (fédéral) des contrats spéciaux est en cours de réforme et une proposition de loi portant le livre 7 du Code civil a été présentée à la Chambre des représentants avant sa dissolution¹⁰⁰. Il serait rébarbatif (et hasardeux) d'énumérer, de façon exhaustive, les règles actuellement en vigueur susceptibles de trouver un écho à l'article 6.3. Les travaux préparatoires citent, en vrac, plusieurs dispositions de l'ancien Code civil et du Code de droit économique¹⁰¹. Par exemple, les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du vendeur pour vices cachés ne pourraient être contournées par une action fondée sur la responsabilité délictuelle de ce même vendeur. Ainsi encore, la responsabilité du mandataire ne peut-elle dépasser le cadre de l'article 1992 de l'ancien Code civil. La plupart des règles visées changeront à tout le moins de numérotation avec l'adoption du livre 7. En cas de doute sur leur caractère dérogatoire ou non au droit commun des contrats, il appartiendra aux tribunaux d'en déterminer la portée, conformément aux méthodes

⁹⁸ Développements précités, pp. 29-30.

⁹⁹ Développements précités, p. 28.

¹⁰⁰ Proposition de loi du 16 avril 2024 insérant le livre 7 « Les contrats spéciaux » dans le Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2023-2024, n° 55-3973/001.

¹⁰¹ Art. 1622, 1642, 1648, 1649*quater*, 1732, 1733, 1882, 1891, 1927, 1928, 1952, 1992 anc. C. civ.; art. X.49 CDE.

LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

habituelles d'interprétation¹⁰². À nouveau, l'appréciation du juge sera primordiale, puisqu'elle déterminera la possibilité d'invoquer la règle en question comme moyen de défense... Au détriment de la sécurité juridique?

C. Moyens de défense découlant des règles particulières de prescription

22. Tout comme les règles relatives à la responsabilité pour non-respect des contrats ou des engagements en général ne prévalent pas, il ne s'agit pas non plus, pour l'auteur de l'inexécution, d'exciper du délai de prescription de droit commun des actions contractuelles. Le débiteur ne pourra pas invoquer le dépassement du délai de dix ans, dans le but de faire échec à une action délictuelle qui, quant à elle, ne serait pas encore prescrite (le point de départ du délai de cinq ans ayant été retardé). En revanche, les délais de prescription particuliers applicables au contrat conclu sont incontournables. En décider autrement reviendrait à méconnaître les prévisions légitimes des parties. L'action devra donc, en toute hypothèse, être introduite (ou la prescription interrompue ou suspendue) dans les délais particuliers résultant de l'ancien Code civil (futur livre 10 du Code civil) et des innombrables lois spéciales.

Sous-section 4

Exceptions aux exceptions : maintien de la responsabilité extracontractuelle

23. Le second alinéa du premier paragraphe se poursuit par une deuxième disposition, dans la foulée de celle que nous venons de voir : «Tel n'est pas le cas [l'opposabilité des moyens de défense précités] pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage». Le livre 6 offre une «protection spéciale»¹⁰³ aux victimes de pareils dommages.

Analysant le texte de l'avant-projet, qui était similaire en tout cas en ce qui concerne son emplacement, la doctrine s'est demandé si cette exclusion avait vocation à s'appliquer uniquement au second alinéa ou si elle devait s'appliquer également au premier alinéa portant le principe du concours. Cette dernière hypothèse reviendrait à priver d'effet les dérogations contractuelles et légales de la responsabilité extracontractuelle en cas d'action en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage. «Bien que l'endroit où figure cette exception paraisse corroborer la première solution, la seconde semble plus conforme à la jurisprudence et à la volonté initiale des auteurs de l'avant-projet.»¹⁰⁴ Le droit commun des contrats permet toutefois de lever les

¹⁰² Développements précités, p. 28.

¹⁰³ Développements précités, p. 21.

