

L'inexécution commise par l'auxiliaire (imposé) du débiteur : entre force majeure et responsabilité contractuelle pour autrui

Jean VAN ZUYLEN

Chargé d'enseignement suppléant et doctorant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Conseiller juridique FEDNOT

Introduction

1. Propos liminaires. Lorsqu'un débiteur fait appel à un tiers pour exécuter tout ou partie de ses obligations contractuelles, il est responsable des manquements commis par ce tiers (généralement appelé agent d'exécution ou auxiliaire¹). Il n'est pas nécessaire pour le créancier de démontrer que le débiteur principal a commis une faute personnelle, que ce soit dans le choix, la surveillance ou la direction de son exécutant². En outre, le débiteur ne peut invoquer la faute du tiers en question à titre de force majeure³.

¹ Ces tiers auxquels recourt le débiteur peuvent tantôt être subordonnés à ce dernier, tantôt agir en toute indépendance (tel est le cas, p. ex., d'un sous-traitant). Dans le cadre de la présente contribution, les termes d'auxiliaire et d'agent d'exécution peuvent être considérés comme des synonymes.

² Voy. not. B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruges, la Charte, 2010, p. 35, n° 51 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Anvers, Intersentia, 2021, p. 451, n° 598 ; J.H. HERBOTS et C. PAUWELS, « La responsabilité du fait d'auxiliaires dans la Convention de Vienne d'un point de vue de droit comparé », *Emptio-venditio internationales. Mélanges K.H. Neumayer*, Bâle, Recht und Gesellschaft, 1997, p. 336, n° 1 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, « De contractuele aansprakelijkheid », in Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS (dir.), *Handboek verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 353, n° 499 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 « Théorie générale du contrat », 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 565, n° 552. Voy. également J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 183, n° 205 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, p. 1124, n° 830.

³ Voy. Cass., 29 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 399 et notes, R.C.J.B., 1987, p. 213 et note F. GLANSDORFF ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 35, n° 51 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, *op. cit.*, 2021, p. 451, n° 598 ; R.O. DALCQ, « Les causes de responsabilité », *Les Nouvelles. Droit civil*, t. V « Traité de la responsabilité civile », vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1967, p. 128, n° 109 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II « Les obligations », vol. 2, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1379, n° 935 : « la défaillance de l'agent d'exécution ne constitue pas pour celui qui y a recouru une cause d'exonération de responsabilité » ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, « De contractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 353, n° 499 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, 2021, p. 565, n° 552 ; Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité*

L'ancien Code civil⁴ ne contenait pas de règle – générale – consacrant cette responsabilité contractuelle du fait des auxiliaires ; il reconnaissait toutefois certaines applications ponctuelles de ce principe (voy. not. art. 1245, 1735, 1797, 1952, 1953 et 1994). La proposition de réforme du droit des obligations⁵ comble cette lacune en prévoyant expressément que, « si le débiteur fait appel à d'autres personnes pour l'exécution de l'obligation, la faute commise par ces auxiliaires lui est imputable » (voy. art. 5.229).

Le principe de responsabilité contractuelle pour autrui est ainsi (à l'heure actuelle) d'origine prétorienne⁶. Il doit être replacé dans le contexte plus global de la question des recours possibles en raison de la faute commise par un agent d'exécution. À cet égard, le créancier ne peut actionner ce dernier en responsabilité contractuelle (compte tenu de la relativité des conventions). Il ne peut pas davantage agir contre lui sur la base d'une responsabilité extra-contractuelle (à moins de respecter les conditions du concours des responsabilités)⁷. Cependant, en guise de « compensation », le créancier peut engager la responsabilité contractuelle de son débiteur direct pour les fautes commises par l'auxiliaire de ce dernier.

La question se pose toutefois de savoir si ce système de la responsabilité contractuelle pour autrui peut être maintenu sans nuance lorsque l'auxiliaire auquel le débiteur fait appel pour l'exécution de ses obligations n'a pas été choisi volontairement par celui-ci, mais lui a, au contraire, été « imposé », soit par la volonté du créancier, soit en raison de certaines contraintes légales, telles que l'existence d'un monopole réglementé. Tel est l'objet premier de la présente contribution.

2. Liens entre responsabilité contractuelle pour autrui et force majeure. Il convient également de s'interroger sur les liens qu'entretiennent la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et la notion de force majeure.

et des contrats. Régimes d'indemnisation, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2017, n° 3121.64 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7^e éd., Paris, Defrénois, 2015, pp. 556-557, n° 1005 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*. 3. *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, 2011, p. 183, n° 205. Voy. également *infra*, n° 22, pour ce qui concerne la faute commise par un mandataire.

⁴ À compter du 1^{er} novembre 2020 (i.e. l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019), le Code civil du 21 mars 1804 portera l'intitulé « ancien Code civil ».

⁵ Proposition de loi du 24 février 2021 portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2020-2021, n° 55-1806/1, p. 265 (ci-après, « proposition de loi obligations »).

⁶ Voy. not. W.G., note sous Cass. (1^{re} ch.), 16 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 967 ; Cass. (1^{re} ch.), 21 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1227 ; Cass. (1^{re} ch.), 5 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 115 ; Cass. (1^{re} ch.), 27 février 2003, *Pas.*, 2003, p. 422 ; Cass. (1^{re} ch.), 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1911 ; Cass. (1^{re} ch.), 4 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 376 ; Cass. (1^{re} ch.), 25 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1196 ; Cass. (1^{re} ch.), 9 septembre 2016, *Pas.*, 2016, p. 1649.

⁷ Voy. *infra*, n° 15 et les références citées.

Force est tout d'abord de constater que l'un des fondements proposés⁸ pour justifier le principe de la responsabilité contractuelle pour autrui réside dans la notion de force majeure⁹ : si le débiteur ne peut exciper de la faute de son auxiliaire comme cause étrangère exonératoire, ce serait en effet parce qu'il répond de ce tiers et que ce dernier ne lui est pas « extérieur ». Il importe toutefois de préciser d'emblée qu'à la différence du droit français, lequel a réservé un accueil favorable au critère de l'extériorité¹⁰, le droit belge ne semble pas ériger ce dernier en condition à part entière de la force majeure¹¹. Celle-ci désigne, en matière contractuelle, l'événement survenu postérieurement à la conclusion de la convention qui rend impossible l'exécution de l'obligation du débiteur, indépendamment de toute faute de ce dernier¹². En d'autres termes, la force majeure peut être définie comme l'impossibilité

⁸ La doctrine relève différentes justifications au principe de la responsabilité contractuelle pour autrui : une « représentation » du cocontractant par l'agent d'exécution (voy. *infra*, n° 5) ; un engagement tacite pris par le débiteur de garantir le créancier contre la faute de l'auxiliaire ; une responsabilité du cocontractant comme garant dans une cession de dette ou de contrat ; la prise en charge par le débiteur du risque créé par le remplacement (voy. *infra*, n° 20) ; les nécessités de la vie économique et sociale ; la théorie de la force majeure, etc. (voy. P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *J.T.*, 1987, p. 418, n° 6 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulpverleners en uitvoeringsagenten. Rechtsvergelijkende studie van het beginsel, zijn draagwijdte en enkele toepassingen*, Anvers, Apeldoorn, Maklu, 1995, pp. 83 et s. (ci-après, C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., 1995) ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., 2013, p. 1381, n° 936). Nous ne pouvons les exposer en détail dans le cadre de cette contribution, mais nous y ferons ponctuellement référence lorsque le propos le requiert. Nous vous renvoyons, pour le surplus, à la contribution de F. Glansdorff dans le présent ouvrage.

⁹ E. BECQUÉ, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution à l'étude du droit comparé des obligations », *RTD civ.*, 1914, p. 284. Voy. également les auteurs cités par C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., 1995, p. 92, note 172.

¹⁰ Voy. not. F. TERRÉ, Th. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2018, pp. 810-816 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, p. 537. Comp. Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 14^e éd., Paris, LexisNexis, 2017, p. 687, n° 760, qui relèvent que la portée de la condition d'extériorité a toujours été très controversée. L'article 1218 du Code civil français (tel que remplacé par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.*, 21 avril 2018) subordonne la force majeure à l'existence d'un événement « échappant au contrôle du débiteur », ce qui, selon une partie de la doctrine, « correspond très exactement » à l'ancienne exigence de l'extériorité (F. TERRÉ, Th. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., 2018, p. 816, n° 452 et les références citées en note 3).

¹¹ B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », op. cit., p. 24, n° 34. Voy. également C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., 1995, pp. 93-94, n° 77, et pp. 292-293, n° 235 : le critère d'extériorité signifie en réalité que la circonstance invoquée ne doit pas être liée à une quelconque faute du débiteur. Voy. également P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », op. cit., p. 418, n° 6 ; A. VAN OEVELEN, « De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst », *R.W.*, 1987-1988, p. 1188, n° 40 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure », *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, f. mob., 2013, II.1.6, pp. 108-109.

¹² Voy. J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure : questions choisies », *R.G.D.C.*, 2020, p. 383 et les références citées en note 5.

non imputable au débiteur d'exécuter son obligation¹³. Différents critères – imprévisibilité, irrésistibilité, inévitabilité, extériorité – sont invoqués en doctrine et jurisprudence pour qualifier la cause exonératoire. Il nous semble toutefois que ceux-ci ne constituent pas des conditions à part entière de la notion, mais servent à éclairer et à concrétiser les deux exigences principales que sont l'impossibilité d'exécution, d'une part, et la non-imputabilité, d'autre part. On notera que c'est d'ailleurs l'approche retenue par l'article 5.226 de la « proposition de loi obligations »¹⁴.

Ainsi, la faute d'un tiers engagé volontairement par le débiteur pour l'exécution de ses obligations est considérée comme *imputable* à ce dernier, en ce sens que le recours à un auxiliaire n'est *pas* indépendant de sa volonté, ce qui exclut la force majeure. À cet égard, l'on observera qu'il s'agit, en quelque sorte, d'une imputabilité « objective », dans la mesure où le débiteur principal engagera sa responsabilité (en raison du manquement d'un auxiliaire) même s'il n'a lui-même commis aucune faute personnelle (p. ex., dans le choix ou la surveillance de l'auxiliaire). Dès lors, si le critère de l'extériorité prête de manière générale le flanc à la critique (notamment pour des événements tels que la maladie ou la grève qui indéniablement *peuvent* constituer un cas de force majeure, mais ne répondent pas nécessairement à cette qualification)¹⁵, il pourrait présenter un certain intérêt dans le cadre de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui (ainsi que celle du fait des choses), dans la mesure où il constituerait une forme de justification de ces cas d'imputation objective. On ajoutera cependant que, selon certains auteurs, la force majeure constitue une explication insuffisante du principe de responsabilité contractuelle pour autrui, dans la mesure où elle ne permet pas d'en définir les conditions d'application¹⁶.

¹³ Voy. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, op. cit., 2021, pp. 459 et s. ; A. VAN OEVELEN et A. DE BOECK, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », in J. ROZIE, S. RUTTEN et A. VAN OEVELEN (dir.), *Overmacht*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 4, n° 4 ; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », in I. BOUIOUKLIÉV (dir.), *La force majeure. État des lieux*, coll. Jeune barre de Charleroi, Limal, Anthemis, 2013, pp. 9 et s. ; P. VAN OMESLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., 2013, pp. 1424-1425, n° 966 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., 2021, pp. 578 et s., n° 564 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, Leerboek 1*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 162-163 ; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, pp. 183-187.

¹⁴ Voy. la « proposition de loi obligations » (préc.), n° 55-1806/1, pp. 260-263. Voy. déjà en ce sens : J. VAN ZUYLEN, « La force majeure », *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, f. mob., 2013, II.1.6, pp. 106-109. Comp. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in contractenrecht*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 171 et s.

¹⁵ Voy. not. M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Overmacht in een ander daglicht », *R.G.D.C.*, 2015, pp. 498 et s.

¹⁶ Certains auteurs estiment par ailleurs que la force majeure ne constitue pas le fondement idoine, dans la mesure où elle réduirait pratiquement le domaine de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui à l'hypothèse où le débiteur est tenu à une obligation de résultat, alors que c'est à tous les débiteurs – y compris donc des obligations de moyens – que devrait s'appliquer le principe de responsabilité contractuelle du fait d'autrui (voy. P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », op. cit., p. 418, n° 6 ; J. DABIN, « De la validité des clauses d'exonération de

La théorie de la force majeure permet donc, dans une certaine mesure, d'expliquer les raisons pour lesquelles le débiteur est tenu par le manquement commis par l'auxiliaire auquel il a volontairement fait appel.

Réciproquement, elle présente également des vertus explicatives dans l'hypothèse où le recours à l'agent d'exécution s'imposerait au débiteur. En ce cas, en effet, et comme nous le verrons, la faute de l'agent d'exécution n'est plus nécessairement imputable au débiteur et peut au contraire, dans certaines conditions, être invoquée par celui-ci comme cas de force majeure.

Enfin, et plus généralement, la présente contribution examinera dans quelle mesure le cas de force majeure auquel l'agent d'exécution se trouve confronté peut être invoqué par le débiteur et, ainsi, décharger ce dernier des conséquences de l'inexécution commise par l'auxiliaire.

3. Plan de la contribution. Nos développements seront structurés en deux temps. Tout d'abord, nous tâcherons de dégager, au départ de (certaines) conditions de la responsabilité contractuelle pour autrui, les limites à l'application de cette dernière, ce qui, partant, nous permettra de tracer les zones où peut s'épanouir le cas de force majeure (chapitre 1). Ensuite, nous nous focaliserons sur la problématique du « mandat imposé », qui a donné lieu à une abondante jurisprudence de la Cour de cassation, afin d'analyser la place qui, dans ce cadre, est réservée à la force majeure (chapitre 2).

Chapitre 1

Limites à la responsabilité contractuelle pour autrui au départ des conditions de cette dernière

4. Plan. Sans entrer dans le détail des conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle pour autrui¹⁷, nous retiendrons les deux idées principales suivantes.

Primo, il existe un lien étroit entre la faute commise par l'auxiliaire et l'obligation que doit exécuter le débiteur principal. C'est indéniablement ce rapport « direct et nécessaire »¹⁸ qui justifie d'imputer au débiteur

la responsabilité en matière contractuelle couvrant : 1° la faute lourde du débiteur ; 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés », note sous Cass. (1^{re} ch.), 25 septembre 1959, *R.C.J.B.*, 1960, p. 2 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 1 « Les sources », 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 676, n° 544 ; A. VAN OEVELEN, « De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst », *op. cit.*, p. 1188, n° 40).

¹⁷ Nous renvoyons à la contribution de F. Glansdorff dans le présent ouvrage.

¹⁸ Voy. Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, « De contractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 354, n° 500.

le manquement du tiers auquel il a fait appel pour accomplir l'obligation souscrite avec son créancier. Inversement, la cause d'exonération rencontrée par l'auxiliaire devrait en principe bénéficier à celui qui recourt aux services de ce dernier (section 1).

Secundo, il est traditionnellement enseigné que le débiteur est tenu de répondre de l'intervention du tiers qu'il a *volontairement* introduit dans l'exécution de son obligation. Ce principe soulève des questions délicates lorsque le débiteur n'a pas librement choisi son auxiliaire, par exemple, parce que ce dernier a été désigné par le créancier (section 2).

Section 1

Une faute de l'auxiliaire en lien avec l'exécution du contrat conclu entre le débiteur principal et le créancier

5. Une faute de l'agent d'exécution attribuable au débiteur principal – Conséquences. Comme l'ont écrit certains auteurs, la responsabilité contractuelle pour autrui n'est pas dépourvue d'ambiguïté : « Il s'agit d'une responsabilité qui a sa source dans le lien de droit existant entre le créancier et le débiteur ; le débiteur s'est engagé et n'a pas rempli ses obligations. Mais cette responsabilité est encourue à la suite de l'intervention du tiers »¹⁹.

Ainsi, la responsabilité contractuelle pour autrui suppose que l'agent d'exécution ait, dans le cadre de l'accomplissement de sa mission, commis une faute qui entraîne l'inexécution de l'obligation du débiteur principal à l'égard du créancier²⁰ et qui, partant, cause un dommage à ce dernier²¹. La doctrine enseigne que le cocontractant qui recourt à un tiers est responsable de la faute de celui-ci de la même manière et au même degré qu'il le serait pour ses agissements propres (principe de symétrie). En d'autres termes, le comportement et la responsabilité de l'auxiliaire doivent être appréciés

¹⁹ F. TERRÉ, Th. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, 2018, p. 912, n° 851.

²⁰ En d'autres termes, les prestations de l'agent d'exécution concernent tout ou partie des engagements pris par le débiteur principal dont la responsabilité est recherchée, en raison du manquement commis par l'agent d'exécution. Voy. B. CLAESSENS, S. HEIRBRANT et S. VEREECKEN, « De contractuele aansprakelijkheid », *Bestendig Handboek verbintenissenrecht*, f. mob., Malines, Kluwer, 2012, p. 156, n° 1768 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, « De contractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 354, n° 500 ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 30, n° 43 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, 1995, pp. 261 et s. ; P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 420-421.

²¹ B. CLAESSENS, S. HEIRBRANT et S. VEREECKEN, « De contractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 156, n° 1767 ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 35, n° 51 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, 1995, p. 234, n° 192.

comme si l'acte dommageable avait été commis par le débiteur^{22 23}. En effet, pour reprendre la formule de l'avocat général Mahaux²⁴, l'agent d'exécution « constitue seulement l'instrument au moyen duquel le contractant exécute le contrat », de sorte que « la faute qu'il commet [...] doit être considérée comme la faute du contractant lui-même ».

