

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le sort de l'auxiliaire

George, Florence

*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):*

George, F 2024, Le sort de l'auxiliaire. dans *Le nouveau livre 6 du Code civil: la réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle*. 2024 edn, Anthemis, Limal, pp. 421-457.

### 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 sort de l'auxiliaire

Florence GEORGE<sup>1</sup>

*Chargée de cours à l'UNamur  
Chargée de cours invitée à l'UCLouvain  
Avocate au barreau de Liège-Huy*

## **Art. 6.3<sup>2</sup>. Responsabilité contractuelle et extracontractuelle**

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> L'auteur remercie vivement les professeurs Henri Culot et Patrick Wéry pour les discussions et échanges très enrichissants sur la question du concours et du sort de l'auxiliaire.

<sup>2</sup> Même si la présente contribution fait toujours référence à la proposition de loi, rappelons que cette proposition a été adoptée en séance plénière à la Chambre des représentants le 1<sup>er</sup> février 2024. Il reste uniquement deux inconnues: la date de promulgation de la loi et celle de sa publication au *Moniteur belge*. C'est dans cette optique de publication rapprochée que nous ferons déjà référence dans la présente contribution au « législateur ».

## Introduction

**1. Le point de départ: la question du concours et le sort de l'agent d'exécution**<sup>3</sup>. Nul doute qu'il demeure intéressant pour une partie à un contrat d'agir par la voie extracontractuelle à l'égard de son cocontractant. Ce choix peut, en effet, être dicté par la volonté de contourner une clause exonératoire ou limitative de responsabilité, une clause d'élection de for, des règles de droit international privé, certains délais de prescription applicables aux actions contractuelles, ou encore de faire intervenir une assurance<sup>4</sup> ou de bénéficier d'une présomption de responsabilité<sup>5</sup>.

Sous l'empire du Code Napoléon s'est rapidement posée la question de savoir si, malgré l'existence d'un contrat, les règles de la responsabilité délictuelle pouvaient être invoquées entre parties contractantes. C'est ce que recouvre généralement la théorie du « concours » aussi appelée « cumul » ou encore « option » de responsabilités.

La question s'est posée dans les mêmes termes et avec autant d'acuité en présence d'un agent d'exécution. Lorsque le débiteur d'une obligation contractuelle fait appel à un agent d'exécution pour exécuter tout ou partie du contrat qui lui a été confié, le créancier-cocontractant dispose-t-il d'une action extracontractuelle à l'égard dudit agent à l'origine de l'inexécution ?

En réponse à cette question, la jurisprudence de la Cour de cassation a sensiblement évolué au cours des années<sup>6</sup>. Trois périodes importantes ont en effet émaillé la jurisprudence de notre Haute juridiction.

Au cours de la première période, qui s'est arrêtée en 1973, la Cour de cassation a tout d'abord admis très largement le concours<sup>7</sup>. Cette jurisprudence a été confirmée à l'occasion de plusieurs arrêts subséquents<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Voy., sur cette question, 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*, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 67-84 ; P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », in S. STIJNS ET P. WÉRY, *Les rapports entre responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 223-245 ; C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 7-55 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Théorie générale du contrat, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n<sup>os</sup> 621 et s.

<sup>4</sup> Voy. sur les questions que soulève le nouveau régime en droit des assurances, L. STEINER, « Loi portant le livre 6 "La responsabilité extracontractuelle" du Code civil : lignes de force de la réforme », *Bull. ass.*, 2024, p. 11.

<sup>5</sup> Voy. C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 9-12.

<sup>6</sup> Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 595 et s.

<sup>7</sup> Cass., 13 février 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 115 : « Attendu, cependant, qu'en prescrivant la réparation par chacun de tout dommage caus[é] à la personne d'autrui ou à ses biens, l'article 1382 du Code civil a édicté une règle dont l'observation s'impose, en principe, à tous et en toutes circonstances ; Attendu que la règle ne cesse pas de trouver son application dès qu'un contrat a été l'occasion du dommage ; Attendu que le fait de s'engager, dans un contrat, à veiller tout spécialement aux biens ou à la personne d'un contractant n'enlève pas, par lui-même, toute action quasi délictuelle à ce dernier, pour lui réserver seulement, en cas de dommage l'action née du contrat ».

<sup>8</sup> Cass., 18 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1006 ; Cass., 7 novembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 215.

Une deuxième période s'est ensuite ouverte avec l'arrêt dit « de l'arrimeur » du 7 décembre 1973<sup>9</sup> – lequel concernait justement la situation d'un agent d'exécution – qui a renversé radicalement la tendance. Cet arrêt, qui fut ensuite confirmé à l'occasion d'hypothèses concernant l'action en responsabilité délictuelle diligentée contre le débiteur contractuel<sup>10</sup>, a donné lieu en doctrine à plusieurs interprétations. Tandis que les partisans de la *verdwijningsleer* (théorie de la disparition du concours) préconisaient de ne retenir l'option de responsabilité qu'en présence d'une faute étrangère au contrat, les adeptes de la *verffijningsleer* (théorie de l'affinement des conditions du concours) se limitaient à exiger la preuve d'une faute mixte.

Dans un troisième temps, l'arrêt du 29 septembre 2006<sup>11</sup> est venu trancher la controverse qui opposait les deux camps. La Cour, en modifiant sensiblement la formulation employée<sup>12</sup>, a rejoint les rangs des partisans de la théorie de l'affinement. L'existence d'un contrat exclut en principe l'introduction d'une action en responsabilité extracontractuelle entre les parties sous réserve de l'existence à la fois d'une faute mixte<sup>13</sup> et d'un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat<sup>14-15</sup>. À cette double condition, le choix entre la responsabilité délictuelle ou contractuelle s'offrait au créancier.

<sup>9</sup> Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376 : « 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 imputer 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* ».

<sup>10</sup> 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 »).

<sup>11</sup> Cass., 29 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1717, note A. VAN OEVELEN, *N.J.W.*, 2006, p. 946, note I. BOONE, *T.B.O.*, 2007, p. 66, note K. VANHOVE : « Le contractant qui se fait remplacer par son travailleur pour l'exécution d'une obligation contractuelle est lui-même contractuellement responsable du dommage causé par l'exécutant.

Sa responsabilité quasi délictuelle ne peut être admise que si la faute qui lui est imputée constitue un manquement *non seulement* à l'obligation contractuelle *mais aussi* au devoir général de diligence qui lui incombe et si cette faute a causé un dommage autre que celui qui est dû à la mauvaise exécution ».

<sup>12</sup> Voy. les termes « non de [...] mais de » qui deviennent « non seulement [...] mais aussi ».

<sup>13</sup> La faute mixte, qui consiste en une faute contractuelle qui se double d'un manquement au devoir général de prudence, vise principalement les atteintes à l'intégrité physique ou à d'autres biens que celui qui est l'objet du contrat, la violation d'une norme de sécurité, de règles déontologiques, du devoir d'information (voy. C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 31-32; Th. MALENGREAU, « La coexistence des responsabilités : état des lieux », in P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 97-105; B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », *op. cit.*, p. 80).

<sup>14</sup> La notion de « dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat » divise également la doctrine et la jurisprudence (voy. notamment Cass., 25 mai 2023, R.G. n° C.21.0425.F-C.22.0120.F).

<sup>15</sup> Voy., sur cette question du concours limité, B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », *op. cit.*, pp. 67-84; P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », *op. cit.*, pp. 223-245; C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités

## LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

Ces deux conditions furent de surcroît considérées comme réunies en présence d'une infraction pénale conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>16</sup>.

Malgré l'incertitude causée par l'arrêt fort rapproché du 27 novembre 2006<sup>17</sup>, les enseignements issus de l'arrêt du 29 septembre 2006 ont, depuis lors, été consolidés à plusieurs reprises<sup>18</sup>.

Le livre 6 rompt désormais avec cette jurisprudence en posant pour principe l'ouverture du concours et le choix pour le créancier lésé entre la voie contractuelle ou extracontractuelle<sup>19</sup>.

Cette ouverture de principe du concours (commentée dans le présent ouvrage par Andrea Cataldo) devait nécessairement aller de pair avec une modification du régime réservé à l'agent d'exécution. En effet, dès lors que le sort de l'agent d'exécution – lequel ne pouvait être assigné en responsabilité extracontractuelle par le créancier principal qu'en se conformant aux règles du concours – était lié à celui du cocontractant du créancier principal (voy. *infra*, nos 4 et s.), l'ouverture du concours allait sensiblement modifier le statut de l'agent d'exécution à l'égard du créancier principal<sup>20</sup>.

Plusieurs possibilités étaient toutefois envisageables, raison pour laquelle les discussions parlementaires ont donné lieu à un début de procession d'Echternach.

tés contractuelle et extracontractuelle», *op. cit.*, pp. 7-55; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, nos 621 et s.

<sup>16</sup> Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 216, *R.C.J.B.*, 1992, p. 497, note R. O. DALCQ: « [L]a 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 ».

<sup>17</sup> Cass., 27 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2485: « L'impossibilité de principe, pour des parties contractantes, d'invoquer les règles de la responsabilité extracontractuelle dans le cadre de leur relation contractuelle, découle de l'hypothèse que, sauf stipulation contraire, les parties au contrat ont voulu soumettre leur relation contractuelle et ses manquement aux seules règles de la responsabilité contractuelle ».

<sup>18</sup> Cass., 24 mars 2016, *R.G.D.C.*, 2019, p. 512, *R.D.C.-T.B.H.*, 2017, p. 200; Cass., 17 mars 2017, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438, *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.

<sup>19</sup> Selon les termes de Victor Schollaert, « [h]et Voorstel onderbouwt zijn wijziging van de samenloopleer hoofdzakelijk aan de hand van een juridisch-technisch argument. Het samenloopverbod wordt vaak gerechtvaardigd aan de hand van de impliciete wil van partijen om afstand te doen van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht<sup>16</sup>, maar dat zou in strijd zijn met artikel 1.12 BW. Dat artikel bepaalt dat een afstand van recht niet wordt vermoed » (V. SCHOLLAERT, « Het nieuwe buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Een verkennende analyse », *Nj.W.*, 2023, n° 482, p. 375). Voy. pour une analyse de la réforme belge sous le prisme du droit français, J.-S. BORGHETTI, « Le soleil se lève au nord : ou comment la réforme belge de la responsabilité extracontractuelle fait pâlir le projet français », *Rec. Dall.*, 2024, p. 643.

<sup>20</sup> C. BORUCKI, « Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2022, p. 1099. Le lien entre le concours et la responsabilité de l'agent d'exécution se justifie aisément. Dans les deux hypothèses, l'objectif est d'éviter qu'un créancier contractuel ne contourne les dispositions contractuelles applicables en agissant par la voie extracontractuelle (J. VANANROYE et O. ROODHOOF, « Toerekening aan rechtspersonen en aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid », *T.P.R.*, 2021, p. 200).

**2. Plan.** Le degré de complexité des discussions et leurs implications pratiques imposent de traiter de manière approfondie la seule question du sort de l'agent d'exécution.

Dans une première partie, nous reviendrons rapidement sur la quasi-immunité dont bénéficiait l'agent d'exécution sous l'empire du Code Napoléon (section 1).

Ensuite, nous examinerons l'évolution des travaux parlementaires et les options envisagées quant au sort à réserver à celui que l'on dénommera désormais l'« auxiliaire » (section 2).

La solution entérinée à l'article 6.3, § 2, fera ensuite l'objet de développements complémentaires (section 3).

S'agissant d'une réelle nouveauté dans notre arsenal juridique, nous tenterons enfin d'en esquisser les potentielles évolutions (section 4).

**3. Illustrations.** Dans le cadre de la présente contribution, nous exposerons les principes en nous référant à différentes illustrations – lesquelles relèvent de quatre hypothèses distinctes – mettant en jeu un agent d'exécution<sup>21</sup>.

Premièrement, on peut envisager l'hypothèse de la sous-traitance. Un maître de l'ouvrage confie à un entrepreneur la construction d'une maison, lequel entrepreneur délègue l'exécution des travaux de toiture à un sous-traitant couvreur. Ce dernier commet des malfaçons dans le cadre des travaux confiés (ci-après « illustration a »). Si l'on retient deux relations contractuelles différentes, on imagine alors l'hypothèse d'un vendeur qui charge un transporteur de délivrer la chose vendue à un acheteur<sup>22</sup>. Qu'advient-il si le transporteur endommage la chose à la suite d'une négligence de sa part dans le cadre du transport (ci-après « illustration b »)?

Comme deuxième catégorie d'illustrations, examinons la situation des préposés. Prenons l'hypothèse d'un hôpital qui emploie un médecin sous contrat de travail. Le patient qui contracte avec l'hôpital est opéré par le médecin qui commet une faute lors de l'intervention (ci-après « illustration c »). Dans le même acabit, on peut encore songer à un voyageur qui loue une chambre d'hôtel tandis que l'un des membres du personnel laisse la chambre ouverte et permet à un voleur de subtiliser certains biens du voyageur (ci-après « illustration d »).