¹⁰⁴ Fl. GEORGE, «Vers une réforme du droit de la responsabilité civile?», *op. cit.*, p. 139.

doutes à ce propos, puisque l'article 5.89 du Code civil interdit de toute façon de s'exonérer de sa faute intentionnelle¹⁰⁵ (ou de celle d'une personne dont on répond) et des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

A. Atteintes à l'intégrité physique ou psychique

24. La protection des victimes de dommages corporels est un des soucis majeurs du droit civil moderne¹⁰⁸. En témoigne l'attention que lui réserve le législateur dans le livre 6¹⁰⁹, mais également dans des dispositions antérieures, comme l'article 5.89 précité, ou l'article VI.83, 25°, du Code de droit économique, qui présume depuis longtemps abusives les clauses limitatives de responsabilité en cas de dommages corporels dans les relations de consommation¹¹⁰. Il n'est pas surprenant que la loi écarte la primauté du contrat dans pareil cas de figure. La partie lésée, qui ne pouvait déjà pas se voir opposer une clause limitative de responsabilité pour une telle atteinte, demeure donc libre d'agir sur une base extracontractuelle pour demander la réparation intégrale de son dommage, sans risquer de se voir opposer un quelconque moyen de défense tiré du contrat.

Notons que, suivant l'avis du Conseil d'État, le texte a été modifié pour viser les atteintes à l'intégrité aussi bien physique que psychique, et ainsi éviter toute différence de traitement contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution¹¹¹.

B. Faute commise avec l'intention de causer un dommage

25. La primauté du contrat cède enfin en présence d'une «faute commise avec l'intention de causer un dommage»¹¹². Les auteurs du livre 6 se sont gardés

¹⁰⁵ Avec une réserve toutefois quant à la portée de ces termes; voy. *infra*, n° 25.

¹⁰⁶ Critiquant la justification de l'interdiction du concours qui repose sur la volonté présumée des parties d'écarter, en contractant, les règles de la responsabilité extracontractuelle, les travaux préparatoires indiquent : « Une manifestation de volonté supposée du contractant lésé pourrait exclure toute responsabilité extracontractuelle, y compris pour les dommages corporels et les fautes intentionnelles et pour la violation de règles de responsabilité d'ordre public ou impératives, alors qu'une clause contractuelle même expresse ne le peut pas selon les articles 5.89, 5.51 et 5.56 du Code civil » (Développements précités, pp. 25-26).

¹⁰⁷ Il en va de même dans le Code de droit économique (art. VI.83, 13° et 25°; art. VI.91/5, 6°), sous réserve des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique, qui ne font pas l'objet d'une protection particulière dans les relations B2B.

¹⁰⁸ Voy. Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek butiencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., pp. 895-897. Voy. les contributions de Bérénice Fosséprez et Pauline Colson dans le présent ouvrage.

¹⁰⁹ Voy. les contributions de Bérénice Fosséprez et Pauline Colson dans le présent ouvrage.

¹¹⁰ On peut d'ailleurs regretter que la même interdiction ne figure pas dans le régime des clauses abusives en B2B, à tout le moins au rang de présomption réfragable (« liste grise »), mais on gardera à l'esprit que le même résultat peut toujours être atteint via la définition générale des clauses abusives (art. VI.91/3). À cet égard, il est probable que l'appréciation du juge sera de plus en plus dictée par les mécanismes protecteurs adoptés par le législateur dans d'autres régimes, à commencer par le Code civil.

¹¹¹ Cf. Avis du Conseil d'État précité, p. 8. Par comparaison, le texte de l'article 5.89, § 1^{er}, alinéa 3, 2^o, ne vise que « les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne », ce qui, selon certains, exclurait les atteintes à l'intégrité psychique; voy. Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », in *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 248-249.

¹¹² Nous soulignons.

LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

d'une référence directe à la faute intentionnelle ou au dol, et ce n'est pas innocent. Une controverse voit le jour depuis l'adoption des livres 1^{er} et 5 du Code civil¹¹³. Si la notion de dol est réservée au stade de la formation du contrat et ne relève que de la responsabilité extracontractuelle, la notion de faute intentionnelle apparaît quant à elle en divers endroits en matière d'inexécution des obligations (art. 5.87, 5.89, § 1^{er}, al. 3, 1^o, 5.240 et 5.267, al. 3). Or, l'article 1.11, qui figure au rang des dispositions générales du Code civil, prévoit que « [l]a faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur ». Cette disposition consacre, avec quelques adaptations, le principe général de droit *fraus omnia corrumpit*. Elle semble donner, entre les virgules, une définition très restrictive de la faute intentionnelle (sauf à considérer que la faute commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain constitue une sous-catégorie de la notion plus large de faute intentionnelle, mais une telle lecture n'est pas conforme à la rédaction de l'article)¹¹⁴. Quant à la Cour de cassation, elle oscille entre diverses acceptions, visant tantôt la faute commise sciemment et volontairement tout en acceptant ses effets dommageables¹¹⁵, tantôt la faute commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain¹¹⁶. La formulation de l'article 6.3, § 1^{er}, alinéa 2, *in fine*, qui rejoint celle ayant cours en droit des assurances, doit être approuvée en ce qu'elle devrait permettre d'éviter ces discussions.

26. Le nouveau dispositif s'écarte de l'exception traditionnelle selon laquelle le concours est automatiquement ouvert en présence d'une infraction pénale (*supra*, n° 11), pour lui préférer une règle aux contours plus raisonnables. Néanmoins, il en conserve la substantifique moelle : comme avant, les faits constitutifs de coups et blessures ou d'homicide, volontaires ou involontaires, échappent à la primauté du contrat, de même que la plupart des infractions intentionnelles (celles requérant un dol direct)¹¹⁷. En revanche, les infractions pénales de négligence et, plus largement, toutes celles qui ne sont pas commises

¹¹³ Voy. Fl. GEORGE *et al.*, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 351.

¹¹⁴ Les travaux préparatoires précisent quant à eux que « l'existence d'un dol, d'une fraude, d'une tromperie ou d'une déloyauté peuvent constituer des indices de l'existence d'une intention de nuire ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui, mais ne sont pas requis pour déclencher l'application de la disposition » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 26).

¹¹⁵ Cass., 11 mars 2014, R.G. n° P.12.0946.N. Cette décision rejoint la définition de Pierre Van Ommeslaghe, selon laquelle est intentionnelle « la faute résultant d'une violation volontaire d'une obligation, pour autant que le responsable ait eu ou ait dû avoir conscience du préjudice qui devait normalement en résulter pour autrui et ait néanmoins persisté dans son comportement fautif » (« Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge », in *Les obligations en droit français et en droit belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 190). Voy. N. COLETTE-BASECQZ et B. GOFFAUX, « La faute intentionnelle : regards civil et pénal », in A. CATALDO et A. PÜTZ (dir.), *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 19 et s.

¹¹⁶ Cass., 16 janvier 2023, R.G. n° C.22.0217.F.

¹¹⁷ N. COLETTE-BASECQZ et B. GOFFAUX, « La faute intentionnelle : regards civil et pénal », *op. cit.*, p. 39 ; A. DELANNAY, « Homicides et lésions corporelles volontaires », in H-D. BOSLY et C. DE VALKENEER (dir.), *Les infractions*, vol. 2, Les infractions contre les personnes, 1^{re} éd., coll. Droit pénal, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 124.

avec l'intention de causer un dommage (et qui n'entraînent pas d'atteinte corporelle) ne permettront plus de faire échec aux moyens de défense contractuels. Illustrons ce changement au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 2015¹¹⁸. En l'espèce, l'action civile était exercée par le loueur d'un véhicule au volant duquel le prévenu s'était rendu coupable d'infractions au Code de la route et de conduite en état d'imprégnation alcoolique. Le recours du bailleur était limité contractuellement, mais la Cour a refusé de sanctionner le jugement qui avait écarté l'application du contrat et avait fait droit à la demande sur la base de la responsabilité délictuelle. Une telle appréciation ne sera plus possible avec l'entrée en vigueur du livre 6, à défaut de dommage corporel ou de faute commise avec l'intention de causer un dommage.