On peut tirer de ce principe de symétrie les conséquences suivantes.

D'une part, dans la mesure où la responsabilité pour autrui trouve sa source dans le lien de droit qui existe entre le créancier et le débiteur, il convient d'examiner l'intensité de l'obligation entre ces deux parties pour apprécier ensuite la responsabilité de l'auxiliaire²⁵. Si le débiteur est tenu à une obligation de moyens, il ne sera responsable qu'en cas de manquement du tiers au devoir général de prudence. En revanche, s'il s'est engagé à une obligation de résultat, il sera tenu par le seul fait que le résultat promis n'a pas été atteint par le tiers, sauf à démontrer la cause exonératoire²⁶.

²² En Belgique : voy. not. B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 35, n° 51 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, 1995, pp. 305-308 ; A. VAN OEVELEN, « De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst », *op. cit.*, pp. 1190-1191, n° 44 ; P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 420-421, n° 22. En France : voy. not. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, 2013, pp. 1131-1132, n° 834 ; E. BECQUÉ, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution à l'étude du droit comparé des obligations », *op. cit.*, pp. 302-303. Aux Pays-Bas : voy. not. A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht*, Deel 1 « De verbintenis in het algemeen », Deventer, Kluwer, 2016, n° 348 ; G.T. DE JONG, *Niet-nakoming van verbintenissen*, 3^e éd., Deventer, Kluwer, 2017, n° 15.1 : « De schuldenaar is voor gedragingen van de hulp-persoon aansprakelijk op gelijke wijze als voor eigen gedragingen. Dit betekent dat het voor de onderhavige aansprakelijkheid niet uitmaakt of het gaat om een gedraging van de schuldenaar zelf of van zijn hulp-persoon. Doorslaggevend is of de schuldenaar, als hij de gedraging zelf zou hebben verricht, aansprakelijk zou zijn [...]. Zou hij zich voor eigen gedrag op overmacht kunnen beroepen, dan kan hij dit ook voor het gedrag van de hulp-persoon ».

²³ Pour une illustration, voy. art. 38/9, § 2, al. 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, M.B., 14 février 2013, tel qu'inséré par l'arrêté royal du 22 juin 2017, M.B., 27 juin 2017 : « L'adjudicataire ne peut invoquer la défaillance d'un sous-traitant que pour autant que ce dernier puisse se prévaloir des circonstances que l'adjudicataire aurait pu lui-même invoquer s'il avait été placé dans une situation analogue ». Voy. également A. DELVAUX, « Contentieux de l'exécution des marchés publics », in B. KOHL (dir.), *Actualités en droit de la construction*, coll. CUP, vol. 202, Liège, Anthemis, 2020, pp. 141-142 ; B. KOHL, « L'incidence de l'épidémie de Covid-19 sur l'exécution des marchés de construction », *J.T.*, 2020, p. 365, n° 11.

²⁴ Voy. concl. av. gén. MAHAUX préc. Cass., 7 décembre 1973, *Arr. Cass.*, 1974, p. 400 (traduit par nous) et l'arrêt publié à la *Pas.*, 1974, I, p. 376.

²⁵ Ainsi, p. ex., en matière de dépôt à titre gratuit où la responsabilité du dépositaire est en principe appréciée *in concreto* (cf. l'article 1927 de l'ancien Code civil), il faudra prendre en considération, pour déterminer le degré de diligence requis, non pas le soin que l'auxiliaire apporte à ses propres affaires, mais celui que le débiteur apporte aux siennes. Ainsi, le débiteur sera responsable si l'on prouve que l'agent d'exécution n'a pas agi aussi diligemment que ce qu'il eût fait lui-même (voy. C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, 1995, pp. 301-302, n° 242 ; E. BECQUÉ, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution à l'étude du droit comparé des obligations », *op. cit.*, pp. 302-303).

²⁶ Voy. les auteurs cités à la note 22.

D'autre part, si le recours à un agent d'exécution ne peut améliorer la situation du débiteur, il ne peut pas non plus l'aggraver²⁷. Par conséquent, si l'agent d'exécution peut exciper d'une cause d'exonération, celle-ci profite, en principe, au débiteur principal, ce dernier ne pouvant être privé du droit d'invoquer la force majeure du seul fait qu'il a confié l'exécution de ses obligations à un tiers. Il convient ainsi de prendre en considération la cause d'exonération qui se produit au niveau de l'agent d'exécution. Les auteurs qui fondent le principe de la responsabilité contractuelle pour autrui sur une idée de représentation²⁸ voient dans cette solution une conséquence nécessaire d'un tel fondement²⁹. Il ne faut toutefois pas en déduire qu'une cause d'exonération dans le chef de l'agent d'exécution libère automatiquement le débiteur. Il convient de vérifier, en outre, si les faits invoqués à titre de force majeure par l'auxiliaire constitueraient également une cause d'exonération pour le débiteur dans l'hypothèse où celui-ci aurait exécuté personnellement l'obligation. En d'autres termes, la cause exonératoire doit être appréciée à un double niveau, celui de l'agent d'exécution, d'une part, et celui du débiteur principal, d'autre part³⁰. Dès lors, à supposer que l'auxiliaire puisse se prévaloir

²⁷ Ainsi, p. ex., le débiteur ne répond pas du comportement d'un agent d'exécution ou d'un auxiliaire lorsqu'il n'aurait pas lui-même été responsable en vertu d'une *clause d'exonération* de responsabilité (E. DIRIX, « Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen », in M. STORME (dir.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, XIX^e Post Universitaire Cyclus Willy Delva, Gand, Mys & Breesch, 1993, p. 352, n° 14 ; voy. et comp. avec l'article 5.89, § 2, de la « proposition de loi obligations » (n° 55-1806-1) qui permet aux *auxiliaires* d'invoquer contre le créancier la clause d'exonération convenue entre celui-ci et le débiteur). En revanche, le fait que l'agent d'exécution puisse se prévaloir d'une clause d'exonération dans sa relation avec le débiteur principal n'exclut pas la responsabilité de ce dernier vis-à-vis du créancier (E. DIRIX, « Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen », *op. cit.*, p. 352, n° 14). En effet, le créancier ne peut ni pâtir ni profiter du contrat conclu par le débiteur avec son auxiliaire (*cf.* le principe de relativité des conventions consacré par l'article 1165 de l'ancien Code civil).

²⁸ La notion de représentation ne doit pas être comprise dans son acception juridique (en matière de mandat), mais doit être entendue dans un sens plus large, plus « factuel » et économique (E. DIRIX, « Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen », *op. cit.*, p. 347, n° 7). Sur ce fondement, voy. not. J.-C. SAINT-PAU, « Art. 1146 à 1155 – Fasc. 11-20 : Droit à réparation. – Conditions de la responsabilité contractuelle. – Fait générateur. – Inexécution imputable au débiteur », *J. Cl. Civil Code*, 2013, nos 116-117 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, 1995, pp. 95-98, n° 78 ; A. VAN OEVELEN, « De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst », *op. cit.*, p. 1189, n° 41 (qui retient la théorie de la représentation à titre de fondement) ; H. L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 1047, n° 992 ; A. DE BOECK, « De toenemende "verdiensting": verbintenisrechtelijke vraagstukken bij de kringloopeconomie », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 22-23 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, « De contractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, pp. 356-357, n° 503 ; M. THIELENS et A.-L. VERBEKE, « Het aannemingsrecht als art du juge: contractuele aansprakelijkheid van aannemer en architect in de recente rechtspraak », *Bijzondere overeenkomsten – Themis n° 115*, Bruges, die Keure, 2020, p. 9.

²⁹ Voy. not. P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 421, n° 22. L'auteur critique toutefois le fondement de la représentation (*ibid.*, p. 418, n° 6).

³⁰ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, *op. cit.*, p. 452, n° 598 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, 1995, pp. 302-304, n° 243 ; P.-H. DELVAUX, « La

d'un cas de force majeure, le débiteur principal ne pourrait pas être libéré, notamment s'il a lui-même commis une faute (p. ex., un défaut de surveillance ou d'assistance ou encore lorsqu'il apparaît qu'il aurait pu remédier à l'obstacle rencontré par le tiers auquel il a fait appel) : la négligence dans son chef évince l'application d'une quelconque cause d'exonération.

6. Appréciation de la cause exonératoire à un double niveau : illustrations. Ainsi, pour exonérer le débiteur principal vis-à-vis du créancier, la force majeure (ou une autre cause d'exonération) doit être établie tant dans le chef du débiteur principal que dans celui du tiers auquel il a fait appel³¹.

Il est intéressant de relever que la solution exposée ci-dessus s'inscrit dans le même sens que celle consacrée par l'article 79 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises³² (ci-après, « CVIM »). La disposition énonce, tout d'abord, les conditions qui doivent être remplies pour permettre à une partie contractante d'être exonérée de sa responsabilité en cas d'inexécution de son obligation³³. L'article 79.2 de la CVIM concerne plus spécifiquement l'hypothèse de la responsabilité contractuelle pour autrui. Il prévoit que, « si l'inexécution par une partie est due à l'inexécution par un tiers³⁴ qu'elle a chargé d'exécuter tout ou partie

responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 421, n° 22 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité*, *op. cit.*, 2013, p. 1381, n° 936 ; A. VAN OEVELEN, « De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst », *op. cit.*, p. 1191, n° 44 : « Wanneer aan de uitvoeringsagent een resultaatsverbintenis werd opgedragen, zal zijn opdrachtgever, de hoofdschuldenaar, bijgevolg aansprakelijk zijn als de hoofdschuldeiser het uitblijven van het beloofde resultaat bewijst, behoudens indien de uitvoeringsagent en de hoofdschuldenaar het bestaan van een hun bevrijdende vreemde oorzaak aantonen » (nous soulignons).

³¹ En revanche, la force majeure prouvée uniquement dans le chef de l'agent d'exécution exonère valablement ce dernier vis-à-vis du débiteur principal.

³² Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, convention que la Belgique a approuvée par une loi du 4 septembre 1996, M.B., 1^{er} juillet 1997, et qui est entrée en vigueur à son égard le 1^{er} novembre 1997. Sur la responsabilité contractuelle pour autrui dans le cadre de la Convention de Vienne, voy. également la contribution de B. Kohl et de M. Lansmans dans le présent ouvrage.

³³ Voy. l'article 79.1 de la CVIM : « Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences ».

³⁴ La notion de « tiers » visé par l'article 79.2 de la CVIM a fait couler beaucoup d'encre en doctrine (voy. not. J.H. HERBOTS et C. PAUWELS, « La responsabilité du fait d'auxiliaires dans la Convention de Vienne d'un point de vue de droit comparé », *op. cit.*, 1997, pp. 341-350). Il doit, semble-t-il, s'agir d'une personne *indépendante* qui est appelée par le débiteur principal après la conclusion du contrat conclu entre ce dernier et le créancier. Il en résulte que les employés du débiteur ne sont généralement pas visés par ladite disposition. Les conséquences d'une inexécution commise par eux seront, en revanche, appréciées dans le chef du débiteur au regard de l'article 79.1 de la CVIM (voy. not. K.H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, Paris-Lausanne, Litec-Cedidac, 1993, pp. 523 et s. ; D. TALLON, « Article 79 », in C.-M. BIANCA et M.J. BONEL (dir.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980*

du contrat, cette partie n'est exonérée de sa responsabilité que dans le cas : a) où elle l'est en vertu des dispositions du paragraphe précédent [*en l'occurrence, l'article 79.1*] et ; b) où le tiers serait lui aussi exonéré si les dispositions de ce paragraphe lui étaient appliquées ». On retiendra ainsi que les conditions pour échapper à la responsabilité pour autrui visée à l'article 79.2 sont plus strictes comparées à ce qui est prévu à l'article 79.1 : la « sphère de contrôle du débiteur s'étend pour couvrir aussi la sphère de contrôle du tiers engagé »³⁵, ce qui implique une appréciation de la cause exonératoire tant dans le chef du débiteur que du tiers.

De même, une règle similaire semble exister en matière quasi délictuelle, en ce qui concerne la responsabilité de la puissance publique pour une faute commise par un organe. Dans le célèbre arrêt *Anca* du 19 décembre 1991, la Cour de cassation a considéré que « la responsabilité de l'État n'est, en effet, *pas nécessairement exclue* par le fait que celle de son organe ne peut, quant à elle, être engagée à la suite de l'acte dommageable que celui-ci a commis, soit que l'organe ne soit pas identifié, soit que *l'acte ne puisse être considéré comme une faute de l'organe en raison d'une erreur invincible de celui-ci ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité le concernant personnellement*, soit que cet acte constitue une faute mais que l'organe soit personnellement exonéré de la responsabilité pouvant en découler » (nous soulignons)³⁶. En d'autres termes, il est possible qu'une cause d'exonération soit personnelle à l'organe et ne puisse, dès lors, pas bénéficier à la personne morale (p. ex., l'État) dès lors que celle-ci aurait elle-même commis une faute (défaut de surveillance, *culpa in eligendo* en ce sens que la mission a été confiée à quelqu'un d'incompétent, etc.)³⁷. Sans méconnaître la différence entre l'organe et l'agent

Vienna Sale Convention, Milan, Giuffrè, 1987, p. 584, disponible à l'adresse suivante : www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html ; Y.M. ATAMER, « Section IV. Exemption – Art. 79 », in S. KRÖLL, L. MISTELIS et P.P. VISCASILLAS (dir.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2^e éd., Munich, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2018, pp. 1063-1066, n^{os} 63 et s. ; I. SCHWENZER, « Art. 79 », in I. SCHWENZER (dir.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4^e éd., Oxford University Press, 2016, pp. 1143-1144, n^{os} 35-36. *Contra* : V. HEUZÉ, in J. GHESTIN (dir.), *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises – Droit uniforme*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 428-429, n^o 474). On rappellera qu'en droit belge, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui s'applique à tout auxiliaire, qu'il soit ou non dans un lien de subordination avec le débiteur (voy. *supra*, n^o 1).

³⁵ Voy. Y.M. ATAMER, « Section IV. Exemption – Art. 79 », *op. cit.*, pp. 1062-1063, n^o 60 (traduit par nous). Nous examinerons *infra* (n^o 19) les différents fondements qui peuvent être attachés à la règle déposée à l'article 79.2 de la CVIM.

³⁶ Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 316 et concl. premier av. gén. J. VELU. L'extrait de l'arrêt cité dans le corps du texte est d'ailleurs directement inspiré des conclusions du ministère public (voy. J. VELU, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, spéc. pp. 355-357).

³⁷ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne », in M. STORME (dir.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, *op. cit.*, p. 435. Voy. également le somm. de Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 453, R.C.J.B., 1984, p. 5, note R.O. DALCQ : « d'une part, l'erreur, quant à l'interprétation de la loi, ne constitue une cause de justification que lorsqu'elle est invincible, d'autre part, si la responsabilité personnelle du fonctionnaire est exclue en raison d'une telle erreur, celle de l'administration publique

d'exécution³⁸, il nous semble que la solution qui précède pourrait s'appliquer *mutatis mutandis* dans l'hypothèse où le second est chargé d'exécuter en tout ou partie l'obligation du débiteur principal.

7. Possibilité pour le débiteur principal d'invoquer une cause de justification propre à l'agent d'exécution? On a vu que la libération du débiteur principal suppose i) une absence de faute (ou une cause étrangère) dans le chef de ce dernier et ii) la preuve d'une cause étrangère (p. ex., la force majeure) dans le chef de l'agent d'exécution. Il reste à se demander si le débiteur peut également se prévaloir d'une *cause de justification* (que l'on distingue classiquement de la force majeure³⁹) propre à son agent d'exécution. La question a été soumise à la Cour de cassation et a donné lieu à un arrêt du 29 novembre 1984⁴⁰. En l'espèce, un sous-locataire, qui se trouvait dans un état de déséquilibre mental, avait bouté volontairement le feu à l'immeuble (sous-)loué. La Haute juridiction a censuré les juges du fond qui avaient retenu la responsabilité du sous-locataire à l'égard du locataire principal⁴¹. Elle a, en

elle-même ne l'est pas nécessairement en raison de cette seule erreur personnelle ». Certes, ce passage du sommaire ne semble pas extrait de l'arrêt, mais il est conforme aux conclusions du procureur général F. DUMON (voy. concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1980, Arr. Cass., 1980-1981, p. 458). Le représentant du ministère public conclut à la cassation de la décision attaquée « *omdat [...] het arrest de fout uitsluit op grond van de enige reden dat de ambtenaar die het reglement heeft genomen, zich vergist heeft nopens de interpretatie van de rechtsregels [...] zonder onderzocht te hebben [...] of deze verkeerde interpretatie en de onwettelijke uitvaardiging en tenuitvoerlegging van het onwettelijk "reglement" niet tevens een fout van de openbare dienst uitmaakt* ».

³⁸ Il va de soi que la notion d'organe ne doit pas être confondue avec celle d'agent d'exécution. Le premier incarne la personne morale et s'identifie à celle-ci, tandis que le second est un tiers, distinct du débiteur principal, qui se substitue à ce dernier pour l'exécution du contrat (voy. not. V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », note sous Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 1997, R.C.J.B., 1999, pp. 756-757, n° 29). Il n'en demeure pas moins que certaines convergences peuvent être établies entre les deux concepts : nous songeons plus particulièrement à la « quasi-immunité » de l'organe et de l'agent d'exécution, dans l'hypothèse où une faute serait commise dans l'exécution du contrat, dès lors que le tiers ne peut agir contre ceux-ci que si les conditions du concours de responsabilités sont réunies (voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 29 septembre 2006, Pas., 2006, p. 1911 ; Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 1997, R.C.J.B., 1999, p. 730, note V. SIMONART).