L'agent d'exécution en tant que représentant (par exemple un mandataire) fera l'objet de notre troisième catégorie d'illustrations<sup>23</sup>. Imaginons également

<sup>21</sup> Désormais appelé auxiliaire.

<sup>22</sup> Exemple employé par Rafaël Jafferli lors de son audition à la Chambre.

<sup>23</sup> L'illustration suivante avait été évoquée : un client confie la défense de ses intérêts à un avocat. Cet avocat recourt aux services d'un huissier, lequel omet de signifier une citation dans le délai requis. Elle a toutefois

l'hypothèse d'un transporteur chargé par un client d'acheminer des marchandises en dehors de l'Union européenne qui confie à un représentant le soin d'exécuter les formalités relatives aux droits de douane en son nom et pour son compte (ci-après « illustration e »).

En guise de dernière catégorie d'illustrations, il convient d'avoir égard à la position de l'organe d'administration d'une personne morale. Il suffit de songer à un client qui contracte avec une société de consultance. La personne physique, administrateur de cette société, commet une faute dans le cadre de l'exécution de la mission de consultance confiée à la société (ci-après « illustration f »).

## Section 1

### La situation de l'agent d'exécution sous l'empire du Code Napoléon

**4. La notion d'agent d'exécution.** Sous l'empire du Code Napoléon, la jurisprudence et la doctrine emploient généralement la notion d'agent d'exécution.

Deux conceptions de la notion d'agent d'exécution furent défendues en doctrine<sup>24</sup>. Selon la conception extensive, devait être considéré comme un agent d'exécution « celui qu'un débiteur contractuel se substitue ou s'adjoint dans l'exécution d'une obligation, mais aussi toute personne physique ou morale “dont l'intervention est la condition matérielle de l'exécution d'une obligation contractuelle” »<sup>25</sup>. Selon la conception restrictive, on affirmait plutôt que « seules les personnes ayant reçu la mission, de la part du débiteur principal, d'exécuter une partie ou l'ensemble des obligations issues du contrat principal sont des agents d'exécution »<sup>26</sup>.

La controverse fut tranchée par la Cour de cassation qui épousa la thèse restrictive. Dans son arrêt du 24 mars 2016, la Cour de cassation définit l'agent comme « une personne physique ou morale qui est chargée par le débiteur d'une obligation contractuelle de l'exécution totale ou partielle de cette obli-

été discutée par Joeri Vananroye en ces termes : « *De advocaat die om de hulp van een gerechtsdeurwaarder vraagt, die vraagt aan de gerechtsdeurwaarder om in naam van A een proceshandeling te stellen. Daar is dat een vanzelfsprekende oplossing, want er is geen sprake van een uitvoeringsagent?* » (Ch. BORUCKI, « Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2022, p. 1151).

<sup>24</sup> Voy. sur cette question, C. HÉLAS, « Tensions autour de la notion d'agent d'exécution », *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.719.

<sup>25</sup> C. HÉLAS, « Tensions autour de la notion d'agent d'exécution », *op. cit.*, qui cite R. O. DALCQ et C. DALCQ, « Quelques réflexions sur l'immunité de l'agent d'exécution », in J. ROGGE, M. REGOUT et Fl. LONGFILS (dir.), *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve-Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, p. 455. L'exemple du fournisseur de matières premières est donné.

<sup>26</sup> C. HÉLAS, « Tensions autour de la notion d'agent d'exécution », *op. cit.*, qui cite B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, Le fait générateur et le lien causal, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, vol. 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 485.

gation, que l'obligation soit exécutée pour son propre compte et en son nom ou pour le compte et au nom du débiteur»<sup>27</sup>. Cette conception restrictive est réaffirmée dans les arrêts plus récents du 7 février 2020<sup>28</sup> et du 12 mars 2020<sup>29</sup> de la Haute juridiction : un agent d'exécution est « une personne qu'un cocontractant s'est substitué pour exécuter une obligation contractuelle »<sup>30</sup>.

N'est dès lors pas un agent d'exécution, dans l'arrêt du 7 février 2020, le gestionnaire du réseau de transport d'électricité chargé d'acheminer l'électricité à partir du lieu de production vers le réseau de production qui, bien qu'exécutant une prestation indispensable à l'exécution des deux contrats principaux (contrat de vente-achat d'électricité entre le propriétaire d'une installation de production d'électricité avec la société SPE et contrat de raccordement entre ce même propriétaire et Interlux le gestionnaire de réseau), n'agissait pas comme agent d'exécution des deux débiteurs (SPE et Interlux).

Dans l'arrêt du 12 mars 2020, n'est pas davantage un agent d'exécution à l'égard d'un acheteur d'un lot d'huile de poisson, la bailleuse qui loue des cuves de stockage au vendeur. « Les tiers qui ne sont pas chargés de l'exécution d'une obligation du débiteur, tels que ceux qui fournissent au débiteur les choses que celui-ci utilise pour exécuter ses obligations, ne sont, en règle, pas considérés comme des agents d'exécution »<sup>31</sup>. Sont dès lors exclus les tiers qui n'ont pas été chargés par la partie contractante de l'exécution des obligations principales ou accessoires qui lui incombent (par exemple les fournisseurs)<sup>32</sup>.

##### 5. Le préposé, le sous-traitant, le mandataire et l'organe de société.

Il est admis unanimement que répondent à la définition d'« agent d'exécution » les préposés et sous-traitants<sup>33</sup>.

La situation des mandataires et organes de personnes morales de droit privé<sup>34</sup> a davantage fait débat.

D'une part, attribuer la qualification d'agent d'exécution aux mandataires ne s'imposait pas avec la force de l'évidence. Exécuter une obligation contractuelle et accomplir un acte juridique au nom et pour le compte d'autrui ne renvoient pas aux mêmes réalités.

<sup>27</sup> Cass., 24 mars 2016, R.G.D.C., 2019, p. 512, R.D.C.-T.B.H., 2017, p. 200.

<sup>28</sup> Cass., 7 février 2020, R.D.C.-T.B.H., 2020, p. 401 (somm.), R.G.A.R., 2020, n° 15.719 note C. HÉLAS.

<sup>29</sup> Cass., 12 mars 2020, R.G.D.C., 2020, p. 438, R.D.C.-T.B.H., 2020, p. 402.

<sup>30</sup> Cass., 7 février 2020, R.D.C.-T.B.H., 2020, p. 401 (somm.), R.G.A.R., 2020, n° 15.719 note C. HÉLAS.

<sup>31</sup> Traduction proposée par C. HÉLAS, « Tensions autour de la notion d'agent d'exécution », *op. cit.*

<sup>32</sup> Cass., 12 mars 2020, R.G.D.C., 2020, p. 438, R.D.C.-T.B.H., 2020, p. 402. Voy, sur cette question, C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 40-43.

<sup>33</sup> Voy. les illustrations a (le couvreur), b (le transporteur), c (le médecin) et d (le préposé de l'hôtel) (voy. *supra*, n° 3).

<sup>34</sup> B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 495-496; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, F. GEORGE et N. SCHMITZ, *Droit de la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, vol. 1, Le fait générateur et le lien causal, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, vol. 119, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 754 et s.

Les termes de l'arrêt du 24 mars 2016, qui précise que l'agent d'exécution est la personne physique ou morale qui est chargée par le débiteur d'une obligation contractuelle d'exécuter tout ou partie de cette obligation, peu importe qu'il exécute cette obligation pour son compte propre *ou pour le compte et au nom du débiteur*, ne laissent toutefois guère place au doute et aboutissent à élever les mandataires au rang d'agents d'exécution. Pour la Cour, lorsque la banque du destinataire d'un virement agit comme agent d'exécution de la banque de l'émetteur du virement, elle revêt la qualité d'agent d'exécution<sup>35</sup>.

D'autre part, s'agissant des organes de personnes morales, la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 novembre 1997<sup>36</sup>, a assimilé ceux-ci à des agents d'exécution. Cette jurisprudence, rendue à l'égard d'un organe d'une personne morale de droit privé (SPRL), a été confirmée par la suite<sup>37</sup>. Elle fut toutefois largement décriée par une frange de la doctrine qui considère qu'elle contrevient à la théorie de l'organe<sup>38</sup>. En vertu de cette théorie, l'organe s'identifie à la personne morale et ne se substitue pas à elle dans l'exécution d'une obligation. Autrement dit, la « personnalité de la personne morale absorbe celle de ses organes »<sup>39</sup>.

Restait la question de savoir si cette jurisprudence pouvait être étendue aux personnes morales de droit public et s'il convenait d'opérer des distinctions subtiles entre l'organe individuel (administrateur unique), l'organe collégial (conseil d'administration, lequel n'a pas de personnalité juridique) ou les membres de cet organe.

**6. La quasi-immunité de l'agent d'exécution.** Avant la réforme, les agents d'exécution bénéficiaient de ce qu'on avait coutume d'appeler une « quasi-immunité ».

D'un côté, la Cour de cassation considérait en effet que ces agents d'exécution n'étaient pas des parties au contrat. L'action en responsabilité contractuelle n'était donc pas ouverte au créancier de l'obligation contractuelle.

<sup>35</sup> Notons qu'en l'espèce, il s'agissait plus exactement d'un sous-mandat (voy., sur la substitution de mandataire et le sous-mandat, P. WÉRY, « Mandat », *Rép. not.*, t. IX, Contrats divers, liv. 7, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 153; A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, Fl. GEORGE, C. HÉLAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, 6<sup>e</sup> éd. Liège, Wolters Kluwer, 2022, pp. 487 et s.

<sup>36</sup> Cass., 7 novembre 1997, R.C.J.B., 1999, p. 730, note V. SIMONART. Voy. aussi M. COIPEL, « Que reste-t-il de la théorie de l'organe », *Rev. prat. soc.*, 2010/1-2, pp. 166-176.

<sup>37</sup> Cass., 4 mai 2018, J.D.S.C., 2018, p. 141, note M.-A. DELVAUX. Voy. aussi Cass., 20 juin 2005, R.G. n° C.03.0105.F qui rejette le pourvoi malgré les conclusions en sens contraire de l'Avocat général J.-Fr. Leclercq, lequel considérait que « [l']organe ne deviendrait agent d'exécution que dans la mesure où il est employé ou sous-traitant de la société. Rien ne justifie des dérogations à la théorie de l'organe selon que le dirigeant ait commis une faute à l'occasion ou non de l'exécution d'un contrat conclu par la personne morale. Il résulte de la théorie de l'organe que les personnes agissant en tant qu'organes n'engagent, en principe, pas leur responsabilité personnelle pour les engagements pris dans l'exécution de leurs fonctions pour la personne morale, même si celle-ci n'exécute pas ses engagements ». Sur ce dernier arrêt, voy. X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », in *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 391-418.

<sup>38</sup> V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », R.C.J.B., 1999, p. 756. Voy. aussi les critiques formulées dans la thèse de I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Anvers, Intersentia, 2003.

<sup>39</sup> V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », *op. cit.*, p. 753.

De l'autre, la Cour de cassation refusait de les qualifier de véritables tiers au contrat dès lors qu'ils se substituaient au débiteur dans le cadre de l'exécution du contrat. La voie extracontractuelle était dès lors, en principe, exclue.

La quasi-immunité ne valait cependant que dans le cadre de la relation créancier – agent. La victime était dès lors contrainte d'agir uniquement contre le débiteur principal (et non l'agent d'exécution) sur la base contractuelle, à charge pour le débiteur principal de se retourner ensuite contre son agent d'exécution.

La seule véritable exception à cette immunité civile de l'agent – laquelle exception justifiait d'ailleurs qu'on adosse à l'immunité l'adverbe « quasi » – relevait en réalité du concours. Lorsque l'agent avait commis une faute qui constituait une violation, non seulement de l'obligation contractuelle, mais aussi d'une obligation qui s'impose à tous, et si cette faute avait causé un autre dommage que celui qui résultait de la mauvaise exécution du contrat<sup>40</sup>, le créancier était admis à agir sur la base extracontractuelle contre l'agent<sup>41</sup>. Ces deux conditions cumulatives dégagées pour le concours de responsabilités étaient de surcroît réputées réunies lorsque le manquement contractuel était constitutif d'une infraction pénale<sup>42</sup>.

Épinglons également l'inapplicabilité des règles du concours qui dérive du caractère réglementaire de la relation juridique. Les arrêts du 27 novembre 2006<sup>43</sup> et du 8 mars 2012<sup>44</sup> rappellent en effet cette exclusion des règles du concours lorsque la relation juridique est de nature réglementaire et non contractuelle<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Voy. Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376, *R.W.*, 1973-1974, col. 1597, obs. J.-H. HERBOTS, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9317, obs. J.-L. FAGNART (l'arrêt devant être interprété conformément à la théorie de l'affinement). Plus récemment, Cass., 24 mars 2016, *R.G.D.C.*, 2019, p. 512, *R.D.C.-T.B.H.*, 2017, p. 200; Cass., 12 mars 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438, *R.D.C.-T.B.H.*, 2020, p. 402; Cass., 7 octobre 2021, *R.G.* n° C.21.0054.N, *R.D.C.-T.B.H.*, 2022/3, p. 392, note S. DEMEYERE.