Section 5

Appréciation d'ensemble

27. En cent ans, la solution apportée au problème du concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle a varié du tout au tout. Après avoir longtemps admis un concours absolu, impliquant uniquement la réunion des conditions propres au régime de responsabilité mobilisé, la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 7 décembre 1973 de la Cour de cassation a donné lieu, selon l'interprétation retenue, à une interdiction du concours¹¹⁹ ou, en tout cas, à un concours limité par des conditions strictes. Si la Cour a progressivement confirmé qu'une faute mixte peut ouvrir la voie à une action délictuelle, elle maintient que le dommage doit être autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat, condition qui, suivant l'interprétation consacrée par un arrêt récent du 25 mai 2023, réduit à peau de chagrin les possibilités effectives de concours.

Avec l'article 6.3, § 1^{er}, du Code civil, le législateur s'écarte de cette jurisprudence et renverse le principe. Désormais, le créancier se voit reconnaître, sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, « une option non conditionnée, mais affectée des limitations liées à la primauté du contrat dans le cas de l'inexécution d'une obligation contractuelle »¹²⁰. La disposition peut être rapprochée du *Draft Common Frame of Reference*, projet européen d'harmonisation du droit de la responsabilité. Comme lui, elle laisse aux parties la liberté d'aménager leur responsabilité en plaçant la relation contractuelle dans un certain cadre qui doit être respecté. Permettre une intrusion trop grande de la responsabilité délictuelle dans ce cadre reviendrait à « saboter le mécanisme contractuel lui-

¹¹⁸ Cass., 10 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1740.

¹¹⁹ On a parlé de « non-immixtion de la responsabilité [délictuelle] dans le contrat » (R.O. DALCQ et Fr. GLANSDORFF, « Responsabilité aquilienne et contrats », note sous Cass., 7 décembre 1973, *R.C.J.B.*, 1976, p. 22).

¹²⁰ A. FOURREZ et S. LARIELLE, « Les relations entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle dans le projet belge », *op. cit.*, pp. 158-159.

LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

même»¹²¹. On évite de mettre en péril les activités de ceux qui, à cette occasion, seraient malencontreusement à l'origine d'un dommage. Mais, « outre cette hypothèse », le nouveau dispositif se veut garant « d'une souplesse et d'une meilleure défense des victimes ou des créanciers »¹²². Il peut, en cela, être salué.

L'article 6.3, § 1^{er}, enserme la liberté qui prévalait avant 1973 dans un champ plus raisonnable. L'abandon de l'exception relative aux faits constitutifs d'infraction pénale, face auxquels le concours était automatiquement ouvert, a le même effet. En visant seulement les dommages résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage, le livre 6 conserve la substance de l'ancienne exception, tout en évitant son application à des hypothèses qui ne le justifient pas.

28. Cependant, la réforme nous semble manquer une occasion de recentrer le débat autour de l'objet du contrat. En faisant prévaloir le contrat (en ses règles légales et conventionnelles particulières) chaque fois que *la personne lésée demande à son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle*, le nouveau dispositif réintroduit, *volens nolens*, les discussions nées de la jurisprudence antérieure. La question resurgit en effet comme un boomerang : la loi vise-t-elle la réparation d'un dommage purement contractuel, consistant dans la perte du bénéfice attendu du contrat et ses suites directes et indirectes, ou bien la réparation de tout dommage en lien causal¹²³ avec le manquement contractuel ? Selon le professeur Dubuisson, « ce ne sont pas tant les circonstances de fait dans lesquelles la faute a été commise que l'intérêt que l'action entend protéger qui importe »¹²⁴ ; l'article 6.3, § 1^{er} tel qu'il est rédigé ne semble pas rencontrer cette préoccupation. Rappelons que, d'après la Cour de cassation, le juge qui admet une action délictuelle au motif « que le dommage est distinct de l'inexécution du contrat dans la mesure où, s'agissant d'une atteinte à la sécurité de biens qui ne font pas l'objet du contrat, le dommage est détachable du manquement contractuel », ne justifie pas légalement sa décision¹²⁵. Une référence à une relation directe avec l'objet du contrat, en dehors duquel les règles propres au contrat ne pourraient plus être opposées à la victime¹²⁶, aurait selon nous été souhaitable. En l'état, la victime

¹²¹ D. PHILIPPE, « Concours de responsabilités en droit européen de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 283.