³⁹ Il est traditionnellement admis que le fait justificatif a pour effet d'effacer la faute ou de purger celle-ci de son imputabilité, tandis que la force majeure semble principalement neutraliser le lien causal qui unit la faute au dommage. Sur cette question, voy. J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure : les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », in *Liber amicorum Noël Simar. Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurances*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 263-298 ; J. VAN ZUYLEN, « L'ignorance invincible dans la vente de droit commun, une cause d'exonération aux accents de force majeure », in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum P.A. Foriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 757 et s.

Sur la notion de fait justificatif, cf. (not.) L. CORNELIS et P. VAN OMMESSLAGHE, « Les "faits justificatifs" dans le droit belge de la responsabilité aquilienne », in *memoriam Jean Limpens*, Anvers, Kluwer, 1987, pp. 265-287 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Oxford, Intersentia, 2009, pp. 299 et s.

⁴⁰ Cass. (1^{re} ch.), 29 novembre 1984, Pas., 1985, I, p. 399, R.C.J.B., 1987, p. 213, note F. GLANSDORFF.

⁴¹ Cass. (1^{re} ch.), 29 novembre 1984, Pas., 1985, I, p. 399 (préc.) : « Attendu que l'acte d'une personne se trouvant au moment où elle l'accomplit dans un état grave de déséquilibre mental la rendant incapable du contrôle de ses actions, ne peut être considéré comme ayant eu lieu par la faute de cette personne et engageant, dès lors, sa responsabilité contractuelle ».

revanche, rejeté le pourvoi dirigé contre la décision qui avait considéré que le locataire principal était, sur pied de l'article 1735 de l'ancien Code civil, responsable, vis-à-vis du bailleur, des agissements du sous-locataire : « qu'ainsi le preneur n'est pas seulement contractuellement responsable des fautes de ses sous-locataires ; que le fait d'une personne que le preneur s'est de plein gré substituée dans le bénéfice du contrat ne constitue pas un cas de force majeure ni une cause étrangère libératoire de sa responsabilité ».

Avant d'entrer dans l'analyse de cette décision du 29 novembre 1984, on notera que l'article 1735 de l'ancien Code civil se distingue quelque peu des hypothèses classiques de responsabilité contractuelle pour autrui en ce sens que le locataire est tenu de répondre non seulement des personnes qu'il s'est substituées pour exécuter tout ou partie de ses obligations, mais aussi de celles qui participent à l'exercice des *droits* qui découlent du contrat de bail⁴². Ainsi, le locataire est responsable des pertes et dégradations causées par des « gens » qu'il a admis dans les lieux loués alors même qu'il ne les a pas chargés d'exécuter ses obligations à sa place⁴³. On pourrait, dans une certaine mesure, parler d'une responsabilité pour faute d'un « agent de jouissance » (plutôt que d'un « agent d'exécution »), à savoir une personne que « le débiteur s'est, de plein gré, substituée, dans le bénéfice du contrat »^{44 45}.

⁴² C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., 1995, pp. 131-135, spéc. pp. 132-133, n° 107 et les références en note 54. Voy. également G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, op. cit., 2013, p. 1131, n° 833-2 : « le locataire répond donc du fait de certaines personnes qu'il n'a pas chargées d'exécuter à sa place, mais qu'il a seulement mises en possession des moyens susceptibles de faire obstacle à l'exécution normale du contrat. Cette responsabilité déroge donc au droit commun de la responsabilité contractuelle pour autrui » (nous soulignons).

⁴³ B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », op. cit., p. 22, n° 33. Comp. en revanche avec les Pays-Bas : A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht*, Deel 1 « De verbintenissen in het algemeen », op. cit., n° 349 : le dommage causé au bien loué par les « gens de la maisons » (*huisgenoten*) du locataire ne donne pas lieu à une responsabilité de ce dernier sur pied de l'article 6:76 du NBW (cette disposition constitue le siège du principe de responsabilité contractuelle pour autrui, cf. *infra*, n° 20) ; ladite situation sera examinée au regard de l'article 6:75 du NBW (lequel prévoit, en substance, qu'une inexécution ne peut être imputée au débiteur, si celle-ci n'est pas due à sa faute, ni ne peut être mise à sa charge en vertu de la loi, d'un acte juridique ou des opinions généralement admises).

⁴⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV « Les principaux contrats (première partie) », 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 687, n° 665.

⁴⁵ On pourrait songer à d'autres hypothèses (en dehors du bail) où un débiteur est responsable d'une personne qu'il s'est substituée dans « le bénéfice du contrat ». Pensons, p. ex., au « locataire » d'une loge dans une salle de spectacle qui permet à des membres de sa famille ou à des amis d'occuper les places en question. La convention entre la salle de spectacle et le client peut être qualifiée de contrat d'entreprise (voy. A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 383, n° 368). Dans notre exemple, le maître de l'ouvrage permet à d'autres personnes que lui de bénéficier du contrat. Il nous semble qu'il est responsable des dégradations éventuelles commises par son substitut. Comment justifier cette solution en l'absence de disposition légale spécifique ? Il convient, à notre estime, d'en revenir à la notion même de force majeure et à ses conditions d'application, en particulier l'exigence de non-imputabilité. Sans doute pourra-t-on considérer que le dommage causé par un « agent de jouissance » n'est pas indépendant de la volonté du débiteur ou, à tout le moins, que ce dernier assume le

8. Arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1984 : une décision critiquée par la doctrine. L'arrêt du 29 novembre 1984 a été critiqué par une partie de la doctrine au motif que la Cour aurait ainsi créé un nouveau cas de responsabilité objective (à base de risque) : le locataire principal est rendu responsable d'un acte objectivement illicite commis par un sous-locataire en état de démence, bien que ce dernier soit, vis-à-vis de son propre bailleur, libéré de son obligation de restitution⁴⁶. La solution retenue semble ainsi briser le principe de symétrie⁴⁷ entre le débiteur et son auxiliaire, dès lors que le débiteur principal aurait en revanche été exonéré s'il avait lui-même été confronté à une cause de justification. Analysant la décision de la Haute juridiction comme une « petite révolution »⁴⁸, certains commentateurs suggèrent d'en limiter la portée à l'article 1735 de l'ancien Code civil^{49 50}.

risque de pertes ou dégradations causées par le tiers (voy. en ce sens H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, *op. cit.*, 1972, p. 687, n° 665 ; voy. également C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, 1995, pp. 133-134, n° 108). Par ailleurs, la situation évoquée ci-dessus pourrait être comparée à une « cession de contrat » : le tiers prendrait (en quelque sorte) la place du débiteur vis-à-vis de la salle de spectacle. Or, dans la mesure où une cession de contrat synallagmatique implique une cession de dette (cf. Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 798 ; Cass. (3^e ch.), 26 juin 2017, *J.T.*, 2018, p. 587 (somm.) et note C. BIQUET-MATHIEU), laquelle n'est pas encore admise en droit belge, il paraît cohérent de ne pas « libérer » le débiteur principal en cas de dommage causé par le tiers. On notera d'ailleurs que, selon certains auteurs, la responsabilité contractuelle pour autrui est fondée sur le principe de la force obligatoire des conventions et l'interdiction de la cession de dette (voy. sur ce fondement : Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2017, n° 3121.71 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, 2013, p. 1107, n° 817 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, 1995, pp. 102-104, n° 82 ; cf. également *supra*, n° 2).

⁴⁶ Voy. B. CLAESSENS, S. HEIRBRANT et S. VEREECKEN, « De contractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, pp. 155-156, n° 1767 ; J.H. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE, W. LAUWERS et I. SAMOY, « Bijzondere overeenkomsten (1995-1998) – Overzicht van rechtspraak », *T.P.R.*, 2002, p. 272, n° 234 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) – Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 494 ; P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 422, n° 31. Comp. avec B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 36, n° 52, qui préfère y voir une obligation de résultat renforcée.

⁴⁷ Cf. *supra*, n° 5.

⁴⁸ P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 421, n° 26.

⁴⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, 2013, p. 1381, note 3559 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) – Verbintenissen », *op. cit.*, p. 495, n° 205.

⁵⁰ Dans la mesure où l'article 1735 de l'ancien Code civil, sur la base duquel est rendue la décision du 29 novembre 1984, rend le preneur responsable des « dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires » (nous soulignons), certains auteurs estiment qu'il convient d'appliquer, par analogie, la solution à d'autres hypothèses où le législateur énonce que le débiteur est responsable du fait d'autrui. Serait ainsi visé l'entrepreneur qui, aux termes de l'article 1797 de l'ancien Code civil, répond du fait des personnes qu'il emploie. Voy. en ce sens : A. DELVAUX, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », *Actualités de droit immobilier*, Limal, Anthemis, 2009, p. 49, n° 6 ; P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 421-422, spéc. nos 28-31 ;

Cependant, selon d'autres commentateurs, la capacité de discernement (« *schuldbekwaamheid* ») et l'imputabilité – élément moral de la faute – doivent être appréciées uniquement dans le chef du débiteur principal, et non dans celui de l'agent d'exécution⁵¹. Ainsi, le « cocontractant [du créancier] ne peut donc pas invoquer la démence de son agent d'exécution comme cas de force majeure »⁵². Il en résulte que, dans cette conception, le principe de symétrie ne porterait que sur la composante objective de la faute. En d'autres termes, on ne prend en considération que le comportement objectif de l'auxiliaire pour déterminer si le débiteur doit en répondre (comme si ce dernier avait agi lui-même) ; l'élément moral sera, quant à lui, examiné dans le chef du débiteur principal.

9. **Appréciation personnelle.** Que penser de ces diverses opinions ?

Tout d'abord, il nous semble justifié de tenir le débiteur responsable, dans certains cas, des actes objectivement illicites commis par son agent d'exécution. Ainsi, si un cocontractant fait appel à un mineur (en bas âge) pour exécuter son obligation, il ne serait pas acceptable qu'il puisse exciper, le cas échéant, de l'absence de faculté de discernement dans le chef de l'auxiliaire, pour être libéré de son obligation. En réalité, on pourrait sans doute considérer qu'en choisissant une personne « notoirement incapable »⁵³, le débiteur a commis une faute qui engage sa responsabilité⁵⁴.

voy. également les références citées par V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL et B. KOHL, « Commentaar bij art. 1797 BW », *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (ci-après, « OBO »), 2011, p. 2, n° 2. *Contra* : Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *Guide jur. entr.*, 2^e éd., Titre XII – Livre 117.1, Malines, Kluwer, 2008, p. 50, n° 610. En réalité, il nous semble que la solution dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt du 29 novembre 1984 ne peut être fondée sur l'interprétation du mot « fait » figurant à l'article 1735 de l'ancien Code civil. En effet, ce terme, qui apparaît dans certaines dispositions de l'ancien Code civil, n'a pas pour but de déroger au principe selon lequel c'est uniquement le fait *fautif* – la faute – qui peut donner lieu à responsabilité (voy. not. C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., 1995, pp. 315-316, n° 254 ; H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, op. cit., p. 1058, n° 1002-1 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, Bruxelles-Paris, Bruylant-Librairie A. Marescq, 1887, p. 548, n° 557 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VIII, Paris, Librairie Pichon, 1895, p. 56, n° 36).

⁵¹ E. DIRIX, « Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen », op. cit., p. 353, n° 14 ; J.H. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE, W. LAUWERS et I. SAMOY, « Bijzondere overeenkomsten (1995-1998) – Overzicht van rechtspraak », op. cit., p. 272, n° 234 : « Schuldbekwaamheid of toerekeningsvatbaarheid in hoofde van de uitvoerings-agent is niet vereist opdat de hoofdschuldenaar voor diens "objectieve" inbreuk op de contractsverplichtingen aansprakelijk zou zijn. Die rechtspraak mag vermoedelijk naar de huisgenoot toe geëxtrapoleerd worden » (nous soulignons).

⁵² F. GLANSDORFF, « La responsabilité contractuelle des malades mentaux et des autres personnes atteintes d'un trouble physique ou mental », note sous Cass. (1^{re} ch.), 29 novembre 1984, *R.C.J.B.*, 1987, p. 240, n° 18.

⁵³ Voy. et comp. avec art. 1994, al. 1^{er}, 2^o, ancien C. civ. (en matière de substitution de mandataire).

⁵⁴ Voy. et comp. Liège, 15 octobre 1970, *J.L.*, 1970-1971, p. 169 (à propos d'une faute de surveillance du locataire qui n'a pas pu invoquer la démence de son enfant comme cause exonératoire).

Par ailleurs, même si aucune *culpa in eligendo* ou autre négligence ne peut être reprochée au débiteur⁵⁵, il nous paraît justifié que celui-ci réponde d'un acte objectivement illicite commis par autrui dès lors qu'il savait ou ne pouvait raisonnablement ignorer qu'aucune faute ne pourrait être imputée à ladite personne, en l'absence d'une faculté de discernement ou d'une volonté libre ou réfléchie. Comme l'écrit C. Pauwels, « *[z]ulke risico-toerekening lijkt verantwoord m.b.t. uitvoeringsagenten waarvan de debiteur weet dat ze ontoerekeningsvatbaar zijn (b.v. een geestezieke huisgenoot van de huurder)* »⁵⁶. En d'autres termes, il paraît raisonnable d'admettre une entorse au principe de symétrie lorsque le débiteur sait que le tiers dont il répond ne peut commettre une faute au sens subjectif du terme dès lors que l'élément moral fait défaut.

Ensuite, pour en revenir à l'arrêt (précité) du 29 novembre 1984, il apparaît que le sous-locataire est subitement entré dans un état de démence. Dès lors, il ne semble pas que l'état mental du sous-locataire était connu par le preneur principal au moment de la conclusion du contrat. Il n'en demeure pas moins que l'arrêt de la Cour de cassation peut être approuvé, dans la mesure où il ne porte pas réellement atteinte au « principe de symétrie ». En effet, en vertu de ce dernier, le débiteur est responsable des actes de celui dont il répond comme si c'était lui qui les avait commis. Or, si le locataire principal avait été en état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale, on ne peut exclure qu'un juge l'aurait condamné sur pied de l'article 1386*bis* de l'ancien Code civil⁵⁷. Par conséquent, dans la mesure où le preneur ne peut prétendre qu'il aurait d'office été libéré de toute obligation d'indemnisation, il paraît cohérent de le considérer comme responsable de l'incendie provoqué par un sous-locataire entré soudainement en état de démence⁵⁸. Une autre manière de justifier la décision du 29 novembre 1984 pourrait résider dans la considération suivante : l'absence d'imputabilité, résultant d'un état grave de déséquilibre mental, constitue une cause d'exonération éminemment

⁵⁵ Ainsi, le preneur est responsable des dégradations commises par « des personnes de sa maison » (cf. art. 1735 C. civ.). On ne peut pourtant pas lui reprocher de vivre avec des enfants en très bas âge ou encore avec des déments.

⁵⁶ C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., 1995, p. 322, n° 259.

⁵⁷ Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 29 novembre 1984, l'article 1386*bis* de l'ancien Code civil n'était pas au cœur des débats : les juridictions de fond avaient, en effet, écarté cette disposition, dans la mesure où la responsabilité du sous-locataire était engagée sur pied d'autres bases légales. Rappelons que le régime de l'article 1386*bis* de l'ancien Code civil s'applique tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle (P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., 2013, p. 1241, n° 845 ; S. STIJNS, *Verbindtenissenrecht. Leerboek 1bis*, Bruges, die Keure, 2020, p. 66, n° 25).

⁵⁸ Voy. en ce sens : C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., 1995, p. 323, n° 259.

personnelle^{59 60} à l'auteur du dommage, laquelle ne pourrait pas être invoquée par un « tiers » tel que le débiteur principal.

Enfin, il convient de nuancer certains enseignements tirés de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1984. Si, comme on l'a vu, la solution est, dans une certaine mesure, justifiée, on ne peut, à notre estime, en conclure de manière générale que le débiteur est privé de toute possibilité d'invoquer l'absence de discernement ou une cause de justification dans le chef de l'agent d'exécution⁶¹. Ainsi, C. Pauwels semble admettre qu'un cocontractant puisse se prévaloir de l'état d'inconscience passagère (p. ex., en raison d'une crise cardiaque ou d'épilepsie) rencontrée par son auxiliaire⁶². Dans la même veine, l'état de nécessité ou un autre fait justificatif (tel que l'erreur invincible), auquel serait confronté le tiers exécutant, devrait, à notre estime, également, en principe, bénéficier au débiteur principal. En effet, sans préjudice de nos observations ci-dessus, aucune raison objective ne nous paraît justifier un traitement différencié selon que la cause exonératoire – qui se produit au niveau de l'agent d'exécution – est un cas de force majeure (auquel cas le civilement responsable serait libéré, pour autant qu'il n'ait commis aucune faute) ou une cause de justification qui, à suivre une certaine interprétation de l'arrêt du

⁵⁹ Voy. et comp. en matière d'obligation solidaire où il est admis que l'incapacité d'un codébiteur est une exception purement personnelle à ce dernier, qui ne peut pas être invoquée par les autres codébiteurs (voy. art. 1208, al. 2, ancien C. civ. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2 « Les sources des obligations extra-contractuelles. Le régime général des obligations », Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 428-429, n° 455 ; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Hoofdelijkheid », *OBO*, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, p. 35, n° 44). La comparaison avec la solidarité passive nous paraît d'autant plus intéressante qu'en cette matière, on considère que chaque codébiteur solidaire « est le représentant légal et nécessaire » des autres dans leurs rapports avec le créancier (L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, 3^e éd., Paris, Sirey, 1939, p. 481, n° 770, qui reprend la formule de Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 25 mars 1902, S., 1903, 484 ; voy. toutefois pour une critique de ce fondement : A. CATALDO et M. NOUNCKELE, « Approche critique de la pluralité de contractants. Une nouvelle lecture des obligations solidaires, in *solidum* et indivisibles », in A. CATALDO et A. PÜTZ (dir.), *De quoi le contrat est-il le nom ? Applications et tendances récentes du droit des contrats*, Limal, Anthemis, 2017, p. 189, n° 11 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., 2016, pp. 419-420, n° 445), ce qui fait songer au fondement de la représentation qui est parfois invoqué pour justifier le principe de responsabilité contractuelle pour autrui (cf. *supra*, n° 5).