<sup>41</sup> Cet agent pouvait encore invoquer comme moyen de défense une éventuelle immunité conférée par la loi.

<sup>42</sup> Cette exception ne requiert pas de condamnation pénale ou d'intentement de poursuites (voy. C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, p. 36).

<sup>43</sup> Cass., 27 novembre 2006, *R.A.B.G.*, 2007, p. 1257, avec la note de L. PHANG, « Over de rechtshouding tussen elektriciteitsmaatschappijen en hun afnemers en het samenloop verbod in deze verhouding ». La Cour décide que « [l']impossibilité de principe, pour des parties contractantes, d'invoquer les règles de la responsabilité extracontractuelle dans le cadre de leur relation contractuelle, découle de l'hypothèse que, sauf stipulation contraire, les parties au contrat ont voulu soumettre leur relation contractuelle et ses manquements aux seules règles de la responsabilité contractuelle.

Cette hypothèse est dénuée de fondement, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la relation juridique porte sur un service public et, en conséquence, est de nature réglementaire et non contractuelle et est régie par un règlement de droit public ».

<sup>44</sup> Cass., 8 mars 2012, *R.W.*, 2013-2014, p. 1660, note I. CLAEYS. Voy. aussi A. VAN OEVELEN, « De contractuele versus de reglementaire rechtsverhouding tussen openbare nutsbedrijven en hun gebruikers, en de rechterlijke toetsing van de in die rechtsverhouding gehanteerde exoneratieclausules », *R.W.*, 2002-2003, p. 1581.

<sup>45</sup> Voy. aussi D. DE ROY, « Le caractère réglementaire de la relation de service public : un colosse aux pieds d'argile ? », *R.C.J.B.*, 2017, pp. 555-599.

## LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

Le système assurait, selon de nombreux auteurs, une certaine prévisibilité<sup>46</sup>.

D'une part, la situation du créancier était identique, peu importe que son débiteur ait fait appel ou non à des agents d'exécution. Les stipulations contractuelles trouvaient par ailleurs pleinement à s'appliquer.

D'autre part, l'agent d'exécution – lequel n'était pas nécessairement conscient d'agir ou non comme agent d'exécution – n'était pas soudainement confronté à un créancier dont il ne connaissait pas l'existence ou, à tout le moins, dont il ne connaissait pas les termes de la relation contractuelle conclue avec le débiteur principal<sup>47</sup>.

Le régime permettait ainsi de préserver l'économie du contrat et la répartition des risques établie contractuellement tandis que la protection de l'agent d'exécution se justifiait par « l'argument selon lequel la position de la personne lésée qui avait fait confiance à son cocontractant ne doit pas s'améliorer du fait que ce dernier a recouru à un auxiliaire »<sup>48</sup>.

## Section 2

## Les différentes étapes du processus : la procession d'Echternach

## Sous-section 1

### L'avant-projet du 28 mars 2018<sup>49</sup>

**7. La fin de la quasi-immunité<sup>50</sup>.** Dans le premier texte diffusé par la Commission de réforme<sup>51</sup>, soit à une époque où la scission des livres 5 et 6 n'a pas encore eu lieu, le projet d'article 5.143 est libellé comme suit :

« Article 5.143. Responsabilité contractuelle et extracontractuelle  
Si un fait constitue à la fois l'inexécution d'une obligation contractuelle et un fait générateur de responsabilité extracontractuelle envers le cocon-

<sup>46</sup> J. VANANROYE et O. ROODHOOF, « Toerekening aan rechtspersonen en aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 200.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>48</sup> 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. 59-66 ; E. DIRIX, « Rechterlijk overgangsrecht », *R.W.*, 2008-2009, p. 1756 ; P. A. FORIERS, « Les concours de responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Observations sur le droit positif », in *Les obligations contractuelles en pratique. Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, p. 116, cités par l'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 30 mars 2018, p. 20.

<sup>49</sup> Cette version a été publiée à la R.G.A.R.

<sup>50</sup> Cette version a été publiée à la R.G.A.R.

<sup>51</sup> 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 28 mars 2018.

tractant lésé, celui-ci choisit de fonder son action sur la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, à moins que ce choix ne soit exclu par la loi ou le contrat.

Même si la personne lésée fonde son action sur la responsabilité extracontractuelle, les dispositions légales particulières applicables au contrat en cause et les clauses contractuelles, qui concernent les conditions et les effets de la responsabilité, la déchéance ou la prescription, prévalent. Cette primauté n'est pas d'application lorsque le dommage résulte d'une atteinte à l'intégrité physique.»

L'ouverture du concours est consacrée<sup>52</sup> sans que, dans l'avant-projet de loi en tant que tel, il soit toutefois fait référence au sort de l'agent d'exécution.

La lecture des travaux préparatoires clarifie toutefois le sort de ce dernier : « il est mis fin à la quasi-immunité de l'agent d'exécution du cocontractant. Celui-ci est néanmoins protégé par le biais d'une disposition insérée dans le chapitre relatif au contrat, lui permettant d'invoquer certaines clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité figurant dans le contrat principal »<sup>53</sup>.

La suppression permet de rencontrer les critiques formulées à l'endroit de la quasi-immunité de l'agent d'exécution. Les travaux préparatoires énoncent en effet que la personne lésée se retrouvait « dans une position difficile, surtout lorsque le contrat principal comporte une clause exonératoire de responsabilité ou lorsque le débiteur principal tombe en faillite ou encore lorsque ce débiteur peut invoquer un motif personnel d'exonération de sa responsabilité ». Pour les auteurs du projet, « [l]e fait que la répartition des risques établie dans l'accord principal doive *toujours* se répercuter dans le rapport entre la personne lésée et l'agent d'exécution de son cocontractant ne convainc pas sur le plan de la politique juridique. Dans de nombreux cas, un contrat est conclu en raison de l'expertise particulière du débiteur et le créancier ne peut pas prévoir que le débiteur va confier l'exécution du contrat à un sous-traitant qui lui est inconnu. La négligence avec laquelle ce dernier exécute sa mission perd tout son sens à l'égard de la personne lésée en raison de sa quasi-immunité »<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Pour les auteurs de l'avant-projet, les règles applicables sous l'empire du Code Napoléon, reposent « essentiellement sur la volonté présumée des parties ». Conformément à l'arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 2006 (R.A.B.G., 2007, p. 1257 note L. PHANG, *N.j.W.*, 2008, p. 28, note I. BOONE), l'idée sous-jacente consiste à affirmer que, sauf stipulation contraire, les parties au contrat ont voulu soumettre leur relation contractuelle et ses manquements aux « seules règles de la responsabilité contractuelle ». « Cette déclaration repose sur une fiction plutôt que sur un examen de la réalité des faits. Il n'est pas exact que des parties qui concluent quelque contrat que ce soit souhaitent de ce fait également renoncer à des prétentions autres que celles dont elles disposent sur la base de la responsabilité contractuelle. La renonciation au droit ne peut, au demeurant, pas être présumée. La portée d'un contrat doit surtout être définie sur la base de la volonté réelle des parties et non de leur volonté présumée. L'application de la responsabilité extracontractuelle peut certes être exclue par contrat, mais il convient alors d'établir que les parties en ont effectivement convenu de manière expresse ou tacite » (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 30 mars 2018, p. 25).

<sup>53</sup> Exposé des motifs précité, p. 11.

<sup>54</sup> Exposé des motifs précité, p. 21.

La Commission de réforme considère de surcroît que « [l]es inconvénients de la quasi-immunité de l'agent d'exécution sur un plan extracontractuel se manifestent avec plus d'acuité encore lorsqu'il s'agit de l'exécution d'obligations accessoires comme le transfert d'une somme d'argent afin d'exécuter un engagement contractuel ou l'organisation du transport de biens vendus en vue de leur livraison. Ainsi, le vendeur ne peut, selon la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, engager la responsabilité d'un banquier qui commettrait une faute dans l'exécution d'un ordre de virement passé par l'acheteur parce qu'il agit comme un agent d'exécution de l'acheteur (Cass. 24 mars 2016, RG C.14.0329.N) »<sup>55</sup>.

L'article en projet s'inspire également du droit comparé : le « fait que les agents d'exécution (ou auxiliaires) soient en règle générale protégés contre les actions extracontractuelles intentées par le cocontractant de leur donneur d'ordre est une particularité belge, ce qui n'empêche pas que dans de nombreux pays, des moyens de défense issus de l'accord principal produisent dans certains cas leurs effets au profit des sous-traitants et/ou des travailleurs »<sup>56</sup>.

Cette faculté d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'agent d'exécution est par conséquent ouverte au cocontractant lésé (créancier) de son donneur d'ordre (débiteur principal).

**8. Les moyens de défense.** Dans cette première mouture, l'agent d'exécution qui voit sa responsabilité civile extracontractuelle engagée dispose de moyens de défense limités.

Le travailleur ou le volontaire pourra tout d'abord se prévaloir des immunités conférées en vertu de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978<sup>57</sup> (ou de l'article 2 de la loi du 10 février 2003<sup>58</sup>) ainsi que de l'article 5 du 3 juillet 2005<sup>59-60</sup>.

Il sera également loisible au membre d'un organe d'administration ou un délégué à la gestion journalière de se prévaloir des plafonds prévus à l'article 2:57 du Code des sociétés et des associations (CSA).

Enfin, en vertu de l'article 5.92, § 2<sup>61</sup>, l'agent pourra exciper des clauses limitatives éventuelles du contrat principal.

<sup>55</sup> Exposé des motifs précité, p. 22.

<sup>56</sup> Exposé des motifs précité, p. 26.

<sup>57</sup> Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, M.B., 2 août 1978. Voy. les illustrations c et d.

<sup>58</sup> Loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques, M.B., 27 février 2010.

<sup>59</sup> Loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires, M.B., 29 août 2005.

<sup>60</sup> On rappellera que ces immunités ne valent pas en cas de faute intentionnelle, faute lourde ou faute légère habituelle.

<sup>61</sup> « Si le débiteur fait appel à des auxiliaires pour l'exécution du contrat, ceux-ci peuvent invoquer contre le créancier principal la clause d'exonération de responsabilité convenue entre celui-ci et le débiteur. »

## Sous-section 2

**Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil du 6 août 2018<sup>62</sup>**

**9. *Statu quo.*** Dans une mouture ultérieure, l'article 5.143 demeure inchangé. La personne lésée est admise à agir sur le plan extracontractuel contre l'agent d'exécution fautif, lequel ne pourra se défendre qu'en opposant une éventuelle immunité ou l'existence d'une clause exonératoire de responsabilité prévue par son cocontractant.

**10. Critiques doctrinales.** Cet avant-projet de loi n'a pas rallié l'ensemble de la doctrine. Tant s'en faut. De nombreux auteurs<sup>63</sup> ont fait montre d'importantes réserves, principalement à l'endroit de l'agent d'exécution.

Les auteurs ont rapidement pointé du doigt les conséquences importantes de l'abolition de la quasi-immunité. Pour ces auteurs, avec les dispositions en projet, l'insolvabilité du débiteur principal ne sera pas sans incidence sur le sort de l'agent d'exécution. Il est à craindre que les créanciers ne se contentent plus d'introduire une déclaration de créance dans le cadre de la survenance d'une situation de concours mais contournent celle-ci en agissant par la voie extracontractuelle. Ce faisant, l'avant-projet ébranle la fonction d'allocation des risques que remplit la quasi-immunité<sup>64</sup>.

Plusieurs griefs ont, de surcroît, été formulés au niveau des moyens de défense que peut opposer l'agent d'exécution.

Tout d'abord, relativement aux moyens de défense issus du rapport entre le créancier principal et le débiteur, l'impossibilité de soulever d'autres moyens de défense que l'éventuelle clause exonératoire de responsabilité<sup>65</sup> a été fortement décriée.

Ensuite, d'aucuns ont dénoncé l'impossibilité pour l'agent d'exécution de soulever des moyens de défense issus de sa relation avec son cocontractant (le débiteur principal)<sup>66</sup>. Pour Matthias Storme, il convient d'avoir égard au fait que l'agent d'exécution qui offre des services calcule son prix en tenant compte de la responsabilité qu'il peut encourir, mais s'assure également en conséquence. L'agent, en tant que prestataire de services, définit précisément les

<sup>62</sup> Cette version a été publiée en 2019 aux éditions la Charte: *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle. Le projet de la Commission de réforme du droit de la responsabilité.*

<sup>63</sup> J. VANANROYE et O. ROODHOOF, « Toerekening aan rechtspersonen en aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, pp. 199-211; C. BORUCKI, « Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht », *op. cit.*, pp. 1138-1157.

<sup>64</sup> J. VANANROYE et O. ROODHOOF, *op. cit.*, p. 203.

<sup>65</sup> Voy. l'article 5.89, § 2, du Code civil.

<sup>66</sup> Avis de M. Storme reproduit par C. BORUCKI, « Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht », *op. cit.*, p. 1148.

engagements qu'il entend assumer (obligation de moyens ou de résultat) qui ne correspondent pas nécessairement aux engagements assumés par le débiteur principal. Il serait dès lors déraisonnable de ne pas lui permettre de les opposer à la personne lésée<sup>67</sup>.