¹²² *Ibid.*

¹²³ L'équivalence des conditions est consacrée à l'article 6.18, à moins que le lien entre le fait générateur et le dommage soit « à ce point distendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à la personne dont la responsabilité est invoquée » (§ 2) ; voy. la contribution de Valéry De Wulf dans le présent ouvrage. « L'insertion des mots "causé par" [à l'article 6.3, § 1^{er}, alinéa 2.] n'entraîne aucune modification de fond mais permet de lever tout doute quant au fait qu'un lien causal au sens de l'article 6.[18] est requis » (Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/004, p. 9).

¹²⁴ B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », *op. cit.*, p. 83.

¹²⁵ Cass., 25 mai 2023, R.G. n°s C.21.0425.F-C.22.0120.F, R.G.A.R., 2024, p. 11.

¹²⁶ « Que le dommage causé soit extérieur à l'objet du contrat », et la partie lésée conserverait la liberté d'invoquer les règles de la responsabilité extracontractuelle ; cf. R. SAVATIER, note sous Cass. fr., 13 mai 1955, *D.*, 1956, p. 55.

désirant agir sur une base extracontractuelle, sans craindre de se voir opposer des moyens de défense contractuels, devra concentrer ses efforts pour tenter de réduire le champ des obligations contractuelles (détermination du périmètre du contrat)¹²⁷.

En fin de compte, puisque l'intérêt de l'option des responsabilités réside en grande partie dans le contournement des clauses exonératoires et des régimes spécifiques des contrats spéciaux, on peut douter de la plus-value du texte adopté, qui méritera d'être réévalué. Faudra-t-il conclure, comme Tancrède dans *Le Guépard*, qu'il fallait « que tout change pour que rien ne change »¹²⁸ ?

29. Il appartient comme toujours aux praticiens de s'approprier la nouvelle disposition. En particulier, il sera intéressant d'observer l'évolution de la rédaction des contrats : la faculté d'écarter les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle deviendra-t-elle une clause de style ? Certes, le texte de loi ne fait que reconnaître une possibilité admise de longue date, mais elle l'était jusqu'ici dans un contexte nettement plus hostile au concours. Assistera-t-on à une multiplication des stipulations contractuelles dans le but d'augmenter les moyens de défense aux mains du débiteur en cas d'action basée sur la responsabilité délictuelle ? Et quelles seront les conséquences de la réforme sur la pratique des assurances ? Les compagnies imposeront-elles de nouvelles limites à leur intervention ? En ce qui concerne les assureurs protection juridique dont la garantie est limitée au recours extracontractuel, ceux-ci ne devraient plus pouvoir refuser leur intervention dès lors que, par principe, l'option de responsabilités est ouverte à la victime, mais peut-être seront-ils tentés d'insérer des réserves pour le cas où, *in fine*, la primauté du contrat l'emporterait.

Quoi qu'il en soit, une partie des problèmes posés par la question du concours trouve sa solution dans le rapprochement des régimes des deux ordres de responsabilité¹²⁹. On peut se réjouir que les livres 5 et 6 du Code civil poursuivent ce mouvement¹³⁰.

¹²⁷ A. FOURREZ et S. LARIELLE, « Les relations entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle dans le projet belge », *op. cit.*, p. 162.

¹²⁸ Réplique du film de Luchino Visconti (1963), d'après l'oeuvre de Giuseppe Tomasi di Lampedusa.

¹²⁹ Que la doctrine appelle de ses vœux depuis longtemps ; voy. M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexions sur le dommage purement contractuel », *op. cit.*, p. 345 ; B. VERKEMPINCK, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle : l'enjeu au regard de la mesure du préjudice contractuel », *op. cit.*, p. 241 : « L'abandon de la dichotomie des régimes de réparation permettrait de dépasser définitivement l'épineux et irritant problème du concours ».

¹³⁰ On ne saurait être plus clair que l'article 5.237, alinéa 2, à propos de la réparation du dommage résultant de l'inexécution de toute obligation (y compris contractuelle) : « Les articles 1382 à 1386bis de l'ancien Code civil [art. 6.5 et s. C. civ.] sont d'application conforme à moins que leur nature et leur portée ne soient incompatibles avec une telle application ».

LEXNOW