⁶⁰ Voy. Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 2000, R.W., 2000-2001, p. 1418, note F. SWENNEN, qui a décidé que le droit de demander l'atténuation de l'obligation de réparer le dommage, en vertu de l'article 1386bis, de l'ancien Code civil, est *personnel* au dément, auteur du préjudice : « Attendu que l'assureur qui, en vertu de son obligation contractuelle, garantit la responsabilité de son assuré dans les circonstances visées à l'article 1386bis de l'ancien Code civil, ne peut invoquer l'équité prévue à cet article ; Que le droit à l'allègement de l'obligation ne bénéficie qu'à l'assuré, et non à son assureur appelé en garantie par la victime » (voy. néanmoins pour un commentaire – critique – de cet arrêt : Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., 2009, pp. 161-163, n° 220).

⁶¹ Voy. et comp. avec P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », op. cit., p. 422, n° 31 : l'auteur semble considérer que, compte tenu de l'arrêt du 29 novembre 1984, un cocontractant ne pourrait plus invoquer un fait justificatif qui se produit au niveau de son auxiliaire. Il prend l'exemple d'un chauffeur de taxi qui blesse un client en accomplissant une manœuvre brutale d'évitement, et indique que, dans ce cas, l'employeur « devra dédommager le client sans pouvoir se prévaloir de l'état de nécessité justifiant l'acte du chauffeur ».

⁶² Voy. C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., 1995, pp. 322-323, n° 259.

29 novembre 1984, n'entraînerait pas la libération du débiteur. Cela étant, il ne faut pas perdre de vue que la cause d'exonération – force majeure ou fait justificatif – doit être appréciée à un double niveau. Par conséquent, il se peut, par exemple, qu'une erreur soit considérée comme invincible dans le chef de l'auxiliaire, tout en étant considérée comme fautive dans le chef du débiteur compte tenu de sa qualité et de sa spécialité⁶³.

10. Synthèse. Dans la mesure où le créancier ne peut ni pâtir ni profiter du recours à un auxiliaire, la cause d'exonération – force majeure ou fait justificatif – rencontrée par celui-ci devrait, en principe, bénéficier au débiteur. Ce dernier ne sera toutefois libéré que s'il n'a pas commis de faute et/ou a, lui aussi, été confronté à un cas de force majeure (principe de la double appréciation). Ainsi, si le débiteur disposait, compte tenu de sa qualité et de son degré de spécialisation, des moyens techniques qui auraient permis d'éviter l'inexécution, sa responsabilité devrait être engagée (et ce, même si l'on estime que le tiers auquel il a fait appel n'a pas commis de faute).

Par ailleurs, bien que l'arrêt du 29 novembre 1984 soit sujet à diverses interprétations⁶⁴, on pourrait en retenir que le débiteur ne peut se prévaloir des causes d'exonération éminemment personnelles à l'agent d'exécution, telles que l'état de démence ou de déséquilibre mental. En définitive, cette conclusion s'inscrit dans la logique d'une appréciation à un double niveau que nous évoquions ci-avant. En effet, ce principe implique qu'une cause d'exonération, à laquelle l'agent d'exécution est confronté, ne peut profiter au débiteur principal que si elle aurait pu être invoquée également par celui-ci dans l'hypothèse où il aurait exécuté lui-même l'obligation. Or, par définition, une cause d'exonération liée étroitement à la personnalité de l'agent d'exécution n'aurait pas pu être invoquée par le débiteur. Il apparaît dès lors conséquent que ce dernier ne puisse pas s'en prévaloir. En décider autrement aboutirait à traiter le créancier plus sévèrement lorsque le débiteur recourt à un agent d'exécution qu'en cas d'exécution personnelle de l'obligation. Or la position du créancier ne peut être aggravée par la décision du débiteur de faire appel aux services d'un auxiliaire (principe de la relativité des conventions).

Section 2

Un recours volontaire à l'agent d'exécution

11. Plan. Pour admettre la responsabilité contractuelle pour autrui, il est classiquement requis que le débiteur fasse volontairement appel à un agent

⁶³ Voy. et comp. J. VELU, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, pp. 355-356 (cf. *supra*, n° 6, notre commentaire de l'arrêt *Anca*).

⁶⁴ Voy. *supra*, nos 8-9.

d'exécution. *A contrario*, elle pourrait donc être exclue lorsque le recours à un agent d'exécution a été imposé au débiteur. Après avoir précisé les contours de cette problématique (§ 1), nous exposerons les pistes de solution retenues en droit belge (§ 2). Nous enrichirons, ensuite, notre propos par des considérations de droit comparé (§ 3) avant de formuler quelques mots de conclusion (§ 4).

§ 1. Délimitation de la problématique

12. Position de la question et délimitation de l'objet d'étude. Selon la doctrine, la responsabilité contractuelle pour autrui suppose qu'une partie contractante ait *volontairement* recouru à un tiers (auxiliaire, préposé, agent d'exécution, etc.) afin d'exécuter tout ou partie du contrat⁶⁵. En d'autres termes, le débiteur principal ne répond pas, en principe, d'un tiers qui est intervenu spontanément⁶⁶ (de sa propre initiative)⁶⁷ ou à l'instigation d'une autre personne, voire du cocontractant lui-même (c'est-à-dire le créancier)⁶⁸.

⁶⁵ En Belgique : voy. not. Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, « De contractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 354, n° 500 ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 27, n° 38 ; P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 420, n° 20 ; R.O. DALCQ, « Les causes de responsabilité », *Les Nouvelles. Droit civil*, t. V « Traité de la responsabilité civile », vol. 1, *op. cit.*, p. 128, n°s 109-110. En France : voy. not. F. TERRÉ, Th. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, 2018, p. 910, n° 851 ; Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 3121.71 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 1119, n° 827 ; P. JOURDAIN, « Y a-t-il place pour un abus de fonction du préposé en matière contractuelle ? », *RTD civ.*, 1990, pp. 87 et s. : ainsi, le débiteur n'est-il « pas responsable du fait des tiers complètement extérieurs à l'entreprise du débiteur qui se sont immiscés dans l'exécution ou même de personnes qui participent à l'exécution, mais qu'il n'a pas choisies et dont la collaboration lui est imposée » (nous soulignons) ; H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, *op. cit.*, p. 1051, n° 997 ; E. BECQUÉ, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution à l'étude du droit comparé des obligations », *op. cit.*, p. 297 : l'auxiliaire doit agir avec la permission du débiteur, conformément à sa volonté expresse ou tacite. Pour ce qui concerne le droit néerlandais, voy. *infra*, n° 20.

⁶⁶ Voy. toutefois l'article 1952, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil, aux termes duquel « [l]es hôteliers sont responsables, comme dépositaires, de toute détérioration, destruction ou soustraction des objets apportés à l'hôtel par le voyageur qui y descend et y prend logement ». En d'autres termes, le vol commis par un tiers, qui s'est introduit subrepticement – et indépendamment de la volonté de l'hôtelier – dans les lieux engage la responsabilité du débiteur. Il en résulte que l'hôtelier est responsable d'un tiers auquel il n'a pourtant pas volontairement fait appel (B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 28, n° 39). Sur la responsabilité contractuelle pour autrui en matière de dépôt, nous renvoyons le lecteur à la contribution de J. Mont et É. Vanstechelman, dans le présent ouvrage.

⁶⁷ Le cas échéant, lorsqu'il s'agit d'un tiers qui intervient de son propre chef dans l'exécution d'un contrat et qui empêche le débiteur de remplir son obligation, ce dernier sera exonéré de sa responsabilité si le fait du tiers peut être analysé comme une cause exonératoire (voy. not. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, 2013, p. 1119, n° 827 ; H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, *op. cit.*, p. 1037, n° 975).

⁶⁸ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, 2013, p. 1383, n° 937 ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 27, n° 38.

Le caractère volontaire du recours à un auxiliaire apparaît quelque peu énervé lorsque le maître de l'ouvrage enjoint à l'entrepreneur de recourir à tel ou tel sous-traitant (qu'il a choisi lui-même) ou à l'un des sous-traitants figurant sur une liste restreinte⁶⁹. Il apparaît dès lors légitime de se demander si le principe de responsabilité contractuelle pour autrui doit être maintenu dans ces hypothèses de « sous-traitance imposée »⁷⁰. Pour rappel, la sous-traitance peut être définie comme l'opération par laquelle un entrepreneur confie, sous sa responsabilité, à une autre personne, appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie des tâches qui lui ont été confiées par le maître de l'ouvrage⁷¹. Elle implique dès lors l'existence de deux contrats d'entreprise distincts, étant entendu qu'il n'existe aucun lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

La doctrine et la jurisprudence examinées ci-dessous, en ce qui concerne la problématique de la « sous-traitance imposée », sont essentiellement relatives à des contrats d'entreprise de construction. Il n'en demeure pas moins que la question peut se poser dans un autre cadre, par exemple, en matière de responsabilité médicale⁷².

Enfin, comme indiqué, la problématique de la « sous-traitance imposée » sera analysée sous l'angle de l'auxiliaire qui est désigné par le créancier (maître de l'ouvrage)⁷³. Nous n'aborderons pas, dans le cadre de la présente

⁶⁹ D. DESSARD, « Contrat d'entreprise de construction », *Rép. not.*, t. IX « Contrats divers », liv. 8, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 175, n° 143 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 635, n° 256.

⁷⁰ Sur la responsabilité contractuelle pour autrui en matière de contrat d'entreprise (et not. la question de la « sous-traitance imposée »), voy. également la contribution de Y. Ninane et L. Debroux, dans le présent ouvrage.

⁷¹ E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : *Je t'aime, moi non plus* », obs. sous Liège (15^e ch.), 10 février 1998, et Mons (21^e ch.), 30 septembre 2009, *Entr. et dr.*, 2011, p. 53, n° 6 ; A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, op. cit., 2015, pp. 626-627, n° 741.

⁷² Voy. not. B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », op. cit., p. 27, n° 38 : l'auteur considère que le chirurgien qui assume la direction de l'opération doit, en principe, répondre des membres de son équipe à moins que le choix de l'un ou l'autre d'entre eux n'ait été effectué par le patient lui-même ou ratifié par lui. Voy. et comp. Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité du médecin et de l'hôpital*, Anvers-Bruxelles, Maklu-Bruylant, 1996, pp. 442 et s. Voy. également, sur la responsabilité contractuelle pour autrui en matière médicale : T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Handboek Gezondheidsrecht*, vol. 1, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 1446 et s.

⁷³ On peut se demander si la sanction du remplacement (judiciaire) aux dépens du débiteur ne constitue pas une illustration de « l'agent d'exécution imposé ». Voy., à cet égard, P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai). Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 272, n° 196 : « Le remplaçant qui réalise l'exécution en nature pour le compte du débiteur initial présente, en effet, la particularité d'avoir été désigné par le créancier lui-même ». Ainsi, si la faute du remplaçant ne peut être érigée en cause étrangère libératoire pour le débiteur primitif défaillant, l'auteur admet que la responsabilité de ce dernier « doit toutefois être assez fortement nuancée, en pratique » (*ibid.*, p. 271, n° 196). Ajoute sur cette question : S. DE REY, *Herstel in natura. Rechtsvergelijkende studie in het contractenrecht met buitencontractuele invalshoek*, Bruges, die Keure, 2019, pp. 639 et s., n° 762 et s., qui retient également la responsabilité du débiteur initial pour le manquement du remplaçant imposé, sous réserve de certaines exceptions (p. ex., si on peut reprocher au créancier, qui a désigné le remplaçant, une *culpa in eligendo* ou une faute dans la surveillance de ce tiers, ou encore lorsque ce dernier a commis une faute lourde à laquelle personne ne pouvait raisonnablement s'attendre).

contribution, l'hypothèse de l'auxiliaire qui est « imposé » au débiteur principal en raison de ses compétences particulières et de la technicité de la tâche à accomplir⁷⁴. La question du recours à un auxiliaire « imposé » par l'existence d'un monopole légal sera, quant à elle, examinée ci-après dans le contexte particulier du mandat⁷⁵.

§ 2. Pistes de solution en droit belge

13. Premier courant, favorable à l'exonération du débiteur principal.

Certains auteurs semblent admettre l'exonération de l'entrepreneur principal pour les fautes commises par un sous-traitant qui a été désigné ou imposé par le maître de l'ouvrage⁷⁶. En effet, dès lors que le maître de l'ouvrage « impose à l'entrepreneur principal de recourir à tel ou tel sous-traitant, [il] supprime contractuellement le choix de l'entrepreneur et celui-ci ne devrait dès lors plus répondre à son égard des défaillances du sous-traitant »⁷⁷. Pour l'exprimer encore autrement, les prérogatives de choisir son agent d'exécution et de déterminer les conditions d'intervention de ce dernier constitueraient en quelque sorte la contrepartie du principe de responsabilité contractuelle pour autrui⁷⁸. Dès lors, lorsque le sous-traitant est imposé à l'entrepreneur, ce dernier ne pourrait être tenu ni du choix du sous-traitant ni des fautes de celui-ci.

À cet égard, deux décisions de jurisprudence se sont prononcées en faveur d'une exonération de l'entrepreneur principal en cas de sous-traitance imposée.

⁷⁴ Pensons, p. ex., à un architecte, chargé d'une mission complète, qui devra recourir aux services d'un ingénieur pour réaliser une étude de stabilité. Voy. sur cette question : Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 759, R.C.J.B., 1982, p. 176 et l'excellente note de M. VANWIJCK-ALEXANDRE : « L'on peut admettre, eu égard à la haute technicité actuelle de certaines études relevant du secteur de la construction, que l'architecte peut, même implicitement, se décharger à l'égard du maître de l'ouvrage de sa responsabilité quant à certaines études techniques [...] ». Voy. également Cass., 1^{er} avril 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 909.

⁷⁵ Voy. *infra*, n° 22.

⁷⁶ B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Droit des obligations et sous-traitance », in *La sous-traitance*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 81-82 ; A. DELVAUX, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », *Actualités de droit immobilier*, Limal, Anthemis, 2009, p. 49, n° 6 ; A. DELVAUX, B. DE COCQUÉAU, F. POTTIER et R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 160, n° 258 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., 2013, p. 1383, n° 937 ; A. DELVAUX, « Contentieux de l'exécution des marchés publics », op. cit., pp. 142-143, n° 58. Voy. également R. STEENNOT, « De overschrijving is een figuur *sui generis* en de bank van de begunstigde is een uitvoeringsagent van de bank van de opdrachtgever », note sous Cass. (1^{re} ch.), 24 mars 2016, R.D.C., 2017, p. 203, n° 3.

⁷⁷ D. DESSARD, « Contrat d'entreprise de construction », op. cit., p. 175, n° 143.

⁷⁸ A. DELVAUX, « La sous-traitance imposée : attribution et recours, exécution et responsabilités », *Entr. et dr.*, 2005, pp. 107-126 et spéc. p. 123 ; A. DELVAUX, B. DE COCQUÉAU, R. SIMAR, B. DEVOS et J. BOCKOURT, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2011*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 198-202, spéc. p. 202, n° 246 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., 1995, p. 175, n° 143 et les références citées en note 190. Nous verrons toutefois que la « liberté de choix » n'est pas le seul critère qui est pris en compte pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer ou non le principe de responsabilité contractuelle pour autrui : voy. n°s 15 et s.

Ainsi, dans un arrêt du 30 septembre 2009⁷⁹, la Cour d'appel de Mons a décidé que « [l']imposition ou le choix exclusif par le maître de l'ouvrage de tel sous-traitant a pour effet de supprimer la responsabilité de l'entrepreneur principal dans le choix opéré et les conséquences qui résultent de ce choix ». Il importe de souligner qu'en l'espèce, le « débiteur principal »⁸⁰ pouvait « choisir » entre trois sous-traitants, imposés par le « maître de l'ouvrage », dont il ne connaissait ni la compétence ni les méthodes de travail.

En outre, la Cour d'appel de Liège a considéré, dans un arrêt du 10 février 1998⁸¹, qu'un adjudicataire (la SA C.) ne devait pas répondre de la défaillance du sous-traitant aux motifs que ce dernier lui a été imposé par le pouvoir adjudicateur et que « la SA C. n'a pu prévoir, lors de son offre, la défaillance de ce sous-traitant et les aléas qui en ont résulté ». On relèvera qu'en l'espèce, la personne du sous-traitant ainsi que les conditions essentielles du contrat de sous-traitance avaient été imposées par l'adjudicateur. Dans la mesure où la SA C. ne disposait d'aucune marge de manœuvre⁸², certains auteurs estiment que le sous-traitant ainsi désigné ne peut plus être considéré comme l'agent d'exécution du débiteur principal⁸³.