Sous-section 3

### Proposition de loi du 8 mars 2023<sup>68</sup>

**11. Maintien de l'abolition de la quasi-immunité.** Dans la proposition de loi déposée le 8 mars 2023 à la Chambre, la disposition nouvelle – désormais numérotée 6.4 – réitère, au premier paragraphe, le libre choix du cocontractant entre la voie contractuelle ou extracontractuelle. Il aborde désormais explicitement, en son deuxième paragraphe, le sort de l'agent d'exécution, lequel est dénommé «auxiliaire» dans une optique de meilleure cohérence avec le livre 5.

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

En dépit des critiques évoquées, le législateur n'entend pas faire marche arrière. Les travaux préparatoires l'expriment très clairement : «L'article 6.4 ne contient pas de disposition exonérant les auxiliaires d'une responsabilité extracontractuelle envers le cocontractant de leur donneur d'ordre. La quasi-immunité des auxiliaires est donc abandonnée»<sup>69</sup>.

**12. Élargissement des moyens de défense.** L'article 6.4, § 2, emporte toutefois plusieurs changements. Il permet désormais à l'auxiliaire «d'invoquer contre le créancier principal les mêmes moyens de défense que ceux que son donneur d'ordre, le débiteur principal, peut invoquer sur la base du paragraphe premier de l'article 6.4».

«L'auxiliaire peut donc invoquer les mêmes moyens de défense contre le créancier principal que ceux que le débiteur principal peut invoquer.»<sup>70</sup> On vise désormais les limitations légales de responsabilité<sup>71</sup>, les dispositions contractuelles issues de la relation entre le créancier principal<sup>72</sup> et le débiteur ainsi que

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 «La responsabilité extracontractuelle» du Code civil, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001.

<sup>69</sup> Développements précités, p. 32.

<sup>70</sup> Développements précités, p. 34.

<sup>71</sup> Développements précités, p. 32.

<sup>72</sup> La disposition est plus large que le simple renvoi à l'article 5.89, § 2, qui ne concerne que les clauses exonératoires de responsabilité.

les règles spécifiques de prescription<sup>73</sup>. « Cela conduit à une définition plus équilibrée de la relation juridique entre le créancier principal et l'auxiliaire que la quasi-immunité. Le créancier principal peut normalement s'attendre à ce que le débiteur principal fasse appel à des auxiliaires. Il est raisonnable qu'il n'ait pas plus de recours contre ces derniers que contre le débiteur principal lui-même. Par contre, il n'est pas raisonnable qu'il soit privé de recours, contractuel ou extracontractuel, contre l'auxiliaire, quelles que soient les fautes que ce dernier commette. Il est, par contre, raisonnable que l'auxiliaire ne soit pas tenu envers le créancier principal au-delà de ce à quoi son donneur d'ordre serait tenu dans les mêmes circonstances »<sup>74</sup>.

Prenons l'exemple d'un client d'un hôtel dont certains biens sont subtilisés à la suite d'une faute légère habituelle d'un des membres du personnel (illustration d). Il apparaît déraisonnable de permettre à la victime de tenir le membre du personnel responsable de manière illimitée « alors qu'en vertu de l'article 1952 de l'ancien Code civil, l'hôtelier n'est responsable que jusqu'à 100 fois le prix de location du logement par journée »<sup>75</sup>.

**13. Absence d'incidence sur les immunités.** Les modifications n'en-travent pas la possibilité pour l'auxiliaire de se prévaloir d'une immunité. L'auxiliaire continue à bénéficier des moyens de défense qui lui sont propres (immunité des travailleurs, des membres du personnel des personnes publiques et des bénévoles qui ne sont responsables en cas de faute légère occasionnelle, *supra*, n° 8). Les travaux préparatoires épinglent également les articles 28 et 29 de la Convention CMR du 19 mai 1956 (loi du 15 juillet 2013, titre 8) qui prévoient que les préposés et autres personnes qui collaborent au transport national ou international de marchandises par route peuvent invoquer les mêmes limitations légales de responsabilité que le transporteur lui-même, à moins que le dommage ne résulte d'un acte intentionnel ou d'une faute qui,

<sup>73</sup> Les travaux préparatoires font référence à cet égard à des principes applicables en droit comparé : « Sur le plan du droit comparé, la règle selon laquelle les auxiliaires sont protégés en règle générale contre les actions extracontractuelles du créancier principal est une particularité de la Belgique. Cela n'empêche pas la situation des auxiliaires de faire l'objet d'une attention particulière à l'étranger. (Voir en détail I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, Intersentia, 2003). Parfois, le créancier principal dispose d'une action contractuelle dérivée contre l'auxiliaire. Souvent, les moyens de défense résultant du contrat principal continuent de jouer en faveur des sous-traitants et/ou des travailleurs. L'article 6:257 du Code civil néerlandais en donne un exemple : Si une partie à un contrat peut tirer de ce contrat un moyen de défense contre l'autre partie pour écarter sa responsabilité à raison du comportement d'un subordonné, le subordonné peut également invoquer ce moyen de défense si sa responsabilité est invoquée par l'autre partie en raison de ce comportement, comme s'il était lui-même partie au contrat. Le législateur néerlandais n'a toutefois pas voulu formuler une règle générale qui s'applique également aux auxiliaires non subordonnés (ASSER/SIEBURGH 6-III 2018/582). Cependant, dans le droit du transport (art. 8:365 du Code civil néerlandais), une règle analogue s'applique également en faveur des auxiliaires non subordonnés. Le Hoge Raad a appliqué l'article 6:257 du Code civil néerlandais par analogie à un certain nombre de cas concrets qui ne sont pas clairement délimités, sans formuler de règle générale (ASSER/SIEBURGH 6-III 2018/527) » (Développements précités, p. 36).

<sup>74</sup> Développements précités, p. 34.

<sup>75</sup> Développements précités, p. 35.

selon la loi du tribunal où l'action est pendante, est assimilée à un acte intentionnel. De même, le Code de la navigation<sup>76</sup> instaure « un régime analogue en faveur des personnes “dont les faits, négligences et fautes entraînent la responsabilité du propriétaire du navire”, sauf si elles ont commis une faute “intentionnellement ou témérairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement” (art. 2.3.2.34, § 2, et art. 2.3.2.38) »<sup>77</sup>.

#### Sous-section 4

### L'avis du Conseil d'État<sup>78</sup> et les auditions à la Chambre

#### 14. Notion d'auxiliaire et fondement de l'action contre l'auxiliaire.

Dans son avis, la section de législation du Conseil d'État invite le Parlement, dans un souci de sécurité juridique, à définir la notion d'auxiliaire « de façon à clarifier qu'il s'agit de viser tout tiers qui, à l'initiative du débiteur d'une obligation contractuelle, prête son concours à l'exécution de celle-ci, en tout ou en partie »<sup>79</sup>.

La section de législation regrette par ailleurs l'indigence de l'article 6.4 sur le fondement de l'action de la personne lésée contre l'auxiliaire.

Il est mentionné que « [s]elon le commentaire de l'article, [...] implicitement, il est ainsi reconnu que le cocontractant du débiteur principal peut mettre en cause la responsabilité extracontractuelle de l'auxiliaire de ce dernier. La question se pose de savoir si cela signifie qu'un simple manquement de l'auxiliaire à l'obligation contractuelle à laquelle il est tenu envers le débiteur principal suffit pour qu'une faute, au sens de l'article 6.7, puisse lui être imputée par le créancier de ce dernier [...]. Encore faut-il expliquer en vertu de quoi l'auxiliaire se voit ainsi imposer un devoir de prudence à l'égard du créancier du débiteur principal lorsqu'il prête son concours à ce dernier pour l'exécution d'une obligation contractée par lui à l'égard d'un tiers, toutes les fois que l'on ne peut pas constater l'existence d'une stipulation pour autrui. Il a été suggéré que l'explication peut se trouver dans un principe de respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, légitimant aussi, au titre d'une responsabilité hybride ou de troisième type, non seulement l'action du créancier principal contre les auxiliaires de son débiteur qui ne sont tenus à son égard d'aucune obligation contractuelle mais aussi l'opposabilité par ceux-ci au créancier agissant, des exceptions de source contractuelle que le cocontractant de ce dernier aurait pu lui opposer. Les travaux parlementaires gagneraient à clarifier ce point. Le dispositif de l'article 6.4, § 2, proposé sera en outre complété afin, à tout le moins, de poser le principe selon lequel, lorsque l'intervention de l'auxiliaire repose

<sup>76</sup> Loi du 8 mai 2019 introduisant le Code belge de la Navigation, M.B., 1<sup>er</sup> août 2019.

<sup>77</sup> Développements précités, p. 34.

<sup>78</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, Avis du Conseil d'État du 23 mai 2023, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/002.

<sup>79</sup> Avis du Conseil d'État précité, p. 8.

sur un contrat le liant au débiteur principal, un cocontractant (le créancier principal) peut demander la réparation d'un dommage à l'auxiliaire de l'autre cocontractant (le débiteur principal) et de préciser qu'une telle action trouve son origine dans l'inexécution fautive par l'auxiliaire d'une obligation contractuelle envers l'autre cocontractant»<sup>80</sup>.

Plus fondamentalement, pourrait encore être discutée l'opportunité de retenir une action de nature extracontractuelle ou une action de nature contractuelle (à l'instar de l'action directe du sous-traitant désormais régie par l'article 5.110, § 2, du Code civil) (voy. *infra*, n° 19).

**15. Audition d'experts**<sup>81</sup>. Auditionné à la Chambre le 3 octobre 2023, Rafaël Jafferli a, quant à lui, souligné les difficultés d'application du régime envisagé.

Au départ de l'exemple du transporteur chargé par le vendeur de remettre la chose vendue à l'acheteur (illustration b), le professeur Jafferli pointe deux difficultés majeures.

Tout d'abord, quand bien même le transporteur pourrait se défendre en invoquant les clauses issues du contrat principal, il n'en a pas nécessairement connaissance. L'asymétrie d'information demeure problématique. C'est d'autant plus vrai que «la personne lésée n'a pas nécessairement envie de divulguer le contenu de ce contrat à l'auxiliaire : celui-ci contient peut-être des informations confidentielles ou commercialement sensibles, telles que le prix». Cette difficulté pourrait dès lors engendrer des complications procédurales<sup>82</sup> et donc créer systématiquement un procès dans le procès.

Ensuite, lorsque les deux contrats sont de nature différente, l'invocation de moyens de défense propres à la réglementation des contrats spéciaux applicable au contrat conclu entre la personne lésée et son cocontractant (le vendeur) devient délicate. L'auteur, en repartant de l'exemple du transporteur, précise que «si l'acheteur reproche au transporteur d'avoir endommagé la chose pendant le transport, le transporteur pourrait se défendre contre l'acheteur en invoquant des moyens de défense propres à la réglementation du contrat de vente. Toutefois, il n'est pas immédiatement facile de déterminer quelles règles précises du droit de la vente le transporteur pourra invoquer, puisque le transporteur n'a par hypothèse conclu aucun contrat de vente. Faut-il considérer que, puisque le transport visait à exécuter l'obligation de délivrance, ce sont les moyens de défense propres à l'obligation de délivrance (et notamment les

<sup>80</sup> Avis du Conseil d'État précité.

<sup>81</sup> R. JAFFERLI, « Observations sur la proposition de loi portant le livre 6 "La responsabilité extracontractuelle" du Code civil : Note établie en vue des auditions de la Commission de la justice de la Chambre des représentants du 3 octobre 2023 », disponible sur <https://diffusion.ulb.ac.be>, p. 5/30.

<sup>82</sup> Application du principe de collaboration des parties à la bonne administration de la preuve (art. 8.4 C. civ.), mesures d'instruction (art. 871 C. jud.), renversement de la charge de la preuve (art. 8.4, al. 5, C. civ.) sans préjudice des questions relevant de la protection du secret d'affaires (art. 871bis C. jud.).

## LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

règles relatives à l'agrégation) qui pourront être invoquées? Ou, si le défaut causé par le transporteur n'était pas immédiatement détectable par l'acheteur lors de la délivrance, faut-il plutôt considérer que le transporteur pourra invoquer les moyens de défense propres à la garantie des vices cachés (et notamment le bref délai)? »

Au regard des difficultés dénoncées, l'auteur suggère de « permettre à l'auxiliaire d'invoquer contre la personne lésée, non pas les règles spéciales et les clauses propres au contrat conclu entre le débiteur principal et le créancier principal, mais les règles spéciales et les clauses propres au contrat conclu entre l'auxiliaire et le débiteur principal. Plutôt que de mettre l'accent sur les attentes légitimes de la personne lésée, on donnerait la préférence aux attentes légitimes de l'auxiliaire : l'idée centrale serait qu'en attaquant l'auxiliaire alors qu'il ne s'agit pas de son cocontractant, la personne lésée doit accepter que cet auxiliaire ne peut être plus sévèrement traité que s'il avait été attaqué directement par le débiteur principal. En outre, même si cette solution est moins favorable pour la personne lésée que celle proposée dans l'actuel article 6.4, il ne faut pas perdre de vue que la personne lésée dispose également d'un recours contractuel contre le débiteur principal et qu'elle est en mesure de négocier avec ce dernier différentes garanties ou sûretés pour le cas où il serait insolvable. À l'inverse, l'auxiliaire ne connaît pas nécessairement l'existence du contrat principal et ne peut – dans le système de l'actuel article 6.4 – se prémunir contre un recours du créancier principal à son encontre, puisqu'aucune des clauses qu'il négocierait avec le débiteur principal ne serait opposable au créancier principal »<sup>83</sup>.

Le changement proposé est le suivant :

« § 2. Si la personne lésée demande [sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle] la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle à un auxiliaire de son cocontractant, cet auxiliaire peut invoquer les moyens de défense au fond<sup>84</sup> qu'il aurait pu invoquer contre ce cocontractant découlant de la législation en matière de contrats spéciaux ou résultant des clauses contractuelles ainsi que les règles particulières de prescription applicables au contrat conclu entre cet auxiliaire et ce cocontractant. Tel n'est pas le cas pour les actions en réparation d'un dommage causé par une atteinte à l'intégrité physique ou par une faute intentionnelle de l'auxiliaire. »

En dépit de la protection offerte à la personne lésée, la solution n'est pas totalement convaincante. Adosser des moyens de défense de nature contractuelle à une action en responsabilité extracontractuelle risque de donner naissance à un régime peu harmonieux.

<sup>83</sup> R. JAFFERALI, « Observations sur la proposition de loi portant le livre 6 "La responsabilité extracontractuelle" du Code civil : Note établie en vue des auditions de la Commission de la justice de la Chambre des représentants du 3 octobre 2023 », *op. cit.*, p. 6/30.

<sup>84</sup> Cette précision permet d'éviter des discussions relatives aux éventuelles clauses d'élection de for ou clause d'arbitrage qui sont des moyens de défense de nature procédurale (*ibid.*, p. 5/30).

**16. Le recours à l'action directe de nature contractuelle: une solution convaincante?** Comme autre alternative, le professeur Jafferli suggère de procéder via une action directe de la personne lésée contre l'auxiliaire. «Ceci aboutirait à des résultats pratiques proches de ceux visés par l'actuel article 6.4 tout en exprimant la règle sous une forme sans doute plus condensée et plus aisée à comprendre»<sup>85</sup>.

D'une action en responsabilité civile de nature extracontractuelle écarte désormais l'idée de basculer vers une action directe de nature contractuelle.

Le libellé suivant est suggéré :

« § 2. Si le débiteur fait appel à des auxiliaires pour l'exécution du contrat, le créancier principal dispose contre eux d'une action directe conformément à l'article 5.110. Les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle ne sont pas applicables entre le créancier principal et ces auxiliaires, sauf dans les cas visés au paragraphe 1<sup>er</sup>. »

Sous-section 5

### Premiers amendements<sup>86</sup>

**17. Amendement n° 15.** Vu les nombreuses discussions suscitées par l'article 6.4 en projet, il n'est guère étonnant que l'article 6.4 ait fait l'objet de plusieurs amendements.

M. Geens et consorts se rallient à la suggestion de rapatrier l'action à l'encontre de l'auxiliaire dans le giron de l'action directe.

L'amendement n° 15<sup>87</sup> vise notamment à remplacer le deuxième paragraphe comme suit :

« Les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle ne sont toutefois pas applicables si la personne lésée demande à un auxiliaire de son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, et ce sans préjudice de l'article 5.110, § 2. Par dérogation à l'alinéa 1<sup>er</sup>, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables si la personne lésée demande la 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. »

Partant, une action directe sur la base de l'article 5.110 du Code civil est suggérée.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 8/30.

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> Amendements précités, p. 8.

Pour les auteurs de l'amendement, le recours à l'article 5.110 permet ainsi « d'une part de maintenir le droit de la personne lésée d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'auxiliaire, et d'autre part, permettre à l'auxiliaire de se défendre sur les deux plans, c'est-à-dire en lui donnant la possibilité d'évoquer : toutes les exceptions dont le débiteur principal dispose à l'égard du créancier principal, et toutes les exceptions dont lui-même dispose à l'égard du débiteur principal »<sup>88</sup>.

Cet amendement est justifié comme suit :

« La règle générale est désormais inscrite à l'article 5.110, § 2. Cet article prévoit la possibilité pour la personne lésée (le créancier principal) d'exercer une action directe contre les auxiliaires de son cocontractant (le débiteur principal). Les moyens de défense que l'auxiliaire peut invoquer sont prévus dans le même article. La règle générale est contenue à l'article 5.110. L'article 6.4 prévoit quant à lui un régime d'exception. Cette exception visée à l'article 6.4 concerne une action extracontractuelle de la personne lésée à l'égard de l'auxiliaire au cas où ce dernier, dans le cadre de l'exécution du contrat, a commis une faute qui a causé un dommage physique ou psychique ou une faute avec l'intention de causer un dommage. En d'autres termes, l'auxiliaire ne pourra pas invoquer les moyens de défense prévus à l'article 5.110 s'il se trouve dans l'un des cas précités, comme c'est également le cas pour le cocontractant conformément à l'article 6.4, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2. Cette nouvelle disposition ne porte pas atteinte à l'article 5.229, ni aux règles particulières telles que celles prévues à l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail. »

**18. Rapport de la première lecture**<sup>89</sup>. Lors des débats, la Commission de la justice revient sur les critiques des experts à l'endroit de l'article 6.4 en projet. Non seulement « l'agent d'exécution ne pourra invoquer aucune disposition de son propre contrat avec le donneur d'ordre, ce qui méconnaîtrait cette relation contractuelle », mais en outre, « l'agent d'exécution pourrait soudainement être confronté à des créanciers qu'il ne connaît pas et dont il ne pourrait pas toujours prévoir les créances sur la base de son propre contrat »<sup>90</sup>. La recherche d'une juste répartition des risques est au cœur des discussions : « Si on vient d'un système de quasi-immunité, il ne [faut] pas non plus se retrouver dans un système totalement opposé où l'agent d'exécution [doit] supporter une responsabilité disproportionnée. À nouveau, il [s'agit] de placer le curseur entre le droit d'indemnisation suite à un dommage, tout en tenant compte des attentes légitimes de l'auxiliaire »<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2023-2024, n° 55-3213/007, p. 6.

<sup>89</sup> Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice précité.

<sup>90</sup> Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice, p. 5.

<sup>91</sup> Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice, p. 6.

Les regards se tournent donc rapidement vers l'article 5.110 qui règle de manière générale les actions directes de nature contractuelle. L'opposabilité des exceptions adossées au régime de l'action directe séduit la commission. L'article 5.110 permet en effet à l'auxiliaire d'invoquer les moyens de défense résultant tant du contrat principal que de son propre contrat<sup>92</sup>. Il est toutefois précisé qu'une « action en responsabilité extracontractuelle reste possible en cas de faute intentionnelle ou d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique »<sup>93</sup>.

L'amendement est voté par 14 voix et une abstention.

Sous-section 6

### Texte adopté en première lecture<sup>94</sup> : changement de cap

**19. Consécration d'une action directe de nature contractuelle.** L'article 6.3 (à savoir l'article 6.4 renuméroté) tel qu'adopté en première lecture s'écarte donc sensiblement de l'option retenue dans la proposition initiale.

Il dispose :

« Responsabilité contractuelle et extracontractuelle

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

§ 2. *Les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle ne sont pas applicables si la personne lésée demande à un auxiliaire de son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, et ce sans préjudice de l'article 5.110, § 2.*

*Par dérogation à l'alinéa 1<sup>er</sup>, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables si la personne lésée demande la 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.»<sup>95</sup>*

**20. Avis critique.** Toutes les difficultés sont toutefois loin d'être résolues. Le recours à l'action directe suscite, à notre estime, de nouvelles interrogations.

<sup>92</sup> Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice, p. 14.

<sup>93</sup> Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice, p. 18.

<sup>94</sup> Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, Articles adoptés en première lecture par la commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2023-2024, n° 55-3213/008.

<sup>95</sup> Les modifications apportées par rapport à la proposition initiale sont soulignées. L'italique est utilisé pour la partie relative au sort de l'auxiliaire.

## LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

Tout d'abord, dès lors que l'article 5.110 du Code civil permet au sous-débiteur de soulever les exceptions issues de la relation principale, le problème d'asymétrie d'information persiste.

Ensuite, se pose la question d'une véritable adéquation du régime de l'action directe pour appréhender des questions de responsabilité. La transposition des notions de créance-cause et de créance-objet reste délicate.

Par ailleurs, la paralysie de l'action directe en cas de concours mérite également d'être éprouvée dans les hypothèses d'action en responsabilité. La fonction de garantie de l'action directe et son (in)adéquation avec le principe de l'égalité des créanciers ne peuvent être négligées.

Enfin, le fait de recourir à une responsabilité de nature contractuelle plutôt que de l'abolir fait revivre la question du concours. À considérer que l'on ouvre une action de nature contractuelle, force est d'admettre que rien n'empêche, toujours parallèlement, d'agir également sur le fondement extracontractuel...

## Sous-section 7

**Nouvel amendement et retour en arrière**

**21. Amendement n° 67<sup>96</sup>.** Les débats sur le sort de l'auxiliaire ne trouvent donc pas encore leur épilogue.

La publication retentissante au *Rechtskundig Weekblad* de l'article d'Ignace Claeys et de Camille Desmet intitulé «*Rechtstreekse aansprakelijkheid van de hulppersoon via de rechtstreekse vordering?*»<sup>97</sup> a notamment mis en garde contre de nouveaux risques.

Le texte adopté en première lecture conduirait, selon les auteurs, à une responsabilité de l'auxiliaire plus large encore qu'avant 1973. Pour ouvrir l'action directe, il suffirait en effet que le donneur d'ordre principal soit créancier de son cocontractant (lequel a fait appel à un auxiliaire) et que cet auxiliaire ait commis une faute contractuelle, ce qui va bien au-delà de l'objectif souhaité. De même, les auteurs soulignent les dangers d'une ingérence exagérée du maître de l'ouvrage dans les relations entre l'entrepreneur et le sous-traitant. Rien n'exclut en effet que le maître de l'ouvrage réclame une sanction de l'inexécution (tel que le remplacement) à l'égard du sous-traitant<sup>98</sup>. La possibilité ou non de déroger à l'article 6.3 ainsi que les nombreuses questions non réglées en présence de grandes chaînes d'auxiliaires sont par ailleurs source d'une grande insécurité tandis que la suppression de l'interdiction du concours

<sup>96</sup> Proposition de loi portant le livre 6 «*La responsabilité extracontractuelle*» du Code civil, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2023-2024, n° 55-3213/010.

<sup>97</sup> I. CLAEYS et C. DESMET, «*Rechtstreekse aansprakelijkheid van de hulppersoon via de rechtstreekse vordering?*», *R.W.*, 2023-2024, pp. 796-800.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 798.

demeure incompatible avec la quasi-immunité extracontractuelle de l'auxiliaire<sup>99</sup>.

Le plaidoyer convaincant des auteurs pousse une nouvelle fois le Parlement à revoir sa copie et à remettre l'ouvrage sur le métier.

Un amendement n° 67 est dès lors déposé visant à remplacer l'article 6.3 en son deuxième paragraphe comme suit :

« Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre la personne lésée et l'auxiliaire de ses cocontractants. Toutefois, si, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, la personne lésée demande à l'auxiliaire de son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce dernier peut invoquer les mêmes moyens de défense que son donneur d'ordre sur la base de paragraphe 1<sup>er</sup> et qui concernent l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore. L'auxiliaire peut également invoquer les moyens de défense qu'il peut lui-même invoquer contre son cocontractant sur la base du paragraphe 1<sup>er</sup>. »

Il est justifié par le fait qu'en droit de la responsabilité extracontractuelle, le principe « reste que l'auxiliaire est un tiers. La notion "auxiliaire" vise tout auxiliaire dans la chaîne intégrale de contrats. Sur la base de ces principes, il est choisi de prévoir, dans le cadre du droit commun, que le créancier ne peut qu'exercer une action extracontractuelle à l'encontre de l'auxiliaire »<sup>100</sup>.

Les moyens de défense que l'auxiliaire peut opposer au créancier principal sont inscrits explicitement. Il s'agit d'une part des moyens de défense que les cocontractants peuvent invoquer dans le même contexte (art. 6.3, § 1<sup>er</sup>) contre le créancier principal, mais également des moyens de défense que l'auxiliaire peut opposer au cocontractant qui est son créancier.

Par ailleurs, « si l'auxiliaire commet une faute dans le sens de l'article 6.6 et que cette faute a été commise avec l'intention de causer un dommage ou cause un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique, l'auxiliaire ne pourra pas invoquer les moyens de défense issus du contrat principal ou du sous-contrat »<sup>101</sup>.

Les auteurs de l'amendement indiquent préférer « limiter les voies de recours du créancier à une action en responsabilité extracontractuelle contre l'auxiliaire et régler tous les aspects de cette action extracontractuelle contre l'auxiliaire dans le livre 6. Ce régime ne prévoit que la possibilité pour le créancier

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 799.