14. Premier courant, favorable à l'exonération du débiteur principal (suite) : réserves et limites. En tout état de cause, même si une partie de la doctrine et de la jurisprudence semble admettre, en cas de sous-traitance imposée, une exonération de l'entrepreneur principal, celle-ci est exclue si on peut reprocher à ce débiteur un manquement propre, par exemple, un défaut de coordination des différents intervenants ou encore une méconnaissance des devoirs tirés du principe d'exécution de bonne foi. En d'autres termes, l'entrepreneur principal doit s'abstenir de commettre des fautes contractuelles à l'égard du maître de l'ouvrage, de nature à susciter ou à aggraver les défaillances du sous-traitant imposé⁸⁴.

⁷⁹ Mons (21^e ch.), 30 septembre 2009, *Entr. et dr.*, 2011, p. 47, note E. BERTRAND et X. CLOSE.

⁸⁰ Il s'agissait en réalité d'un sous-traitant de 1^{er} rang (la SA H) qui était tenu à l'égard de l'entrepreneur principal. Ce dernier a imposé un sous-traitant de 2^e rang et peut, dès lors, être assimilé à un « maître de l'ouvrage » vis-à-vis de la SA H.

⁸¹ Liège (15^e ch.), 10 février 1998, *Entr. et dr.*, 2011, p. 43, note E. BERTRAND et X. CLOSE.

⁸² Il ne dispose même pas d'un choix limité entre différents noms imposés par le maître de l'ouvrage (comp. avec l'arrêt précité du 30 septembre 2009).

⁸³ E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : *Je t'aime, moi non plus* », obs. sous Liège (15^e ch.), 10 février 1998, et Mons (21^e ch.), 30 septembre 2009, *Entr. et dr.*, 2011, pp. 58-59, n^o 12. Voy. également *infra*, n^o 17.

⁸⁴ E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : *Je t'aime, moi non plus* », *op. cit.*, pp. 59-60, n^{os} 13-14 ; J.-Fr. GERMAIN et Ph. STROOBANT, « Actions en droit de la construction : remèdes immédiats et pluralité des parties – Première partie : aspects de droit civil », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations et les moyens d'action en droit de la construction*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 85, n^o 116.

Par ailleurs, selon D. Dessard⁸⁵, l'exonération de responsabilité en cas de sous-traitance imposée ne peut jamais être admise dans des hypothèses de responsabilité qui touchent à l'ordre public, telle la responsabilité décennale visée aux articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil. Ainsi, aucune exonération ne peut jouer en faveur de l'entrepreneur principal, même dans l'hypothèse d'une sous-traitance imposée, dans la mesure où priver le maître de l'ouvrage de son recours à l'encontre de son cocontractant serait, aux yeux de l'auteur, contraire à l'ordre public. Cette opinion nous paraît contestable, du moins si l'on admet que, dans le cadre de la sous-traitance imposée, la faute du sous-traitant n'est pas imputable à l'entrepreneur principal et qu'elle peut, dès lors, être assimilée à la force majeure⁸⁶. Il ne faut, en effet, pas perdre de vue que le régime de responsabilité décennale reste attaché à l'idée de faute et permet, partant, la preuve de la cause exonératoire⁸⁷. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un régime de garantie⁸⁸.

15. Deuxième courant, favorable au maintien du principe de responsabilité contractuelle pour autrui en cas de sous-traitance imposée. Nous avons épinglé ci-dessus un courant doctrinal et jurisprudentiel favorable à l'exonération de l'entrepreneur principal en cas de sous-traitance imposée (sous réserve, le cas échéant, de certaines limites)⁸⁹. Force est de constater, cependant, que cette tendance est critiquée par d'autres auteurs.

⁸⁵ D. DESSARD, « Contrat d'entreprise de construction », *op. cit.*, p. 176, n° 143.

⁸⁶ Voy. *supra*, n° 2 ; A. DELVAUX, « Contentieux de l'exécution des marchés publics », *op. cit.*, pp. 142-143, qui relève que l'imposition par le donneur d'ordre d'un sous-traitant est considérée comme « une circonstance extraordinaire et imprévisible pour l'adjudicataire le déchargeant d'assumer les conséquences [de la défaillance du sous-traitant] ». Nous relevons toutefois que, selon une partie de la doctrine, la désignation, par le créancier lui-même, de l'agent d'exécution « emporte renonciation (tacite) d'invoquer la responsabilité personnelle de son débiteur principal, à défaut de choix » (nous soulignons ; voy. B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, 2016, p. 636, n° 256 ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, pp. 28-29, n° 40). Pareille renonciation ne serait sans doute guère compatible avec le caractère d'ordre public de la responsabilité décennale : voy. Cass. (1^{re} ch.), 5 mai 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 1046 ; Cass. (1^{re} ch.), 5 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1627 et note A. DELVAUX ; Cass. (1^{re} ch.), 12 février 2021, n° C.20.0066.N (à propos d'une clause exonératoire de la responsabilité *in solidum*).

⁸⁷ Voy. not. B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, 2016, pp. 1088 et s., n° 447 ; A. VAN OEVELEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht, Aanneming van werk – lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017, pp. 264-265, n° 215.

⁸⁸ Voy. et comp. avec l'exonération de responsabilité quant aux études techniques confiées à des spécialistes. Il semble admis que pareille exonération s'étende à la responsabilité décennale (cf. B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Droit des obligations et sous-traitance », *op. cit.*, p. 88 ; comp. toutefois avec L.-O. HENROTTE et S. VAN DER MERSCH, « Rôle et responsabilité de "l'auteur de projet" : entre mythe et réalité », in A. VANDEBURIE et B. KOHL (dir.), *Travaux publics, acquisitions et locations immobilières par l'Administration*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 389, qui invoquent l'arrêt de la Cour de cassation du 5 septembre 2014 (préc., note 86) pour remettre en question le principe de l'exonération en matière de responsabilité décennale ; voy. également, en ce sens, M. THIELENS et A.-L. VERBEKE, « Het aannemingsrecht als art du juge: contractuele aansprakelijkheid van aannemer en architect in de recente rechtspraak », *op. cit.*, p. 10).

⁸⁹ Voy. *supra*, n°s 13-14.

Différents arguments sont invoqués en vue de maintenir le principe de la responsabilité contractuelle du débiteur principal pour les fautes commises par un auxiliaire qu'il n'a pas (librement) choisi.

Tout d'abord, le principe d'une libération de l'entrepreneur en raison des fautes commises par un sous-traitant imposé constitue une formule « très périlleuse »⁹⁰ pour le maître de l'ouvrage dans la mesure où il réduit considérablement les moyens de recours de ce dernier. En effet, le maître de l'ouvrage ne pourrait plus mettre en cause la responsabilité (contractuelle) de l'entrepreneur principal, du moins pour les malfaçons imputables à un sous-traitant qu'il aurait désigné. Il ne pourrait pas davantage agir contre le sous-traitant, ni sur une base contractuelle, à défaut de lien contractuel avec lui, ni, en principe, sur une base quasi délictuelle, compte tenu de la « quasi-immunité »⁹¹ du sous-traitant. À cet égard, dans un arrêt du 23 septembre 2019⁹², la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que le simple fait d'imposer un sous-traitant ne libère pas le débiteur principal (en l'occurrence, un architecte) des obligations souscrites envers le maître de l'ouvrage, au risque de priver ce dernier de tout moyen de recours : « *Als de architect van zijn aansprakelijkheid tegenover de opdrachtgever zou zijn bevrijd, zou de opdrachtgever niet alleen tegen de architect geen verhaal kunnen uitoefenen, maar evenmin (noch contractueel, noch in de regel buitencontractueel) tegen het studiebureau dat de "uitvoeringsagent" van de architect is* ».

Ensuite, selon certains auteurs, l'exclusion de responsabilité de l'entrepreneur en cas de sous-traitance imposée ne devrait être admise qu'avec la plus grande circonspection dans la mesure où le débiteur (principal), par la conclusion du contrat de sous-traitance, *accepte* de collaborer avec l'agent d'exécution désigné par le créancier. Il ne s'agit dès lors plus véritablement

⁹⁰ E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : *Je t'aime, moi non plus* », *op. cit.*, p. 55, n° 7 ; J.-Fr. GERMAIN et Ph. STROOBANT, « Actions en droit de la construction : remèdes immédiats et pluralité des parties – Première partie : aspects de droit civil », *op. cit.*, pp. 83-84, n° 115 ; D. DESSARD, « Contrat d'entreprise de construction », *op. cit.*, p. 176, n° 143. Voy. également B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, 2016, p. 636, n° 256, qui estime que l'exclusion de la responsabilité de l'entrepreneur « présente un danger important » dans le chef du maître de l'ouvrage.

⁹¹ Le maître de l'ouvrage ne peut, en effet, agir contre le sous-traitant, sur une base quasi délictuelle, que moyennant le respect des conditions du concours. En d'autres termes, la responsabilité aquilienne ne pourra être engagée que si, d'une part, la faute constitue un manquement non seulement à l'obligation contractuelle, mais aussi au devoir général de prudence (ou à une norme particulière imposant un comportement déterminé) et, d'autre part, si cette faute a causé un dommage autre que celui qui est dû à une mauvaise exécution du contrat (voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 7 décembre 1973, *Pas.*, 1973, p. 376 ; Cass. (1^{re} ch.), 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1911 ; Cass. (1^{re} ch.), 24 mars 2016, *Pas.*, 2016, p. 734 ; Cass. (1^{re} ch.), 12 mars 2020, n° C.19.0408.N). Par ailleurs, on ne perdra pas de vue que, lorsque la faute contractuelle est constitutive d'une infraction pénale, le créancier peut opter pour la responsabilité extracontractuelle (Cass. (1^{re} ch.), 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 216). Voy. également sur la théorie du concours : 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. 43-46.

⁹² Bruxelles (20^e ch.), 23 septembre 2019, *T.B.O.*, 2019, p. 423.

d'un sous-traitant « imposé » et il n'existe, partant, aucune raison de déroger au principe de la responsabilité contractuelle pour autrui⁹³. Cette justification mérite néanmoins d'être nuancée : c'est ce que nous examinons ci-dessous.

16. Deuxième courant (suite) – Acceptation libre et volontaire du sous-traitant : nuances et limites. Une porte ouverte à la force majeure ? Le simple fait d'accepter le sous-traitant imposé suffit-il à admettre que le débiteur principal recourt *volontairement* et *librement* aux services de l'auxiliaire ? E. Bertrand et X. Close⁹⁴ proposent d'affiner l'analyse. On peut, selon eux, discerner des degrés d'intensité dans la sous-traitance imposée et déduire de ce constat que plus la marge de manœuvre du débiteur principal est réduite, plus il paraît délicat d'en conclure que ce dernier a accepté librement le sous-traitant. C'est ce qui a conduit les auteurs précités à dégager une série de critères afin de déterminer, dans chaque cas concret, si le cocontractant de l'entrepreneur principal peut effectivement être considéré comme son agent d'exécution : i) les travaux délégués en sous-traitance font-ils partie de l'entreprise ou du marché confié à l'entrepreneur principal ; ii) le recours à la sous-traitance résulte-t-il de la spécificité des travaux de la sous-entreprise, lesquels excèderaient la compétence de l'entrepreneur principal ; iii) quel est le degré d'intervention du maître de l'ouvrage dans la désignation du sous-traitant (limitation du choix de l'entrepreneur principal ou désignation pure et simple du sous-traitant) ; iv) l'entrepreneur principal a-t-il protesté ou émis des réserves face à la désignation du sous-traitant imposé ; v) quelle est la liberté de l'entrepreneur dans la fixation des conditions contractuelles du contrat de sous-traitance ?

Ainsi, ce deuxième courant, qui reste *a priori* favorable au maintien du principe de responsabilité contractuelle pour autrui en cas de sous-traitance imposée, admet néanmoins qu'il convient, à l'aune des éléments précités, d'évaluer le degré de liberté dont jouit le débiteur principal : plus il est grand, plus le sous-traitant pourra être considéré comme l'agent d'exécution de l'entrepreneur, ce qui déclenchera l'application du principe de responsabilité contractuelle pour autrui. En revanche, si l'on constate que le cocontractant

⁹³ C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., pp. 178-181, n° 144 ; E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : Je t'aime, moi non plus », op. cit., p. 55, n° 8 ; J.-Fr. GERMAIN et Ph. STROOBANT, « Actions en droit de la construction : remèdes immédiats et pluralité des parties – Première partie : aspects de droit civil », op. cit., p. 84, n° 116 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., 2016, p. 636, n° 256. *Contra* : A. DELVAUX, B. DE COCQUÉAU, R. SIMAR, B. DEVOS et J. BOCKOURT, *Le contrat d'entreprise*, op. cit., 2012, p. 202, n° 246 : « Aussi, l'imposition d'un sous-traitant, même expressément acceptée, doit-elle être considérée comme déchargeant l'entrepreneur principal de la responsabilité du fait de celui-ci [...] » (nous soulignons). En effet, selon ces auteurs, soutenir que l'entrepreneur principal accepte librement un sous-traitant imposé reviendrait à ne faire aucun cas de la pression économique, financière et sociale qui peut amener à accepter un contrat qu'offre le marché sans réelle alternative vu la conjoncture économique.

⁹⁴ E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : Je t'aime, moi non plus », op. cit., pp. 57-58, n° 10.

de l'entrepreneur principal est un véritable « sous-traitant imposé » (qui ne peut, en d'autres termes, être considéré comme son agent d'exécution⁹⁵), il est permis de contester la responsabilité de l'entrepreneur principal du fait de ce sous-traitant⁹⁶.

À la réflexion, nous ne décelons pas de contradiction entre, d'une part, la considération selon laquelle l'entrepreneur principal *accepte* l'agent d'exécution et consent *volontairement* à sa désignation et, d'autre part, le constat qu'il existe des degrés d'intensité dans la sous-traitance imposée, à telle enseigne que, dans certains cas, le débiteur principal devrait être exonéré de sa responsabilité (en raison de la faute commise par le tiers engagé). Ces deux aspects nous font songer à la distinction entre « liberté contractuelle de droit » et « liberté contractuelle de fait »⁹⁷. L'entrepreneur qui traite avec l'agent d'exécution imposé par le maître de l'ouvrage conclut un contrat avec ce sous-traitant et exprime sa volonté *en droit* de recourir à ses services. Il est toutefois possible que, *en fait*, son libre choix ait été réduit à peau de chagrin. À cet égard, on admet que l'absence ou la limitation de la liberté contractuelle de fait n'exclut pas l'existence d'un consentement valable en droit⁹⁸ (sous réserve des vices de consentement et des mécanismes de protection prévus par le législateur). En revanche, ce facteur nous paraît pertinent si l'on se place non plus sur le terrain du consentement, mais sur celui de l'imputabilité. On pourrait, en effet, estimer que les entraves de fait à la liberté contractuelle contribuent à ce que la faute commise par l'auxiliaire soit considérée comme « indépendante de la volonté » du débiteur et, partant, donner lieu à force majeure.

17. Le sous-traitant imposé : un agent d'exécution ? Dans le prolongement des réflexions de E. Bertrand et X. Close⁹⁹, on relèvera que, selon une partie de la doctrine, lorsque le sous-traitant est désigné exclusivement par le maître de l'ouvrage, il faut considérer que l'entrepreneur principal intervient en tant qu'intermédiaire ou représentant qui conclut au nom et pour compte du maître de l'ouvrage un contrat avec le sous-traitant, de sorte

⁹⁵ À cet égard, le fait que le sous-traitant soit désigné par le maître de l'ouvrage ne constitue qu'un critère parmi d'autres pour apprécier si le premier peut être qualifié d'agent d'exécution de l'entrepreneur principal.

⁹⁶ E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : *Je t'aime, moi non plus* », *op. cit.*, pp. 58-59, n° 10-13 ; J.-Fr. GERMAIN et Ph. STROOBANT, « Actions en droit de la construction : remèdes immédiats et pluralité des parties – Première partie : aspects de droit civil », *op. cit.*, 2012, p. 84, n° 115.

⁹⁷ Voy. not. sur ce point : P. A. FORIERS, « Espaces de liberté en droit des contrats », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 39 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, 2021, p. 135, n° 104.

⁹⁸ Il suffit de songer à la validité des contrats d'adhésion (voy. Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, « De overeenkomst: definitie en soorten », in Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS (dir.), *Handboek verbintenissenrecht*, *op. cit.*, pp. 125-128).

⁹⁹ Voy. *supra*, n° 16.

qu'il existe un lien contractuel direct entre ces deux derniers¹⁰⁰⁻¹⁰¹. Certains auteurs ajoutent toutefois que l'entrepreneur principal ne sera libéré de sa responsabilité contractuelle pour autrui que s'il a expressément émis des réserves à l'endroit du débiteur désigné par le maître de l'ouvrage : « *Maar enkel wanneer de hoofdaannemer uitdrukkelijk voorbehoud heeft gemaakt tegen een opgedrongen onderaannemer, mag worden aangenomen dat het risico voor de uitvoering door deze "onderaannemer" overgaat van de hoofdaannemer op de meester van het werk* »¹⁰².