<sup>100</sup> Amendements précités, n° 55-3213/010, p. 2.

<sup>101</sup> Amendements précités, n° 55-3213/010, p. 3. Il est précisé que cette exception à l'opposabilité des moyens de défense résulte de la seule référence au premier paragraphe et ne doit donc pas être reprise dans le dispositif du deuxième paragraphe.

## LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

d'invoquer la responsabilité extracontractuelle de l'auxiliaire et permet ainsi d'éviter le double emploi avec l'action directe. Celle-ci ajouterait trop peu à l'action extracontractuelle pour pallier les inconvénients de l'ambiguïté que créerait le cumul des deux actions. Ce régime présente donc l'avantage de la clarté. En outre, ce régime établit un équilibre entre les intérêts du créancier et ceux de l'auxiliaire. L'amendement prévoit, d'une part, que le créancier peut invoquer la responsabilité extracontractuelle de l'auxiliaire et, d'autre part, que l'auxiliaire peut invoquer les moyens de défense du contrat principal et du sous-contrat dans de tels cas<sup>102</sup>.

En réponse aux questions posées lors des débats en Commission, il est mentionné « qu'une responsabilité *in solidum* naît lorsque le donneur d'ordre exerce une action contre son cocontractant et contre l'auxiliaire. Ce cas de figure se rencontre déjà lorsque plusieurs personnes sont responsables du même dommage. Lorsque l'une des parties responsables a réparé le dommage, la victime cesse de pouvoir prétendre à une indemnisation à charge des coresponsables. La partie responsable qui a indemnisé la victime peut exercer un recours contre les coresponsables. Aucun de ces éléments ne soulève de nouvelles questions juridico-techniques »<sup>103</sup>.

L'article 6.3, ainsi modifié, est adopté par 11 voix et 4 abstentions.

## Sous-section 8

**Texte adopté en deuxième lecture**<sup>104</sup>

**22. Retour à une action extracontractuelle.** Le texte adopté en seconde lecture par la Commission de la justice constitue donc un retour en arrière. L'article 6.3 consacre une action de nature extracontractuelle et lui adosse d'un régime d'opposabilité des exceptions particulièrement fourni.

L'article 6.3 « Responsabilité contractuelle et extracontractuelle » est désormais libellé comme suit :

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

Toutefois, si, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, la personne lésée demande à son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce cocontractant peut invoquer les moyens de défense découlant du contrat qu'il a conclu avec la partie lésée, de la législation en matière de contrats spéciaux et des

<sup>102</sup> Amendements précités, n° 55-3213/010, p. 3.

<sup>103</sup> Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, Rapport de la deuxième lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2023-2024, n° 55-3213/011, p. 4.

<sup>104</sup> Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, Texte adopté en deuxième lecture par la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2023-2024, n° 55-3213/012.

règles particulières de prescription applicables au contrat. Tel n'est pas le cas pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage.

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

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

L'auxiliaire peut également invoquer les moyens de défense qu'il peut lui-même invoquer contre son cocontractant sur la base du paragraphe 1<sup>er</sup>.<sup>105</sup>

### Section 3

## Examen de la solution entérinée à l'article 6.3

#### Sous-section 1

### La notion d'auxiliaire

**23. Absence de définition.** Par souci de cohérence avec le livre 5, le législateur adopte la notion d'auxiliaire en lieu et place de celle d'agent d'exécution. On pourrait ici regretter, à l'instar de la section de législation du Conseil d'État, l'absence de définition de cette notion tant dans le livre 6 que dans le livre 5 d'où elle est empruntée.

La lecture des travaux préparatoires nous enseigne toutefois que sont des auxiliaires « non seulement les préposés et les organes de gestion des personnes morales, mais également les sous-traitants et les représentants »<sup>106</sup>.

**24. Le sort du représentant et de l'organe.** Les critiques et controverses nées à l'endroit des mandataires et organes de personnes morales ne manqueront pas de rejaillir avec le livre 6 (illustrations e et f).

Même si la prétendue<sup>107</sup> disparition de la théorie de l'organe (qui semble résulter des articles 6.14 et 6.15<sup>108</sup>) permettra de lever la critique selon laquelle les arrêts de la Cour de cassation méconnaissent ladite théorie, l'assimilation opérée par la Cour entre organe et agent d'exécution (désormais appelé auxiliaire)

<sup>105</sup> Les modifications apportées par rapport à la proposition initiale sont soulignées. L'italique est utilisé pour la partie relative au sort de l'auxiliaire.

<sup>106</sup> Développements précités, p. 32.

<sup>107</sup> Rappelons que le livre 6 n'a pas entendu modifier le Code des sociétés et des associations, lequel reprend des centaines de fois la notion d'« organe ».

<sup>108</sup> Développements précités, pp. 72-73; Amendements précités, n° 55-3213/004, p. 24.

## LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

pourrait encore poser question notamment en présence d'organes collégiaux<sup>109</sup> ainsi qu'en présence d'une personne morale de droit public.

À notre estime, il importe que l'ouverture de l'action en responsabilité extracontractuelle ne vienne pas briser tout l'édifice qui résulte des dispositions du Code des sociétés et des associations ainsi que des statuts<sup>110</sup>.

Au rang des moyens de défense que pourra opposer l'organe, il nous apparaît judicieux de retenir les règles découlant du contrat de société<sup>111</sup>, par exemple l'article 2:56 du CSA. Cet article impose notamment une appréciation marginale de la faute, formulée comme suit : « Ces personnes ne sont toutefois responsables que des décisions, actes ou comportements qui excèdent manifestement la marge dans laquelle des administrateurs normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances peuvent raisonnablement avoir une opinion divergente ».

Seules les fautes de gestion pourraient être retenues pour engager la responsabilité de l'organe. Dans certaines circonstances, une bonne gestion consiste précisément à *ne pas* exécuter un engagement, par exemple parce que la société manque de ressources (financières, humaines, etc.) et qu'il faut prioritairement affecter ailleurs les ressources disponibles.

L'article 2:57 du CSA limite aussi la responsabilité des administrateurs, d'une manière qui n'est pas sans rappeler la limitation de la responsabilité des travailleurs salariés (art. 18 de la loi du 3 juillet 1978). Cet article précise que la limitation de responsabilité s'applique à « toute [...] responsabilité en raison de dommages causés découlant du présent code ou d'autres lois ou règlements » (§ 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>), « que le fondement de l'action en responsabilité soit contractuel ou extracontractuel » (§ 2),

L'organe assigné en responsabilité extracontractuelle pourra également se prévaloir des dispositions particulières issues du contrat d'administrateur qu'il a conclu avec la société.

<sup>109</sup> Distinguer le sort d'un organe collégial et celui de ses membres, ou la situation d'un organe collégial et celle d'un organe individuel, ne paraît pas nécessairement possible ni opportun. L'organe collégial en tant que tel n'a aucune personnalité juridique; seuls un ou plusieurs de ses membres pourraient donc encourir une quelconque responsabilité. On rappellera par ailleurs qu'en présence d'un organe collégial, les membres de celui-ci ne disposent d'aucun pouvoir individuel: l'imputation d'une faute pourrait dès lors se révéler délicate. Si l'on prévoyait des règles de responsabilité différentes selon que l'organe est collégial ou individuel, il faudrait pouvoir justifier adéquatement cette différence de traitement, à défaut de quoi la règle serait discriminatoire et donc inconstitutionnelle. Si les membres de l'organe collégial jouissent d'une position plus avantageuse, ceci pourrait inciter à la création d'organes collégiaux fictifs (avec un seul décideur réel entouré d'hommes ou de femmes de paille), ce qui ne serait pas souhaitable.

<sup>110</sup> On peut d'ailleurs se demander si l'expression « sauf si la loi en dispose autrement » de l'article 6.3, § 2, ne pourrait pas permettre d'invoquer l'article 2:49 du CSA qui dispose que « [l]es personnes morales agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent code, l'objet et les statuts. Les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la personne morale ».

<sup>111</sup> Avant l'adoption du Code des sociétés, le contrat de société figurait d'ailleurs au sein de l'ancien Code civil parmi les contrats spéciaux (art. 1832 anc. C. civ.).

Quant au mandataire ou représentant, il faut bien admettre que la jurisprudence demeure encore très pauvre et ne regorge pas de cas d'application<sup>112</sup>.

Nous n'excluons pas, vu les critiques légitimes formulées, que les cours et tribunaux soient amenés à délimiter davantage les contours de la notion d'auxiliaire. L'extension aux mandataires ou organes pourrait être revue.

**25. Exclusions.** Conformément à la jurisprudence de la Cour citée expressément dans les travaux préparatoires<sup>113</sup>, n'est pas un auxiliaire celui qui fournit seulement les conditions matérielles permettant à un débiteur d'exécuter ses obligations ou qui met seulement à disposition du matériel à cet effet. Cette jurisprudence ne nous semble pas devoir être remise en cause. Elle devrait être confirmée sous le nouveau régime.

Reste cependant incertaine la qualification d'auxiliaire, en présence d'une personne qui exécute l'obligation de son donneur d'ordre lorsque ce dernier est engagé dans des liens de nature réglementaire et non contractuelle. Le législateur n'en dit mot.

Sous-section 2

### Le principe : une action de nature extracontractuelle

**26. Nature extracontractuelle.** L'article 6.3, § 2, pose comme principe la faculté pour la personne lésée d'assigner l'auxiliaire en responsabilité extracontractuelle. En dépit de la possibilité pour l'auxiliaire de soulever des exceptions issues des deux rapports contractuels, la nature extracontractuelle de l'action est affirmée.

Plusieurs thèses peuvent ici être défendues<sup>114</sup>.

Tout d'abord, en arguant d'une ouverture très large du concours entre cocontractants (vu la suppression des deux conditions – faute mixte et dommage purement contractuel – imposées auparavant)<sup>115-116</sup>, on pourrait, par transposi-

<sup>112</sup> Voy. illustration e.

<sup>113</sup> Voy. Cass., 7 février 2020, R.G.A.R., 2020, n° 15.719, note C. HÉLAS, cité dans les développements précités, p. 32.

<sup>114</sup> Voy. en parallèle la contribution d'Andrea Cataldo sur le sujet dans le présent ouvrage.

<sup>115</sup> Voy. P. WÉRY, « L'article 6.3, § 1<sup>er</sup>, du Code civil : les vannes grandes ouvertes pour le concours des responsabilités ? », *Les pages*, 2024, n° 71 qui précise que « [l]a violation d'une obligation purement contractuelle pourrait fonder un recours en responsabilité extracontractuelle ».

<sup>116</sup> On rappellera à cet égard que la section de législation du Conseil d'État avait épinglé, à l'endroit de la proposition du 8 mars 2023 que « [s]elon le commentaire de l'article, [...] implicitement, il est ainsi reconnu que le cocontractant du débiteur principal peut mettre en cause la responsabilité extracontractuelle de l'auxiliaire de ce dernier. La question se pose de savoir si cela signifie qu'un simple manquement de l'auxiliaire à l'obligation contractuelle à laquelle il est tenu envers le débiteur principal suffit pour qu'une faute, au sens de l'article 6.7, puisse lui être imputée par le créancier de ce dernier. Ni les développements ni le dispositif de la proposition ne le précisent mais la logique du système qui s'y trouve consacré paraît l'impliquer, singulièrement par le renvoi fait par l'article 6.4, § 2, proposé au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la même disposition [...] ». Partant, la section législation indiquait : « Le dispositif de l'ar-

## LE NOUVEAU LIVRE 6 DU CODE CIVIL

tion à l'auxiliaire, défendre l'idée que toute faute de l'auxiliaire, tant contractuelle qu'extracontractuelle, permet à la personne lésée d'agir contre celui-ci sur le fondement de l'article 6.3, § 2.

Ensuite, à l'inverse, l'on peut aussi aisément déduire de l'expression « les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables », l'exigence d'une faute extracontractuelle<sup>117</sup> dans le chef de l'auxiliaire. À partir du moment où l'action est de nature extracontractuelle, les conditions d'application de la responsabilité civile extracontractuelle du livre 6 doivent être réunies<sup>118</sup>.

Sans oublier la thèse de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle défendue par la Cour de cassation française<sup>119</sup> selon laquelle le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage.

Bien que la deuxième thèse – à savoir celle de l'exigence d'une faute extracontractuelle au sens de l'article 6.6 (sauf dans les hypothèses de responsabilité sans faute) – paraisse la plus cohérente, l'on doit bien concéder que les travaux préparatoires ne sont pas d'un grand secours et se révèlent malheureusement peu deserts<sup>120</sup>.

On retiendra que la deuxième thèse a le mérite de limiter le champ des actions dirigées contre l'auxiliaire à de véritables actions en responsabilité. Les références, dans les travaux préparatoires, aux dispositions afférentes aux actions en garantie propres aux contrats de vente et à la responsabilité du preneur en matière de bail (art. 1648, 1649*quater*, 1732 et 1733 anc. C. civ.) ne doivent pas conduire à substituer à des actions propres au droit des contrats spéciaux, des actions en responsabilité.

Par ailleurs, elle permet d'éviter des situations déraisonnables. Le non-paiement d'une facture – lequel constitue une inexécution contractuelle – ne pourrait permettre au cocontractant lésé de la société d'invoquer avec succès la responsabilité extracontractuelle de l'organe de celle-ci. En matière de faillite, une telle faculté aboutirait à des solutions iniques : en pratique, les administrateurs du failli seraient automatiquement responsables de la totalité de l'insuffisance de l'actif. Il n'en demeure pas moins que, dans certaines situations, la

---

ticle 6.4, § 2, proposé sera en outre complété afin, à tout le moins, de poser le principe selon lequel, lorsque l'intervention de l'auxiliaire repose sur un contrat le liant au débiteur principal, un cocontractant (le créancier principal) peut demander la réparation d'un dommage à l'auxiliaire de l'autre cocontractant (le débiteur principal) et de préciser qu'une telle action trouve son origine dans l'inexécution fautive par l'auxiliaire d'une obligation contractuelle envers l'autre cocontractant» (Proposition de loi du 8 mars 2023 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, p. 9).

<sup>117</sup> Sauf évidemment en présence de cas de responsabilité sans faute.

<sup>118</sup> Sachant que cette responsabilité extracontractuelle peut être une responsabilité à base de faute (rejaillit alors le débat sur la notion faute mixte) ou une responsabilité objective.

<sup>119</sup> Cass. fr. (ass. plén.), 13 janv. 2020, n° 17-19.963.

<sup>120</sup> Il suffit de songer à l'absence de référence à la faute mixte alors même, qu'en réalité, une telle appréciation, si l'on suit la deuxième thèse, continuera à trouver à s'appliquer (hors les cas de responsabilité objective).

faute contractuelle commise constituera également une faute extracontractuelle, et ce d'autant plus qu'avec l'article 5.73, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, le devoir général de prudence intègre progressivement le droit des contrats<sup>121</sup>.

### Sous-section 3

## Les exceptions : la loi ou le contrat en dispose autrement

**27. Exceptions légales.** Le législateur peut tout d'abord exclure l'existence d'une action de nature extracontractuelle d'un créancier principal à l'encontre d'un auxiliaire.

Bien qu'elles relèvent davantage des moyens de défense ouverts à l'auxiliaire, on rappellera déjà ici que les immunités civiles (par exemple celles du travailleur et du volontaire) continueront à s'appliquer (sauf en cas de faute intentionnelle, faute lourde, faute légère habituelle), tout comme l'article 2:57 du CSA.

**28. Exceptions de nature contractuelle.** Les parties au contrat peuvent également exclure les actions de nature extracontractuelle à l'égard des auxiliaires. Il convient à cet égard de faire preuve d'un certain esprit d'anticipation. Le débiteur principal qui entend faire appel à des auxiliaires – lesquels pourraient vraisemblablement refuser à l'avenir de travailler pour des donneurs d'ordre qui n'auraient pas prévu ce type de clauses – sera particulièrement bien inspiré d'en solliciter l'insertion dans le contrat. La clause pourrait ainsi prévoir que le créancier principal renonce à toute action de nature extracontractuelle contre l'auxiliaire de son débiteur. Cette clause ne pourrait toutefois pas trouver à s'appliquer, à notre estime, en présence d'une faute intentionnelle de l'auxiliaire ou de dommage à l'intégrité physique ou psychique.

### Sous-section 4

## Les moyens de défense

**29. Aperçu.** L'article 6.3, § 2, alinéa 2, prévoit que l'auxiliaire auquel il est réclamé la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle<sup>122</sup> peut invoquer les mêmes moyens de défense que son donneur d'ordre peut invoquer sur la base du premier paragraphe et qui concernent l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore. L'auxiliaire peut également invoquer les moyens de défense qu'il peut lui-même invoquer contre son cocontractant sur la base du premier paragraphe.

Outre son éventuelle immunité civile et la possibilité de contester les conditions de la responsabilité civile extracontractuelle (absence de faute en lien causal avec un dommage), l'auxiliaire peut dès lors faire appel tant aux excep-

<sup>121</sup> Rejaillit également ici la question du maintien des principes applicables en présence d'une infraction pénale.

<sup>122</sup> Voy. sur cette condition et le risque d'un retour à la controverse relative à la notion de dommage purement contractuel, la contribution d'Andrea Cataldo dans le présent ouvrage.

tions qui dérivent du rapport entre le créancier principal et le débiteur (voy. *infra*, n° 30) qu'à celles qui découlent du rapport entre lui et son propre cocontractant (*infra*, n° 31).

**30. Moyens issus de la relation entre le créancier principal et le débiteur principal.** L'auxiliaire assigné en responsabilité civile extracontractuelle pourra invoquer à l'encontre du créancier lésé les moyens de défense que pourrait invoquer son donneur d'ordre sur la base du premier paragraphe de l'article 6.3 et qui concernent l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore.

On songe tout d'abord aux clauses du contrat conclu entre le créancier principal et le débiteur, telles qu'une clause exonératoire ou limitative de responsabilité ou encore une clause qui définit la portée et l'intensité des obligations mises à charge du débiteur.

La validité de ces clauses devra évidemment être éprouvée au regard des dispositions du Code de droit économique (la prohibition des clauses abusives en B2B<sup>123</sup> et B2C<sup>124</sup>) et du Code civil (art. 5.89, 5.51, 5.52 et 5.56).

Ensuite, l'auxiliaire pourra se prévaloir des règles issues du droit des contrats spéciaux telles que<sup>125</sup> :

- l'article 1642 de l'ancien Code civil qui dispose que le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même ;
- l'article 1649<sup>quater</sup> de l'ancien Code civil, qui prévoit que le vendeur n'est tenu à une obligation de garantie qu'en présence d'un défaut de conformité qui existe lors de la délivrance des biens de consommation et qui apparaît dans un délai de deux ans à compter de celle-ci<sup>126</sup> ;
- les articles 1732 et 1733 de l'ancien Code civil qui prévoient que le preneur est responsable des dégradations, des pertes ou d'un incendie, à moins qu'il ne prouve qu'ils ont eu lieu sans sa faute<sup>127</sup> ;
- l'article 1891 de l'ancien Code civil qui précise qu'un prêteur n'est responsable des dommages causés par des défauts de la chose prêtée que s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur ;

<sup>123</sup> Art. VI.91/1 et s. CDE.

<sup>124</sup> Art. I.8, 22°, et VI.81/1 et s. CDE.

<sup>125</sup> Développements précités, pp. 28-29.

<sup>126</sup> Il reste évidemment curieux de faire état comme moyen de défense de règles issues d'un régime de garantie. On peut évidemment se demander quel pourrait être l'intérêt de l'acheteur à assigner en responsabilité (action qui sous-entend la démonstration d'une faute) un vendeur tenu à une obligation de garantie (absence de faute requise). On pourrait toutefois envisager, en droit commun, l'hypothèse d'un acheteur qui souhaite obtenir davantage que les dommages et intérêts complémentaires visés aux articles 1645 et 1646 de l'ancien Code civil. On relèvera toutefois que les deux dispositions précitées ne sont pas reprises dans les travaux préparatoires. Rappelons également qu'en présence d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique, les moyens de défense issus des contrats spéciaux seront paralysés.

<sup>127</sup> L'intérêt de se dégager de toute responsabilité en démontrant son absence de faute pourrait s'envisager dans des hypothèses de responsabilité sans faute (par exemple un locataire assigné comme gardien d'une chose vicieuse).

- les articles 1927 et 1928 de l'ancien Code civil selon lesquels le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent<sup>128</sup> ;
- l'article 1952 de l'ancien Code civil qui limite la responsabilité de l'hôtelier à cent fois le prix de location du logement par jour (illustration d) ;
- l'article 1992 de l'ancien Code civil qui apprécie moins strictement que le droit commun la responsabilité du mandataire non rémunéré.

Ces dispositions pourraient toutefois être modifiées à l'avenir vu le dépôt le 16 avril 2024 de la proposition de loi insérant le livre 7 « Les contrats spéciaux » dans le Code civil<sup>129</sup>.

Enfin, l'auxiliaire pourra se prévaloir de délais spécifiques en matière contractuelle.

Les travaux préparatoires renvoient à cet égard à l'article 1622 de l'ancien Code civil (délai de déchéance après un an de l'action en supplément ou en diminution de prix ou en résolution du contrat), à l'article 1648 de l'ancien Code civil et au délai d'un an pour intenter l'action en garantie des vices cachés<sup>130</sup> ainsi qu'à l'article 1649*quater* en cas de vente à un consommateur. Il est aussi fait référence au délai de prescription de six mois pour les actions relatives au transport de marchandises et d'un an pour le transport de personnes (art. X.49 CDE).

**31. Moyens issus de la relation entre l'auxiliaire et son donneur d'ordre.** L'auxiliaire sera également admis à soulever l'ensemble des exceptions qui découlent de sa relation avec son donneur d'ordre sur la base du premier paragraphe.

À nouveau, tant les clauses contractuelles que les règles de prescription ainsi que les règles spécifiques du droit des contrats pourront être invoquées.

Pourquoi l'auxiliaire ne pourrait-il pas invoquer d'autres moyens de défense issus de sa relation avec son donneur d'ordre. *Quid* des exceptions issues du droit commun des contrats et du régime de l'obligation (sanctions de l'inexécution, extinction de l'obligation...) si elles s'accommodent de l'action en responsabilité diligentée? On ne trouve guère d'explications dans les travaux préparatoires.

<sup>128</sup> La doctrine interprète cet article comme ne permettant pas d'alourdir la responsabilité du dépositaire. Ce dernier ne pourra pas être tenu à plus que ce qu'on exige d'une personne prudente et raisonnable (voy. A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, F. GEORGE, C. HÉLAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 528).

<sup>129</sup> Proposition de loi insérant le livre 7 « Les contrats spéciaux » dans le Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2023-2024, n° 55-3973/001.

<sup>130</sup> À nouveau, on peut se demander quel est l'intérêt de l'acheteur à agir en responsabilité en présence d'un problème de vice caché. On songe à l'hypothèse suivante. Lorsque le vice caché a causé à l'acheteur un dommage et que ce dernier a laissé s'écouler le bref délai, il pourrait être intéressant d'agir par la voie extracontractuelle, en étant contraint alors de démontrer l'existence d'une faute. L'article 1648 de l'ancien Code civil pourrait alors être invoqué par le vendeur comme moyen de défense sauf en présence d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique.

## Sous-section 5

**Les freins à (ou aux) exception(s) : l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique et la faute intentionnelle**

**32. Aperçu.** Bien qu'elles ne soient pas réintégrées expressément, les exceptions prévues au premier paragraphe, deuxième alinéa *in fine*, à savoir les hypothèses de faute intentionnelle et d'atteinte à l'intégrité physique et psychique trouvent également à s'appliquer en présence d'une action dirigée non pas contre le cocontractant, mais contre l'auxiliaire.

Les travaux préparatoires le confirment si besoin en était : « cette exception à l'opposabilité des moyens de défense résulte de la seule référence au paragraphe 1<sup>er</sup> et ne doit donc pas être reprise dans le dispositif du paragraphe 2 »<sup>131</sup>.

La faute intentionnelle de l'auxiliaire ou l'atteinte à l'intégrité physique et psychique de la personne lésée fait donc en principe obstacle à l'opposabilité des moyens de défense.

La question de savoir si ces deux hypothèses permettent également de contre-carrer une exclusion contractuelle, voire légale de la mise en cause de la responsabilité extracontractuelle de l'auxiliaire se pose, en réalité, dans les mêmes termes que pour le premier paragraphe<sup>132</sup>.

**33. Notion de faute intentionnelle.** Le législateur emploie l'expression « faute commise avec l'intention de causer un dommage »<sup>133</sup>, sans toutefois davantage la définir.

Il n'est pas non plus renvoyé à l'article 1.11 intitulé « Intention de nuire » qui dispose que « [l]a faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer davantage à son auteur ».

C'est en réalité dans le commentaire de l'article 6.7 (lequel a ensuite été renuméroté 6.6) que le législateur s'en explique : « la faute intentionnelle ne fait donc pas l'objet d'une définition spécifique à la différence de ce qu'on trouve dans le DCFR (art. 3:101 et 3:102) »<sup>134</sup>. Sa portée est ensuite clarifiée dans le

<sup>131</sup> Amendements précités, n° 55-3213/010, p. 3. Voy. aussi I. САМОУ, « De opheffing van het samenloopverbod en de quasi-immuniteit van de hulppersoon in Boek 6 BW: waarom dit de "koninklijke weg" is (slot) », [www.privaatrecht.com](http://www.privaatrecht.com).

<sup>132</sup> La finale du premier paragraphe dispose en effet que « [t]el 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 ».

Les moyens de défense ne pourront donc être opposés et la primauté ne sera pas d'application si la personne lésée est victime d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou en présence d'une faute intentionnelle du cocontractant de telle sorte que ce sera la responsabilité extracontractuelle qui s'appliquera alors pleinement. La question se pose toutefois de savoir si, au regard de la place de cette « sous-exception », cette dernière permet uniquement de faire échec aux moyens de défense du débiteur fautif ou si elle permet de mettre en échec les dérogations contractuelles et légales.