18. Responsabilité du maître de l'ouvrage ou responsabilité de l'entrepreneur principal : une troisième voie. Entre les deux logiques qui s'affrontent – d'une part, la responsabilité du maître de l'ouvrage du fait d'avoir imposé un sous-traitant et, d'autre part, la responsabilité de l'entrepreneur pour les fautes commises par son agent d'exécution –, certains auteurs ont essayé de dégager une troisième voie : « *O.i. blijft de hoofdaannemer wel aansprakelijk voor de uitvoering van de werken op zich en zal hij moeten bewijzen dat bepaalde uitvoeringsfouten noodzakelijk voortvloeien uit de persoon of hoedanigheid van de betrokken onderaannemer om aan zijn aansprakelijkheid te ontsnappen* »¹⁰³. En d'autres termes, seules les malfaçons qui découlent nécessairement de la personne ou de la « qualité » (comprenez, à notre estime, la « capacité technique ») du sous-traitant imposé pourraient être mises à charge du maître de l'ouvrage.

¹⁰⁰ Voy. G. BAERT, *Aanneming van werk*, coll. APR, Intersentia, 2001, p. 80, n° 183 : « heeft uitsluitend de meester van het werk de "onderaannemer" gekozen, dan wordt de hoofdaannemer geacht als vertegenwoordiger van de opdrachtgever op te treden, zodat tussen de meester van het werk en de "onderaannemer" een contractueel verband tot stand komt op grond waarvan de meester van het werk zelf verhaal kan nemen ». Voy. également E. DIRIX, « Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen », *op. cit.*, p. 349, n° 10 ; I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 197-198, n° 169, et pp. 271-272, n° 242 ; B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Droit des obligations et sous-traitance », *op. cit.*, pp. 81-82 ; A. DELVAUX, « La sous-traitance imposée : attribution et recours, exécution et responsabilités », *op. cit.*, p. 123 ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », *op. cit.*, p. 27, n° 38. Comp. avec A. DELVAUX, B. DE COCQUÉAU, R. SIMAR, B. DEVOS et J. BOCKOURT, *Le contrat d'entreprise*, *op. cit.*, 2012, p. 200, n° 244.

¹⁰¹ On se demande toutefois si cette analyse concorde avec l'objectif de la sous-traitance imposée. Selon certains auteurs, lorsque le maître de l'ouvrage recourt à cette formule, son but est « de choisir lui-même les intervenants du chantier, mais sans créer de lien contractuel entre lui et ces intervenants » (voy. E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : *Je t'aime, moi non plus* », *op. cit.*, pp. 52-53, n° 4 ; V. DE FRANQUEN et Y. MUSSCHBROECK, « Onderaanneming in overheidsopdrachten: een analyse inzake de gunning en uitvoering », *M.C.P.*, 2017, p. 41, n° 116). En réalité, lorsque l'entrepreneur contracte au nom et pour le compte du maître de l'ouvrage, en tant que mandataire, l'opération nous paraît davantage relever de la cotraitance que de la sous-traitance (voy. sur la cotraitance : G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 1120, n° 828).

¹⁰² G. BAERT, *Aanneming van werk*, *op. cit.*, 2001, p. 80, n° 183. Voy. également E. DIRIX, « Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen », *op. cit.*, p. 349, n° 10.

¹⁰³ M. SCHOUPS et S. BUSSCHER, *Privaatrechtelijke aanneming van bouwzaken*, Anvers, Intersentia, 2016, pp. 160-161. Voy. également N. CARETTE et S. BUSSCHER, « Onderaanneming », in G.-L. BALLON *et al.* (dir.), *Contractuele clausules. Aanneming-bouwwerken*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 61-62.

Cette opinion peut être rapprochée de la solution proposée par l'article 12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics¹⁰⁴. Le premier paragraphe de la disposition est formulé comme suit : « Le fait que l'adjudicataire confie tout ou partie de ses engagements à des sous-traitants ne dégage pas sa responsabilité envers l'adjudicateur. L'adjudicateur n'a aucun lien contractuel avec ces tiers ». L'article 12, § 2, alinéa 1^{er}, dudit arrêté prévoit que l'adjudicataire est tenu de faire appel à des sous-traitants prédéterminés qui lui seraient imposés par l'adjudicateur. En ce cas, poursuit l'article 12, § 2, alinéa 3, « [l']adjudicateur est uniquement responsable de la capacité financière et économique et de la capacité technique et professionnelle de ce(s) sous-traitant(s) ». En d'autres termes, l'adjudicataire devrait répondre de tous les manquements du sous-traitant qui ne sont pas directement liés à la solvabilité et à la capacité technique de ce dernier¹⁰⁵.

§ 3. Éléments de droit comparé

19. Article 79.2 de la CVIM. Il est intéressant de relever que les arguments évoqués ci-dessus, pour ce qui concerne la responsabilité du débiteur en raison d'une faute d'un sous-traitant imposé par le maître de l'ouvrage, se retrouvent *mutatis mutandis* mobilisés en cas d'application de la CVIM, lorsqu'il s'agit de déterminer si le vendeur est responsable du tiers désigné par son cocontractant pour exécuter tout ou partie du contrat.

Ainsi, selon une partie de la doctrine, il importe peu que le tiers ait été choisi librement par le débiteur ou qu'il ait été imposé par le créancier. En effet, dès lors que l'agent d'exécution a été accepté par le vendeur, il agit « sous le contrôle » de ce dernier. Le débiteur devra ainsi répondre de la défaillance du tiers – désigné par le créancier – comme s'il l'avait librement choisi¹⁰⁶. En effet, pour les auteurs qui se rattachent à cette solution, le principe de responsabilité contractuelle pour autrui, visé à l'article 79.2 de la CVIM, ne repose pas sur l'idée selon laquelle le débiteur doit être responsable des

¹⁰⁴ M.B., 14 février 2013, tel que modifié par l'arrêté royal du 22 juin 2017, M.B., 27 juin 2017.

¹⁰⁵ V. DE FRANQUEN et Y. MUSSCHBROECK, « Onderaanneming in overheidsopdrachten: een analyse inzake de gunning en uitvoering », *op. cit.*, p. 42, n° 122 ; M.-A. VROMAN et B. WATHELET, « Le marché pour compte : retour d'expérience... un an après », *Jaarboek overheidsopdrachten 2017-2018/Chronique des marchés publics 2017-2018*, Bruxelles, EBP Consulting, 2018, pp. 437-439. Voy. et comp. avec G. BATAILLE, « La sous-traitance dans les marchés publics : morceaux choisis », in Y. MUSSCHBROECK et E. MEES (dir.), *Marchés publics et privés autour et alentour de la construction : morceaux choisis*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 24-25.

¹⁰⁶ D. TALLON, « Article 79 », in C.-M. BIANCA et M.J. BONEL (dir.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sale Convention*, Milan, Giuffrè, 1987, p. 584, disponible à l'adresse suivante : www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html : « The sub-contractor, though not chosen by the seller, has been accepted by him as part of the bargain and he is under the technical control of the seller » ; V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, *op. cit.*, 2000, p. 429, n° 474.

auxiliaires qu'il a librement choisis ; il vise plutôt à éviter que le vendeur ne tire profit de l'exécution (d'une partie) du contrat par un tiers¹⁰⁷.

D'autres commentateurs considèrent, en revanche, que c'est le libre choix de l'auxiliaire qui fonde le principe de responsabilité contractuelle pour autrui¹⁰⁸. Par conséquent, le vendeur doit être exonéré de sa responsabilité lorsqu'il n'a pas pu choisir le tiers, « étant donné la position de monopole public de ce dernier, ou lorsqu'il lui a été imposé par l'acheteur ou par les organes de l'État chargés de la direction économique du pays et que, dans ces hypothèses, le choix est en dehors de sa sphère d'influence »¹⁰⁹.

En réalité, il paraît difficile de donner une réponse abstraite à la question de savoir si le débiteur doit répondre de la défaillance du tiers. Il convient à chaque fois d'analyser les circonstances de l'espèce pour déterminer qui doit supporter les risques de l'inexécution : « *it may, under certain circumstances, need to be determined to what extent the non-performance was caused by the intervention of the obligee (buyer) or by factors for which the obligor (seller) is liable (e.g. because the latter should have examined the buyer's orders or could have recognized or prevented the third party's non-performance in some other way)* »¹¹⁰. La circonstance que le tiers ait été désigné par le créancier (acquéreur) est sans doute un élément à prendre en considération dans la balance. Néanmoins, il convient également de tenir compte de l'expertise et de la compétence du vendeur qui, à l'aune du principe d'exécution de bonne foi¹¹¹, pourraient, le cas échéant, justifier de

¹⁰⁷ I. SCHWENZER, « Art. 79 », *op. cit.*, pp. 1144-1145, n° 37 : « Article 79(2) is not based on the idea that the promisor should be responsible for his choice of third persons but is intended to prevent a split in performance being to his advantage [...] ». L'auteur reconnaît que le créancier peut, sous certaines conditions, être responsable de l'inexécution du contrat par un tiers, sur pied de l'article 80 de la CVIM. En vertu de cette disposition, l'acquéreur ne pourrait se prévaloir d'une inexécution de son cocontractant (p. ex., en raison de la défaillance d'un tiers) dès lors que cette inexécution « est due à un acte ou une omission de sa part » (p. ex., le fait d'imposer au débiteur le recours à tel agent d'exécution). On notera que, dans le système de la CVIM, le fait du créancier, qui exonère le débiteur, ne doit pas nécessairement être fautif (voy. not. K.H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne...*, *op. cit.*, 1993, p. 540, n° 2 ; C. BRUNNER et B. GOTTLIEB (dir.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2019, p. 592, n° 3).

¹⁰⁸ Voy. Y.M. ATAMER, « Section IV. Exemption – Art. 79 », *op. cit.*, p. 1065, n° 66 : « *it makes only sense to hold the obligor liable for acts or omissions of people he himself has included into the performance process with free will* ».

¹⁰⁹ K.H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne...*, *op. cit.*, 1993, pp. 530-531. Voy. également A.M. GARRO, « Exemption of liability for damages under Article 79 of the CISG », *CISG Advisory Council Opinion No. 7*, 2007, n° 20, disponible à l'adresse suivante : www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html ; M. CLAEYS, « De bijzondere middelen van de partijen », in H. VAN HOUTTE, J. ERAUW et P. WAULETEL (dir.), *Het Weens Koopverdrag*, Anvers, Groningen, Intersentia, 1997, spéc. p. 269, n° 7.114.

¹¹⁰ C. BRUNNER et B. GOTTLIEB (dir.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, *op. cit.*, 2019, pp. 569-570, n° 17.

¹¹¹ Voy. le commentaire de Y.M. ATAMER, « Section IV. Exemption – Art. 79 », *op. cit.*, pp. 1065-1066, n° 66-67 (à propos de l'article 79 de la CVIM), ainsi que pp. 1083-1084, n° 8-9 (par rapport à l'article 80 de la CVIM) : l'auteur met en exergue le « devoir de collaboration », tiré du principe d'exécution de bonne foi, qui enjoint au vendeur d'informer son cocontractant de la situation de monopole d'un tiers (dont il dépend pour l'exécution de tout ou partie du contrat) ou encore de tout motif qui pourrait troubler l'exécution des obligations contractuelles.

placer le manquement du tiers dans la « sphère de risques » du débiteur, que ce soit parce que ce dernier aurait pu ou dû émettre des réserves quant à la personne choisie par le créancier, ou qu'il dispose d'une meilleure aptitude à éviter l'inexécution commise par le tiers¹¹². Par ailleurs, l'interprétation de la volonté des parties constitue un autre facteur à prendre en considération afin d'apprécier par quel cocontractant le risque doit être assumé¹¹³.

20. Droit néerlandais. En vertu de l'article 6:76 du Code civil néerlandais (NBW)¹¹⁴, le débiteur qui fait appel à d'autres personnes pour l'exécution d'une obligation est responsable de leurs comportements, de la même manière qu'il le serait pour son propre comportement. Selon la doctrine, il est, *en principe*, sans importance que l'auxiliaire soit désigné par le créancier ou choisi par le débiteur : « *Voor de toepassing van art. 6:76 BW is in beginsel niet van belang of de schuldenaar de hulppersoon inschakelt op eigen initiatief of op verzoek of zelfs op aanwijzing van de schuldeiser* »¹¹⁵.

Néanmoins, selon un arrêt du *Hoge Raad* du 21 mai 1999¹¹⁶, la circonstance que l'agent d'exécution soit imposé par le créancier pourrait justifier une dérogation à la règle inscrite à l'article 6:76 lorsqu'elle est accompagnée d'autres éléments¹¹⁷ qui tendent à indiquer que l'application du principe de responsabilité contractuelle pour autrui est, dans telle situation, inacceptable au regard de la bonne foi (« *redelijkheid en billijkheid* »).

Dès lors, la Haute juridiction examine les fondements sur lesquels repose l'article 6:76 afin d'apprécier si, en l'espèce, l'entrepreneur principal est responsable des fautes commises par le sous-traitant qui lui a été imposé par le maître de l'ouvrage. Elle se livre, à cet égard, aux considérations suivantes¹¹⁸.

¹¹² C. BRUNNER et B. GOTTLIEB (dir.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, op. cit., 2019, pp. 569-570, n° 17, qui font référence aux « facteurs dont le vendeur est responsable » ; I. SCHWENZER, « Art. 80 », in I. SCHWENZER (dir.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4^e éd., Oxford University Press, 2016, p. 1158, n° 5 : « It will always have to be determined on a case by case basis whether the promisor is obliged to review the promisee's instructions by reason of the contract or general practice. In many cases the seller will have greater expertise than the buyer ».

¹¹³ Y.M. ATAMER, « Section IV. Exemption – Art. 79 », op. cit., p. 1066, n° 67.

¹¹⁴ « *Maakt de schuldenaar bij de uitvoering van een verbintenis gebruik van de hulp van andere personen, dan is hij voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk* ».

¹¹⁵ A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Asser 6-I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte* (ci après, « *Asser 6-I* »), Deventer, Kluwer, 2016, n° 350. Voy. également H.P.C.W. STRANG, « Art. 7:751 BW », *GS bijzondere overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2020, n° 2 ; M.A.M.C. VAN DEN BERG, *Asser 7-VI. Aanneming van werk* (ci-après, « *Asser 7-VI* »), Deventer, Kluwer, 2017, n° 94.

¹¹⁶ H.R., 21 mai 1999, ECLI:NL:PHR:1999:ZC290, N.J., 1999, 733, note J. HIJMA.

¹¹⁷ J. HIJMA, note sous H.R., 21 mai 1999, N.J., 1999, 733 : « *De aanwijzing door de schuldeiser is een belangrijke factor, die op zichzelf een afwijking van art. 6:76 kan rechtvaardigen (rov. 4.2), maar allesbeslissend is hij niet* » (c'est l'auteur qui souligne).

¹¹⁸ H.R., 21 mai 1999, ECLI:NL:PHR:1999:ZC290, N.J., 1999, 733, note J. HIJMA, cons. 4.1. Voy. et comp. H.R. 8 janvier 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0163, N.J., 2010, 43.

Primo, le débiteur peut élargir ses activités commerciales en faisant appel à un tiers pour l'exécution de ses obligations. Dès lors, s'il tire profit du recours à des auxiliaires, il doit également en assumer les risques et répondre des fautes que ces derniers ont commises.

Secundo, le principe de responsabilité pour autrui incitera le débiteur à sélectionner avec soin les auxiliaires et à organiser leur travail de manière à limiter les risques de défaillance.

Tertio, si une telle responsabilité pour autrui n'existait pas, le créancier serait contraint, d'une part, de se retourner contre l'auxiliaire, ce qui pourrait s'avérer (plus) problématique compte tenu de l'absence de contrat entre ces deux intervenants et, d'autre part, de déterminer l'origine du manquement et l'identité du responsable (alors qu'il n'est pas le mieux placé pour apprécier qui a commis la faute)¹¹⁹.

Ainsi, deux fondements principaux sont épinglés : la liberté de choix, d'une part, et la théorie du « risque-profit », d'autre part¹²⁰.

À l'aune de ces critères, on pourrait, par exemple, admettre de déroger au principe de la responsabilité contractuelle pour autrui lorsque le maître de l'ouvrage a imposé le sous-traitant ainsi que les conditions contractuelles de la sous-traitance, sans que l'entrepreneur principal dispose d'une quelconque marge de manœuvre à cet égard¹²¹. En effet, si le débiteur ne dispose pas de la latitude nécessaire pour s'assurer que l'ouvrage à réaliser (pour rester dans le cadre d'un contrat d'entreprise) ne soit entaché d'aucun défaut, on ne peut le rendre responsable d'une faute commise par l'agent d'exécution¹²². L'interprétation de la volonté des parties devrait permettre de déterminer si les restrictions à la liberté de choix de l'entrepreneur entravent réellement la capacité de ce dernier à effectuer des travaux répondant aux exigences fixées. En outre, examiner qui, de l'entrepreneur ou du maître de l'ouvrage, « tire profit », dans les circonstances de l'espèce, du recours à tel sous-traitant pourrait contribuer à apprécier qui doit répondre des fautes commises par ce dernier¹²³.

¹¹⁹ D'autres justifications sont encore invoquées dans la littérature doctrinale. On relèvera ainsi, à titre exemplatif, le fait qu'on ne peut imposer au créancier – sans le consentement de ce dernier – un nouveau débiteur ou encore l'idée selon laquelle, en l'absence du principe de responsabilité contractuelle pour autrui, le débiteur aurait tout intérêt à faire exécuter son obligation par un tiers (voy. not. B.J. BROEKEMA-ENGELN, « Artikel 6:76 BW », *GS Verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 2018, n° 17 ; G.T. DE JONG, « Het belang van het begrip "bedrijfseenheid" in verband met de contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen », *W.P.N.R.*, 2008/6742, p. 138. Voy. également C.J. VAN ZEBEN, J.W. DUPON et M.M. OLTROF, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1981, p. 266).

¹²⁰ Voy. les conclusions de l'avocat général LANGEMEIJER qui accompagnent l'arrêt précité du *Hoge Raad* (A.-G. LANGEMEIJER, concl. sous H.R., 21 mai 1999, ECLI:NL:PHR:1999:ZC290, N.J., 1999, 733, note J. HJMA).

¹²¹ H.P.C.W. STRANG, « Art. 7:751 BW », *GS bijzondere overeenkomsten*, 2020, n° 2.

¹²² M.A.M.C. VAN DEN BERG, *Asser 7-VI*, 2017, n° 94.

¹²³ H.P.C.W. STRANG, note sous Trib. Gelderland, 15 octobre 2014, *T.B.R.*, 2015, p. 104, n° 10.

Dans la ligne de ce qui précède, van den Berg propose d'effectuer une distinction selon que l'auxiliaire imposé par le maître de l'ouvrage dispose ou non de l'expérience et de l'expertise nécessaires pour réaliser le travail qui lui est confié. Ainsi, si le tiers est « structurellement incapable » (« *structureel ongeschikt* »), la responsabilité des fautes commises par celui-ci incombera, en règle, au maître de l'ouvrage. Dans le cas contraire, soit s'il s'agit d'un manquement « incident » (« *incidentele tekortkoming* ») d'une personne qui dispose en principe de toute la compétence requise, c'est davantage l'entrepreneur principal qui répondra des fautes commises par le sous-traitant¹²⁴. Dans la même veine, on pourrait considérer que si la faute résulte d'un problème dans la « conception » du projet qui a été dicté par le maître de l'ouvrage, il paraît raisonnable que ce dernier en assume les conséquences¹²⁵. En revanche, si le manquement procède d'une faute dans « l'exécution » d'un projet qui tient parfaitement la route, c'est l'entrepreneur qui sera responsable¹²⁶.

En somme, le simple fait que le sous-traitant soit imposé par le créancier ne suffit pas, en soi, à déplacer la charge du « risque »¹²⁷ (*i.e.* la responsabilité résultant de la faute du sous-traitant) de l'entrepreneur principal vers le maître de l'ouvrage. Il convient, en effet, d'examiner les circonstances de l'espèce et de déterminer la partie qui est le plus à même de prévenir et de maîtriser le risque d'inexécution, en tenant compte des critères évoqués ci-dessus, à savoir la liberté de choix et les limites de celle-ci (imposition des conditions contractuelles par le maître de l'ouvrage, manquement trouvant son origine dans les instructions données par ce dernier) ou encore la théorie du risque-profit.

¹²⁴ M.A.M.C. VAN DEN BERG, *Asser 7-VI*, 2017, n° 94 : « *De gevolgen van een incidentele tekortkoming van een op zich voldoende ervaren en deskundig te achten hulppersoon zou ik daarentegen voor rekening van de aannemer willen laten. Een dergelijke omstandigheid zou de aannemer immers ook hebben kunnen treffen als hij vrij was geweest in zijn keuze. Het lijkt mij toe dat dit een normaal bedrijfsrisico is dat door de aannemer zelf dient te worden gedragen* ».

¹²⁵ Voy. et comp. art. 7:760, al. 3, N.B.W. qui prévoit que le maître de l'ouvrage est responsable en cas de fautes ou défauts dans les plans, dessins, calculs, devis et instructions d'exécution fournis par le maître de l'ouvrage (« *in geval van fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften* »). On notera d'ailleurs que, selon certains auteurs, le choix par le maître de l'ouvrage d'un auxiliaire « structurellement incapable » peut être assimilé à une faute ou un défaut qui résulte des instructions d'exécution (« *uitvoeringsvoorschriften* ») fournies par le maître de l'ouvrage au sens de l'article 7:760, alinéa 3, du N.B.W. Voy. à cet égard : H. L. VAN DER BEEK, « *Commentaar op art. 7:751 [N.B.W.]* », *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar*, Deventer, Kluwer, 2020, n° 3 ; M.A.M.C. VAN DEN BERG, *Asser 7-VI*, 2017, n° 94.

¹²⁶ H.P.C.W. STRANG, note sous Trib. Gelderland, 15 octobre 2014, *T.B.R.*, 2015, p. 104, n° 9 et s. ; M.A.M.C. VAN DEN BERG, *Asser 7-VI*, 2017, n° 94.

¹²⁷ Voy. également G.T. DE JONG, *Niet-nakoming van verbintenissen*, 3^e éd., Deventer, Kluwer, 2017, n° 15.3.

§ 4. Conclusion

21. Synthèse. Le débiteur principal doit répondre des fautes commises par les auxiliaires qu'il a *volontairement* engagés pour l'exécution de ses obligations. La doctrine paraît divisée quant à la question de savoir si le principe de responsabilité contractuelle pour autrui doit être maintenu dans les hypothèses de « sous-traitance imposée »¹²⁸.

On relèvera, tout d'abord, que l'exigence du « caractère volontaire » ne rime pas nécessairement avec libre choix (en fait) de l'intervenant. En effet, cette condition pourrait plutôt faire écho à « une liberté contractuelle de droit » et, partant, être remplie dès lors que l'entrepreneur principal accepte le sous-traitant désigné ou imposé par le maître de l'ouvrage¹²⁹.

Il n'en demeure pas moins que les entraves « de fait » – susceptibles de degrés – au libre choix du sous-traitant pourraient justifier, dans certains cas, une limitation de la responsabilité de l'entrepreneur principal. En effet, d'une part, ces circonstances peuvent révéler que la faute commise par l'auxiliaire est indépendante de la volonté du débiteur¹³⁰. D'autre part, il convient d'admettre l'exonération du débiteur principal lorsque, à l'aune des circonstances de l'espèce, la personne engagée ne peut, en réalité, être considérée comme son agent d'exécution¹³¹.

Enfin et plus largement, on pourrait s'inspirer des exemples que fournissent l'article 12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, l'article 79.2 de la CVIM ou encore l'article 6:76 du NBW (précités) et examiner au cas par cas qui, de l'entrepreneur ou du maître de l'ouvrage, est le plus à même d'assumer le risque de l'inexécution commise par le sous-traitant. Ainsi, le maître de l'ouvrage pourrait répondre de la capacité technique et financière du tiers imposé ou encore des défauts qui trouvent leur origine dans les instructions qu'il a données. En revanche, les manquements (commis par l'auxiliaire), qui procèdent d'une faute dans l'exécution d'un projet tenant parfaitement la route, devraient être imputables à l'entrepreneur principal¹³². Une telle appréciation casuistique pourrait se fonder, en droit belge, tant sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions que sur la notion de force majeure qui, en supposant une impossibilité d'exécution non imputable au débiteur, invite à rechercher *in concreto* si ce dernier était véritablement en mesure d'éviter l'inexécution provoquée par l'auxiliaire qui lui a été imposé.

¹²⁸ Voy. *supra*, n^{os} 13-16.

¹²⁹ Sur la distinction entre « liberté contractuelle de droit » et « liberté contractuelle de fait », voy. *supra*, n^o 16.

¹³⁰ Voy. *supra*, n^o 16.

¹³¹ Voy. *supra*, n^o 17.

¹³² Voy. *supra*, n^{os} 18-20.

Chapitre 2

Faute du mandataire (imposé) : quelle place pour la force majeure (dans le chef du mandant)?

22. Mise en contexte. Il est traditionnellement admis que les fautes¹³³ du mandataire (tel un huissier de justice¹³⁴ ou un avocat) engagent le mandant¹³⁵ lorsqu'elles sont commises dans les limites du mandat, et qu'elles ne peuvent dès lors constituer pour le représenté un cas de force majeure¹³⁶.

¹³³ Dans les lignes qui suivent, nous nous pencherons uniquement sur les conséquences, dans le chef du mandant, d'une *faute* commise par le mandataire. Il va de soi que, si le représentant est lui-même confronté à un cas de force majeure, celle-ci bénéficiera aussi, en principe, au représenté, pour autant que ce dernier soit exempt de tout reproche et qu'il ne puisse pallier l'impossibilité d'exécution rencontrée par le mandataire (voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 12 janvier 2012, *Pas.*, 2012, p. 99, R.A.B.G., 2012, p. 375, note P. VANLERSBERGHE ; B. VANLERBERGHE, « Overmacht in het burgerlijk proces », in J. ROZIE, S. RUTTEN et A. VAN OEVELEN (dir.), *Overmacht*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 83-84, n^{os} 26-27 ; X. TATON et G. ELOY, « La force majeure en droit de la procédure : un moyen au secours des justiciables forclos ? », in I. BOUIOUKIEV (dir.), *La force majeure. État des lieux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 149, n^{os} 21-22). Voy. également *supra*, n^{os} 5 et s. (sur l'appréciation de la cause exonératoire à un double niveau).

¹³⁴ L'avocat qui recourt aux services d'un huissier de justice pour compte de son client agit comme un intermédiaire (mandataire) qui s'engage à conclure avec l'huissier de justice un contrat de mandat au nom et pour compte du donneur d'ordre (client). Ainsi, il se noue un lien contractuel direct – qualifié de mandat – entre le client et l'huissier de justice. En d'autres termes, ce dernier n'est considéré ni comme le mandataire de l'avocat, ni comme son substitué, ni *a fortiori* comme son agent d'exécution (Cass. (1^{re} ch.), 25 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 507 ; I. CLAEYS, « Over vertegenwoordiging in de relatie cliënt-advocaat-gerechtsdeurwaarder », note sous Anvers (1^{re} ch.), 16 février 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 95, n^o 3 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprake-lijkheid...*, *op. cit.*, pp. 228-229, n^o 188 ; S. DE REY et B. TILLEMANS, « De fout van de gerechtsdeurwaarder als overmacht om aan de onontvankelijkheid van een rechtsmiddel te ontsnappen: zet lastgeving nog steeds de toon? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2019 et Cass. (1^{re} ch.), 11 avril 2019, *R.G.D.C.*, 2019, pp. 495-496, n^o 5 ; P. DEPUYDT, « De driehoeksverhouding cliënt-advocaat-gerechtsdeurwaarder », note sous Cass. (1^{re} ch.), 7 décembre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 780, n^o 4 ; P. A. FORIERS, « Le mandat – Développements récents », in B. TILLEMANS et A. VERBEKE (dir.), *Knelpunten Dienstencontracten*, Anvers, Oxford, Intersentia, 2006, pp. 38-39 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faute d'un huissier de justice et force majeure », obs. sous Pol. Nivelles (5^e ch.), 29 mai 1996, *R.G.A.R.*, 1998, n^o 12.954² *verso* ; B. VANLERBERGHE, « Overmacht in het burgerlijk proces », *op. cit.*, p. 77, n^o 20 ; P. WÉRY, « Questions choisies à propos de l'avocat mandataire », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 932, n^o 9).

¹³⁵ À proprement parler, le mandant n'est pas *responsable* (au sens technique ou juridique) de la faute commise par le mandataire en ce sens qu'il ne doit pas réparer le dommage causé par celle-ci. Il n'en demeure pas moins qu'il *répond* des manquements de son représentant. Il s'agit ainsi, à tout le moins, d'une responsabilité au sens étymologique du terme. En réalité, la faute du mandataire permet d'*imputer* au mandant l'inexécution qui en résulte. On notera, du reste, que, dans le langage courant, le terme « imputabilité » est souvent présenté comme un synonyme de « responsabilité » (voy. F. GARCIA, « La force majeure nouvelle en matière contractuelle, cause de non-imputabilité de responsabilité », *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de François Collart-Dutilleul*, Paris, Dalloz, 2017, p. 378).

¹³⁶ Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 553, note W.G. (en l'espèce, le mandataire était un avocat qui avait négligé de transmettre en temps utile à l'huissier la motivation de l'acte d'appel de son client. La Cour a cassé la décision des juges du fond qui, aux fins de recevoir l'appel, avaient assimilé la faute de l'avocat à un cas de force majeure) ; Cass. (3^e ch.), 22 avril 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1021 (en l'espèce, le représentant d'un travailleur avait adressé une lettre à l'employeur qui contenait des injures si graves qu'elles rendaient toute relation de confiance impossible) ; Cass. (1^{re} ch.), 8 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 279 (à propos de la faute d'un avocat mandataire) ; Cass. (1^{re} ch.), 19 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 867 (les circonstances alléguées,

Cette jurisprudence constante a toutefois été remise en question par un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2011¹³⁷ qui a considéré, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, que la faute de l'huissier de justice, pour autant que ce dernier agisse dans le cadre de son monopole légal, constitue une cause étrangère exonératoire dans le chef du justiciable qui l'a mandaté.

Il convient, tout d'abord, d'inventorier les principaux arrêts rendus par la Cour de cassation depuis le 9 novembre 2011 et qui s'inscrivent dans la ligne de ce dernier. À cet égard, l'on relèvera, en particulier, un arrêt du 18 novembre 2019 en audience plénière. Cet examen nous permettra de mieux cerner les raisons sous-jacentes et la portée du revirement opéré par la Haute juridiction ainsi que les contours de la solution – d'exception – retenue à l'égard des huissiers de justice (section 1). Ensuite, dès lors que la position adoptée en droit belge a été influencée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, nous tâcherons d'analyser celle-ci et d'en dégager des enseignements pertinents pour la problématique qui nous occupe, soit la question de savoir si la faute d'un mandataire (imposé) peut, dans certaines circonstances, être invoquée par le mandant comme cause étrangère exonératoire, dans la mesure où elle n'est pas imputable à ce dernier (section 2). Par ailleurs, à l'aune de cette confrontation entre la jurisprudence belge et celle de la juridiction supranationale, nous tenterons de déterminer si le régime réservé par la Cour de cassation aux huissiers de justice (qui agissent dans le cadre de leur monopole légal) peut être étendu à d'autres catégories de mandataires (section 3). Nous synthétiserons, enfin, notre propos par quelques mots de conclusion (section 4).

en l'occurrence, une grève au gouvernement provincial, n'étaient pas constitutives de force majeure, dans la mesure où l'huissier de justice aurait pu procéder à la signification à certaines dates où il n'était pas impossible de pénétrer dans les lieux) ; Cass. (2^e ch.), 8 décembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 663 (« Attendu que, d'une part, les fautes ou négligences du mandataire engagent le mandant lorsqu'elles sont commises dans les limites du mandat et ne peuvent constituer en soi pour le mandant une cause étrangère, un cas fortuit ou de force majeure ») ; Cass. (2^e ch.), 27 avril 2010, *Pas.*, 2010, p. 1286, *R.W.*, 2010-2011, p. 1475, note B. De SMET (en l'espèce, la Cour de cassation n'a pas censuré les juges du fond qui avaient décidé que l'opposition en matière pénale, signifiée hors délai, était irrecevable, même si le retard était dû à une faute de l'huissier de justice). Voy. également Cass. (2^e ch.), 8 septembre 2020, n° P.20.0630.N ; Cass. (2^e ch.), 25 novembre 2020, n° P.20.0760.F (à propos d'une négligence commise par un avocat). Sur la responsabilité pour autrui en matière de mandat, voy. également la contribution de J.-Fr. Germain et G. de Pierpont, dans le présent ouvrage.

¹³⁷ Cass. (2^e ch.), 9 novembre 2011, *J.T.*, 2011, p. 773 et *Pas.*, 2011, p. 2497, avec concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH, *R.G.D.C.*, 2012, p. 444 et note R. SALZBURGER.

Section 1

Faute du mandataire (imposé) et force majeure : retour sur les raisons sous-jacentes et la portée du revirement à travers l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation

23. Revirement opéré par l'arrêt du 9 novembre 2011. On se souvient du « coup de tonnerre » provoqué par un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2011¹³⁸. En l'espèce, un prévenu avait mandaté un huissier de justice pour former opposition contre les dispositions civiles d'un jugement répressif rendu par défaut. L'arrêt attaqué, confirmant sur ce point la décision de première instance, considéra que la faute commise par l'huissier ne constituait pas un cas de force majeure justifiant de recevoir l'opposition signifiée après l'expiration du délai légal. Contre toute attente, la Cour de cassation, opérant un revirement de jurisprudence, a admis que le recours, formé hors du délai de quinze jours suivant la signification du jugement, puisse être recevable au motif que ce retard était dû à la faute de l'huissier de justice. Elle s'est exprimée en ces termes : « [l]e monopole qu'à cet égard, l'article 516, alinéa 1^{er}, [actuel art. 519, § 1^{er}] du Code judiciaire réserve aux huissiers de justice, ainsi que les limites résultant, quant au choix de l'huissier instrumentant, des règles de compétence territoriale prévues à l'article 513 [actuel art. 516] du même code, impliquent que la faute ou la négligence de cet officier ministériel puisse être considérée comme un cas de force majeure permettant de proroger le délai légal d'opposition du temps durant lequel le condamné s'est trouvé dans l'impossibilité absolue de former son recours ».

En réalité, la solution retenue par la Cour semble largement influencée par les conclusions – fouillées – de l'avocat général D. Vandermeersch. En vue d'infléchir la jurisprudence traditionnelle de la Haute juridiction, ce dernier a avancé différents arguments tirés, d'une part, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (en particulier, les arrêts *Platakou* et *Kaufmann*), que nous examinerons plus en détail ci-dessous¹³⁹ et, d'autre part, du statut particulier de l'huissier de justice.