<sup>133</sup> Lorsqu'il est question de faute intentionnelle, le livre 6 emploie l'expression de faute commise avec l'intention de causer un dommage (voy. art. 6.20, § 3, et 6.21, § 3).

<sup>134</sup> Développements précités, p. 40.

commentaire de l'article 6.20 : « il est requis que l'intéressé ait causé intentionnellement un dommage, mais pas qu'il ait eu l'intention de causer le dommage qui est survenu concrètement. Le champ d'application de cette disposition est donc identique à celui de la notion d'intentionnalité dans l'article 8 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, à présent l'article 62, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, tel qu'interprété par la Cour de cassation »<sup>135</sup>.

C'est dès lors en ce sens qu'il convient d'interpréter la faute intentionnelle visée à l'article 6.3<sup>136</sup> qui s'écarte dès lors de la définition retenue à l'article 1.11 du Code civil « dans la mesure où pour son application, il ne suffit pas que l'intéressé ait commis une faute avec l'intention de réaliser un gain »<sup>137</sup>.

**34. La faute intentionnelle de l'auxiliaire.** Transposer l'hypothèse de la faute intentionnelle du débiteur principal au cas de figure de l'auxiliaire soulève également quelques difficultés. Le législateur entend-il viser la faute intentionnelle du débiteur principal (hypothèse du premier paragraphe) ou celle de l'auxiliaire (deuxième paragraphe)? S'agissant d'une action en responsabilité contre l'auteur d'une faute, il paraît logique d'avancer que c'est bien la faute intentionnelle de l'auxiliaire qui est visée par le législateur. Mais qu'en est-il alors du sort de l'auxiliaire en cas de faute concurrente intentionnelle du débiteur principal? On ne perçoit pas ici les raisons qui justifieraient qu'un auxiliaire ayant fait preuve d'une simple négligence doive par ailleurs supporter les conséquences d'une faute intentionnelle de son donneur d'ordre. Mais de là à dire que l'auxiliaire pourra invoquer les moyens de défense que pouvait invoquer son cocontractant auteur d'une faute intentionnelle, il y a encore un pas que nous n'oserons franchir.

Sous-section 6

## L'abrogation de l'article 5.89, § 2

**35. Toilettage.** Dès lors que l'article 6.3, § 2, permet désormais à l'auxiliaire d'invoquer les moyens de défense que peut invoquer son donneur d'ordre contre le créancier principal, l'article 5.89, § 2<sup>138</sup>, devenait superflu. Ce dernier

<sup>135</sup> « Cass., 24 avril 2009, C.070.471.N, NJW 2009, 635, note G. JOCQUÉ; Cass., 26 octobre 2011, NJW 2012, 214.; T. VANSWEEVELT et B. Weyts, Handboek, Intersentia, 2009, 279; B. DUBUISSON, "La faute intentionnelle en droit des assurances. L'éclairage du droit pénal", RGAR, 2010, n° 14.586; S. GUILIAMS, "De verdeling van de schadelast bij samenloop van een opzettelijke en een onopzettelijke fout", R.W., 2010-2011, 478; G. JOCQUÉ, De verzekerde en de benadeelde in de aansprakelijkheidsverzekering, Intersentia, 2016, 394 et suiv., n° 451 et 452; D. WUYTS, Verzekeringsfraude, Anvers, Intersentia, 2014, 133, n° 150; P. COLLE, Algemene beginselen van het verzekeringsrecht, Intersentia, 2022, 111 » (cités dans les développements précités, p. 101).

<sup>136</sup> Voy. sur cette notion en assurance, B. DUBUISSON, « La faute intentionnelle en droit des assurances », R.G.A.R., 2024/2-3, pp. 133-156.

<sup>137</sup> Développements précités, p. 101.

<sup>138</sup> « Si le débiteur fait appel à des auxiliaires pour l'exécution du contrat, ceux-ci peuvent invoquer contre le créancier principal la clause d'exonération de responsabilité convenue entre celui-ci et le débiteur. »

ne visait en effet que la clause d'exonération de responsabilité convenue entre le créancier et le débiteur. Qui peut le plus peut le moins. L'article est dès lors abrogé.

Sous-section 7

## Les questions en suspens

**36. Moyens de défense au fond?** L'article 6.3 ne semble pas, de prime abord, se limiter aux moyens de défense au fond<sup>139</sup>. On peut dès lors se demander si les moyens de nature procédurale pourront être invoqués par l'auxiliaire et, surtout, ce qu'il pourrait advenir, par exemple, de deux clauses d'élection de for inconciliables.

**37. Difficile conciliation des exceptions issues des deux rapports et chaîne de contrats.** Plus largement, la possibilité d'invoquer des moyens de défense issus des deux rapports contractuels pourrait mettre au jour de nouvelles difficultés en présence de contrats de nature différente. Faudra-t-il toujours faire application de la clause la plus favorable à l'auxiliaire (par exemple en cas de coexistence d'obligations de moyens et de résultat)? Les moyens de défense doivent-ils par ailleurs être nés au moment de l'introduction de l'action? On pense par exemple au versement de dommages et intérêts de l'auxiliaire à son donneur d'ordre après l'introduction de l'action.

En présence d'une chaîne de contrats (par exemple, chaîne de sous-traitance), déterminer les exceptions que peut soulever le dernier maillon de la chaîne pose également question. La conciliation des moyens de défense pourrait encore se révéler encore plus complexe.

**38. Asymétrie et rétention d'information.** On peut également se demander si l'asymétrie d'information qui existe entre le créancier et l'auxiliaire n'aboutira pas à des difficultés probatoires importantes.

Dans cette hypothèse, les plaideurs ne manqueront pas d'invoquer le principe de collaboration des parties à la bonne administration de la preuve (art. 8.4, al. 3<sup>140</sup>), de solliciter, le cas échéant, une mesure d'instruction (art. 877 et s. C. jud.), voire de postuler, comme remède ultime, l'application de l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil.

**39. Survenance d'une situation de concours**<sup>141</sup>. Qu'en est-il également en cas de survenance d'une situation de concours, par exemple lors de la faillite

<sup>139</sup> R. JAFFERALI, « Observations sur la proposition de loi portant le livre 6 "La responsabilité extracontractuelle" du Code civil : Note établie en vue des auditions de la Commission de la justice de la Chambre des représentants du 3 octobre 2023 », *op. cit.*, pp. 4 et 5/30. Voy. en ce sens l'évolution de l'article devenu l'article 6.3 : « clauses contractuelles applicables spécifiquement aux obligations des parties » à « moyens de défense résultant des clauses contractuelles » puis « moyens de défense découlant du contrat ».

<sup>140</sup> « Toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve. »

<sup>141</sup> Il convient d'entendre ici le concours – non pas dans le sens de concours de responsabilités –, mais bien dans le sens usité en droit de l'insolvabilité et des sûretés.

du donneur d'ordre<sup>142</sup>? Doit-on mettre un frein à l'action de la personne lésée contre l'auxiliaire et obliger la première à produire une déclaration de créance à la faillite<sup>143</sup> du donneur d'ordre sans recours contre l'auxiliaire? Ou, au contraire, ce qui semble découler du prescrit de la loi, considérer que l'existence d'une faute de l'auxiliaire justifie que l'on puisse contourner l'action contre le débiteur failli? Dans cette seconde hypothèse, l'auxiliaire se retrouve dans une situation peu enviable dès lors qu'il ne pourra se retourner, en cas de faute du donneur d'ordre, que contre le curateur de la faillite, sans grand espoir de recouvrement<sup>144</sup>.

## Section 4

### Avis critique

#### 40. Ouverture du concours contrebalancée par de larges exceptions.

L'ouverture du concours de responsabilités entre contractants n'est-elle pas finalement un simple miroir aux alouettes? Les nombreux avantages que l'on peut espérer tirer d'un recours extracontractuel sont battus en brèche par les tout aussi nombreuses exceptions dont souffre le régime.

Même si les règles nouvelles devront être éprouvées par la pratique, elles ne devraient, nous semble-t-il, pas générer de gros bouleversements vu les nombreuses balises et exceptions.

Y aura-t-il toutefois une quelconque tentation pour les plaideurs de faire migrer sur le plan de la responsabilité extracontractuelle des actions qui dérivent à proprement parler des contrats spéciaux et qui ne constituent pas des actions en responsabilité (et de faire dès lors rentrer sous la notion de réparation en nature des sanctions propres au droit des contrats (résolution, réduction du prix...)? En tout état de cause, les régimes spécifiques tels que l'action en réduction du prix, l'action en garantie des vices cachés, l'action fondée sur l'obligation de délivrance d'une chose conforme ne peuvent être, à notre estime, sacrifiés sur l'autel de la responsabilité civile extracontractuelle. La thèse selon laquelle une faute extracontractuelle doit être nécessairement prouvée (hors les cas de responsabilité extracontractuelle sans faute), permet d'éviter ces dérives.

<sup>142</sup> On peut, par exemple, se demander s'il ne serait pas opportun de s'inspirer des règles applicables aux actions directes selon lesquelles les actions directes imparfaites sont paralysées (art. 1798 anc. C. civ. et art. 20, 12°, de la loi hypothécaire) tandis que les actions directes parfaites (art. 150 de la loi du 4 avril 2014) demeurent admises en dépit de la faillite du responsable. La transposition de ce régime reste toutefois incertaine.

<sup>143</sup> On rappellera que les victimes personnes physiques d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique résultant directement d'un acte intentionnel de violence constitutif d'une infraction pénale bénéficient non seulement d'un privilège général sur meubles (art. 19, 3<sup>ter</sup>) mais aussi d'un privilège sur immeuble(s) (art. 27, 5<sup>bis</sup>, de la loi hypothécaire) qu'elles pourront faire valoir à l'égard de la faillite du condamné (tiers responsable).

<sup>144</sup> À l'inverse, la position du créancier lésé est, elle, considérablement renforcée. Par exemple, un maître de l'ouvrage se retrouve désormais mieux protégé en cas de faillite de l'entrepreneur principal.

*Quid* par ailleurs du risque d'instrumentalisation de l'article 6.3 en vue de contourner les dispositions du Code des sociétés et des associations? Il nous semble pouvoir être contenu dès lors que les dispositions du Code des sociétés et des associations doivent, à notre estime, être considérées parmi les moyens de défense qui peuvent être opposés à la personne lésée.

**41. Abolition de la quasi-immunité: la boîte de Pandore?** Le choix de la personne lésée entre les deux ordres de responsabilités ne devrait pas, comme nous venons de le voir, totalement bousculer les pratiques. Tout autre est cependant le destin de l'auxiliaire, radicalement modifié avec la réforme. Bien qu'il faille admettre que l'ouverture du concours justifiait une révision du sort de l'auxiliaire, les changements opérés ne se feront pas sans mal.

Outre la complexité du régime nouveau qu'il faudra assimiler en plus de toutes les autres réformes actuelles, l'article 6.3, § 2, fait surgir de nouvelles controverses et de nouvelles difficultés.

Au rang des controverses, il conviendra tout d'abord pour nos cours et tribunaux de préciser la nature de la faute requise, de mieux circonscrire la notion d'auxiliaire et de clarifier (voire de rejeter?) l'assimilation des organes de personnes morales.

Ensuite, au niveau des moyens de défense, les contradictions qui résulteront de législations ou de clauses contractuelles différentes devront être tranchées. Les juridictions seront par ailleurs vraisemblablement saisies de moyens de défense de nature procédurale qui mériteront toute l'attention.

Enfin, l'étendue du régime applicable en présence d'une faute intentionnelle ou d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique devra être tranchée.

Sur le plan de l'opportunité, il conviendra de faire le bilan du nouveau régime en termes :

- d'allocation du risque d'insolvabilité<sup>145</sup> ;
- de complexité des procédures en présence de chaînes très longues de sous-traitance ;
- de difficultés probatoires pouvant mener à des procès dans le procès ;
- de réels avantages pour la personne lésée à mettre en balance avec les inconvénients rencontrés tant pour le débiteur principal que pour l'agent d'exécution.

Il conviendra toutefois de ne pas trop vite tirer la sonnette d'alarme dès lors que le régime des immunités reste inchangé. De nouvelles questions préjudi-

<sup>145</sup> Voy. notamment sur cette question, J. VANAROYE et O. ROODHOOF, « Aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het wetsvoorstel buitencontractuele aansprakelijkheid », in *Tendensen in het bedrijfsrecht. Bedrijfsjuristen en bedrijfsverantwoordelijkheid*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2023, pp. 174 et s.

cielles pourraient toutefois voir le jour vu les différences de traitement entre les catégories d'auxiliaires.

Les nombreux débats, amendements, va-et-vient législatifs et pierres d'achoppement témoignent de la difficulté à trouver ce juste équilibre, à la fois économique et juridique.

N'aurait-il finalement pas été plus sage d'interdire le concours (et par voie de conséquence de maintenir la quasi-immunité de l'auxiliaire), sauf dans les hypothèses d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique du créancier ou de faute intentionnelle du cocontractant ou auxiliaire ?

LEXNOW