L'avocat général relève ainsi que l'huissier de justice est un auxiliaire de justice¹⁴⁰, chargé de fonctions publiques ayant pour objet l'introduction du procès, (parfois) l'instruction de celui-ci et surtout l'exécution de titres

¹³⁸ Cass. (2^e ch.), 9 novembre 2011, *J.T.*, 2011, p. 773 (préc.).

¹³⁹ Voy. *infra*, n° 31.

¹⁴⁰ Voy. également C. MÉLOTTE, « La responsabilité civile des huissiers de justice : aspects nouveaux », in S. BOUFFLETTE (dir.), *Les responsabilités professionnelles*, Limal, Anthemis, 2017, p. 270, qui relève, en outre, que l'huissier est un organe du pouvoir exécutif.

exécutoires¹⁴¹. Ce sont des officiers publics et ministériels, nommés en nombre limité par le Roi¹⁴², et dont le tarif des actes et des missions officielles est également fixé par ce dernier¹⁴³. Différentes règles sont édictées en vue d'assurer la continuité obligatoire du service public, la poursuite de l'activité et la transmission des dossiers et autres éléments de l'étude d'un huissier (p. ex., en cas de décès, démission)¹⁴⁴. Par ailleurs, en raison de la fonction qu'il exerce, l'huissier jouit de pouvoirs coercitifs et peut exercer des mesures de contrainte¹⁴⁵. Enfin, pour l'accomplissement de certains actes, énumérés à l'article 519, § 1^{er}, du Code judiciaire, l'huissier de justice dispose d'une situation de monopole légal¹⁴⁶. Ainsi, il est seul compétent notamment pour dresser et signifier tous exploits et mettre à exécution les décisions de justice, ainsi que les actes ou titres en forme exécutoire (art. 519, § 1^{er}, 1^o, C. jud.). Il en résulte que pour les actes relevant de ce monopole légal, le justiciable n'a pas le choix : « il est contraint de faire appel à l'huissier de justice et ne peut pas décider de s'en passer en accomplissant l'acte lui-même ». Compte tenu de cette situation particulière de monopole légal, l'avocat général D. Vandermeersch se demande s'il n'y a pas lieu d'adopter une position plus souple en matière d'admission de la force majeure à la suite d'une faute de l'huissier de justice instrumentant : « En effet, cette situation de monopole implique [...] que les huissiers de justice, nommés en nombre limitatif par le Roi, sont censés accomplir leurs missions avec la diligence et le professionnalisme attendus par le législateur, comme en témoigne le contenu du serment qu'ils sont appelés à prêter »¹⁴⁷.

Au demeurant, si la Cour semble fonder, du moins en partie, l'accueil du pourvoi (et le revirement de jurisprudence qui en résulte) sur les limites du choix de l'huissier résultant des règles de compétence territoriale (visées à l'actuel

¹⁴¹ Av. gén. D. VANDERMEERSCH, concl. préc. Cass. (2^e ch.), 9 novembre 2011, *J.T.*, 2011, p. 773.

¹⁴² Voy. art. 509, § 1^{er}, al. 3, et 515 C. jud.

¹⁴³ Art. 522, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. jud.

¹⁴⁴ Voy. art. 522/2 à 524 C. jud.

¹⁴⁵ Voy. av. gén. D. VANDERMEERSCH, concl. préc. Cass. (2^e ch.), 9 novembre 2011, *J.T.*, 2011, p. 774. Voy. également G. SCHOORENS, « De laattijdige betekening van een rechtsmiddel door de fout van de gerechtsdeurwaarder: een geval van overmacht », note sous Cass. (2^e ch.), 9 novembre 2011, *T. Strafr.*, 2012, p. 39, qui souligne la position « statutaire » de l'huissier de justice qui intervient davantage comme un officier ministériel (que comme un mandataire) et à qui est confié l'exercice d'une partie de la puissance publique : « [...] *om meer de nadruk te leggen op de statutaire positie van de gerechtsdeurwaarder als ministerieel ambtenaar aan wie de uitoefening van een deel van de openbare macht werd opgedragen* ».

¹⁴⁶ L'article 519, § 2, du Code judiciaire énonce, pour sa part, les missions résiduelles pour lesquelles l'huissier de justice ne dispose pas de monopole et n'a dès lors aucune obligation de prêter son ministère. Citons, à titre exemplatif, les tâches suivantes : lever au greffe les expéditions ; attester la conformité de copies et traductions de documents ; assurer le recouvrement de dettes à l'amiable ; intervenir comme médiateur de dettes à l'amiable. Ces activités peuvent être exercées sur l'ensemble du territoire. L'huissier de justice sera en concurrence pour celles-ci avec d'autres professionnels (voy. également C. MÉLOTTE, « La responsabilité civile des huissiers de justice : aspects nouveaux », *op. cit.*, p. 271, n° 11).

¹⁴⁷ Voy. av. gén. D. VANDERMEERSCH, concl. préc. Cass. (2^e ch.), 9 novembre 2011, *J.T.*, 2011, p. 774.

article 516 du Code judiciaire), force est de constater que ce critère n'apparaît pas directement dans les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch.

L'arrêt du 9 novembre 2011 a suscité un certain nombre de questions au sein de la doctrine.

Ainsi s'est tout d'abord posée la question de savoir si le revirement de jurisprudence peut être étendu à d'autres mandataires que les huissiers de justice. Les premiers commentateurs de la décision se voulaient particulièrement prudents. Ils estimaient que la portée de l'arrêt devait être limitée au cas bien spécifique qu'il concerne : celui d'une faute commise par un huissier de justice jouissant d'un statut spécifique, agissant dans le cadre de son monopole légal et dont le libre choix est restreint en raison des règles de compétence territoriale¹⁴⁸.

Ensuite, dans la mesure où la décision précitée de la Cour de cassation a été rendue dans le cadre d'une affaire répressive, les auteurs se sont demandé si la solution retenue par la Haute juridiction peut également s'appliquer en matière civile¹⁴⁹. Ils semblent, à cet égard, répondre par l'affirmative¹⁵⁰. On rappellera d'ailleurs que l'arrêt concernait exclusivement les dispositions civiles du jugement répressif.

La position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 novembre 2011 est (régulièrement) suivie par les juridictions de fond¹⁵¹.

¹⁴⁸ Voy. R. SALZBURGER, « La faute contractuelle commise par l'huissier de justice-mandataire constitue-t-elle un cas de force majeure pour son mandant ? », note sous Cass. (2^e ch.), 9 novembre 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 449 : l'auteur ajoute deux autres éléments qui ont, à son estime, motivé la décision retenue par la Cour de cassation, à savoir la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la circonstance que l'affaire intervient en matière répressive (même s'il reconnaît par la suite que la solution ne doit pas être cantonnée aux affaires pénales) ; G. SCHOORENS, « De laattijdige betekening van een rechtsmiddel door de fout van de gerechtsdeurwaarder: een geval van overmacht », *op. cit.*, p. 39 : « *Om dezelfde redenen strekt de draagwijdte van deze ommekeer in de rechtspraak zich dan ook niet verder uit tot andere lasthebbers van de veroordeelde dan de gerechtsdeurwaarder* ».

¹⁴⁹ Il est vrai qu'un passage des conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH (*J.T.*, 2011, p. 773) pouvait constituer un argument pour cantonner le revirement (par rapport à la position traditionnelle) à la matière pénale : « Cette jurisprudence de la Cour de cassation [c'est-à-dire la position traditionnelle qui retient la responsabilité du mandant] me paraît particulièrement sévère à l'égard du condamné de bonne foi alors que, ne l'oublions pas, *nous nous trouvons en matière répressive* avec toutes les conséquences irréversibles que peut entraîner pour le prévenu l'irrecevabilité de son opposition » (nous soulignons).

¹⁵⁰ R. SALZBURGER, « La faute contractuelle commise par l'huissier de justice-mandataire constitue-t-elle un cas de force majeure pour son mandant ? », *op. cit.*, pp. 449-450 ; X. TATON et G. ELOY, « La force majeure en droit de la procédure : un moyen au secours des justiciables forclos ? », *op. cit.*, p. 148, n° 19 ; B. VANLERBERGHE, « Overmacht in het burgerlijk proces », *op. cit.*, p. 79, n° 22.

¹⁵¹ Voy. not. Bruxelles (11^e ch.), 3 juin 2019, *Dr. pén. entr.*, 2019, p. 191 ; Liège (6^e ch.), 7 mars 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1340 ; J.P. Saint-Gilles, 15 avril 2016, *lus & actores*, 2016, p. 87. Voy. déjà avant le revirement : Bruxelles, 22 mars 2004, n° 183B2003, *www.juportal.be* (somm.) ; Pol. Nivelles, 29 mai 1996, *R.G.A.R.*, 1998, n° 12.954 et note (critique) de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK : l'auteur estime que les huissiers se trouvent davantage en situation d'oligopole, ce qui laisse au client le soin de choisir seul ou par l'intermédiaire de son avocat un mandataire de confiance. Voy. également Corr. Charleroi, 13 mars 1978, *J.T.*, 1978, p. 620.

24. Arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2012. Dans un arrêt du 21 décembre 2012¹⁵², la Cour de cassation a confirmé, en creux, les enseignements qui se dégagent de sa décision du 9 novembre 2011, voire a permis de répondre à certaines interrogations que soulevait cette dernière. En l'espèce, un huissier de justice était chargé de déposer une requête ainsi que l'exploit de signification de celle-ci au greffe de la Cour d'appel de Bruxelles, mais il les remit – erronément – au greffe de la Cour de cassation. La Haute juridiction a tout d'abord rappelé que les « fautes ou les négligences du mandataire engagent le mandant lorsqu'elles sont commises dans les limites du mandat et ne peuvent constituer pour le mandant une cause étrangère, un cas fortuit ou de force majeure ». Elle a ensuite précisé ce qui suit : « La circonstance que le mandataire est un huissier de justice est sans incidence sur l'application de cette règle, dès lors que la faute qui lui est imputable n'a pas été commise dans le cadre du monopole que réserve à cet officier ministériel l'article 516, alinéa 1^{er}, [actuel art. 519, § 1^{er}] du Code judiciaire, mais dans l'accomplissement d'un acte qu'il peut, conformément à l'article 516, alinéa 3, [actuel art. 519, § 2, al. 1^{er}, 1^o] du Code judiciaire, effectuer à la demande des avocats de parties ».

25. Arrêt du 21 décembre 2012 : enseignements et controverses. La décision du 21 décembre 2012 appelle les observations suivantes.

Primo, l'arrêt s'inscrit dans la continuité du revirement opéré le 9 novembre 2011. Dès lors que la faute de l'huissier a été commise dans l'accomplissement d'un acte qui ne relève pas de son monopole légal (autrement dit, il s'agit d'un acte qui pourrait également être posé sans son intervention), elle n'est pas constitutive de force majeure dans le chef du mandant.

Secundo, la circonstance que l'arrêt ait été rendu en matière fiscale nous paraît confirmer que la nouvelle jurisprudence de la Cour – telle qu'initée en 2011 – n'est pas cantonnée au contentieux pénal¹⁵³.

Tertio, la Cour ne semble se référer qu'au critère du « monopole légal », sans faire mention – à la différence de l'arrêt du 9 novembre 2011 – des limites résultant des règles de compétence territoriale. Certains auteurs¹⁵⁴ en ont déduit que la solution dégagée par l'arrêt du 9 novembre 2011 (et confirmée par celui du 21 décembre 2012) pouvait être transposée à d'autres hypothèses,

¹⁵² Cass., 21 décembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2584, *J.T.*, 2014, p. 116, note J.-Fr. GERMAIN, *R.W.*, 2013-2014, note M. DE POTTER DE TEN BROECK.

¹⁵³ Voy. en ce sens : P. DEPUYDT, « De fout van de gerechtsdeurwaarder: overmacht voor de rechtzoekende. Of toch niet? », *R.D.J.P.*, 2019, p. 214 et les sources citées en note 12. Voy. également *supra*, n° 23.

¹⁵⁴ Voy. également les références citées par S. DE REY et B. TILLEMANS, « De fout van de gerechtsdeurwaarder als overmacht om aan de onontvankelijkheid van een rechtsmiddel te ontsnappen: zet lastgeving nog steeds de toon? », *op. cit.*, pp. 500-501, n° 11.

notamment celle des avocats à la Cour de cassation¹⁵⁵ dès lors que ces derniers sont également des officiers ministériels, que leur nombre est limité et qu'un justiciable ne peut, du moins en matière civile, introduire seul ou se défendre seul dans le cadre d'une instance en cassation. J.-Fr. Germain a par ailleurs écrit que « [l']application du principe peut se justifier dans toute situation où un mandataire détient un monopole pour l'accomplissement de certains actes que le mandant est impuissant à accomplir personnellement »¹⁵⁶. Il songe ainsi notamment à des actes que les notaires (qui jouissent également d'un monopole) seraient tenus de poser à la suite ou dans le cadre de la passation d'un acte authentique de vente¹⁵⁷. Cette opinion est contestée par d'autres commentateurs¹⁵⁸ qui s'en réfèrent aux deux conditions cumulatives énoncées par l'arrêt du 9 novembre 2011 : le mandant ne peut, en raison de règles de compétence territoriale, choisir d'une manière totalement libre le mandataire, et ce dernier doit disposer d'un monopole légal. Or il n'existe pas de limitation en termes de compétence territoriale pour les notaires¹⁵⁹ ou les avocats à la Cour de cassation¹⁶⁰.

26. L'absence de liberté de choix du mandataire : un critère nécessaire pour admettre la force majeure? Application à la situation de l'avocat (au départ de la jurisprudence de la Cour de cassation).

Une doctrine et une jurisprudence (quasi) unanimes semblent, en tout état de cause, considérer que les avocats ordinaires (intervenant en qualité de mandataires) ne peuvent bénéficier de la jurisprudence nouvelle, dans la mesure

¹⁵⁵ X. TATON et G. ELOY, « La force majeure en droit de la procédure : un moyen au secours des justiciables forclos? », *op. cit.*, pp. 148-149, n° 20.

¹⁵⁶ J.-Fr. GERMAIN, « Effets du mécanisme d'interposition. Questions choisies », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 382, n° 35.

¹⁵⁷ Voy. J.-Fr. GERMAIN, « Effets du mécanisme d'interposition. Questions choisies », *op. cit.*, pp. 382-383 et les illustrations citées ; J.-Fr. GERMAIN, « La faute du mandataire en cas de représentation obligatoire : un cas de force majeure? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2012, *J.T.*, 2014, pp. 118-119.

¹⁵⁸ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Een tekortkoming van een gerechtsdeurwaarder in de uitoefening van zijn wettelijk monopolie kan voor zijn opdrachtgever overmacht vormen », note sous Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2012, *R.W.*, 2013-2014, p. 1579 : « Een dergelijke uitbreiding van het toepassingsgebied [i.e. une extension aux notaires] is volgens mij te verregaand. [...] Een schuldenaar kan mijns inziens dus enkel een tekortkoming van zijn hulppersoon als een situatie van overmacht invoeren indien deze hulppersoon binnen zijn wettelijk monopolie handelde én de schuldenaar een beperkte keuze had wat deze hulppersoon betreft » ; B. VANLERBERGHE, « Overmacht in het burgerlijk proces », *op. cit.*, p. 82, n° 24 ; A. VAN OEVELEN, *Beginselen...*, *op. cit.*, 2017, pp. 607-608, n° 495. Voy. également S. DE REY et B. TILLEMANS, « De fout van de gerechtsdeurwaarder als overmacht om aan de onontvankelijkheid van een rechtsmiddel te ontsnappen: zet lastgeving nog steeds de toon? », *op. cit.*, pp. 500-501, n° 11, et p. 504, n° 15.

¹⁵⁹ Voy. H. CASMAN, *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 133 : « chaque partie a le libre choix d'un notaire [...]. Elle n'est pas limitée, [...], par un ressort territorial : pour autant que ce soit elle qui se déplace, elle peut s'adresser à n'importe quel notaire du territoire national ». Sur l'application de la « jurisprudence d'exception » aux notaires, voy. également *infra*, n° 37.

¹⁶⁰ B. VANLERBERGHE, « Overmacht in het burgerlijk proces », *op. cit.*, p. 82, n° 24 ; A. VAN OEVELEN, *Beginselen...*, *op. cit.*, 2017, pp. 605-608, n° 495. Sur l'application de la « jurisprudence d'exception » aux avocats à la Cour de cassation, voy. également *infra*, n° 37.

où ils ne disposent pas d'un monopole¹⁶¹ et ne sont pas des professionnels auxquels le justiciable est tenu de recourir¹⁶². La Cour de cassation l'a rappelé (notamment) dans un arrêt du 12 février 2013 (rendu en matière pénale). Elle n'a pas censuré les juges du fond qui avaient décidé que « l'introduction tardive de l'appel par la faute de l'avocat mandataire ne constitue pas un cas de force majeure, dans la mesure où elle ne représente pas un obstacle insurmontable pour le demandeur »¹⁶³. L'une des explications que l'on pourrait avancer pour justifier la décision tient en ce que le prévenu dispose du libre choix de son avocat et qu'il peut en outre interjeter lui-même appel¹⁶⁴, de sorte qu'il n'est pas confronté à une impossibilité d'accomplir lui-même l'acte juridique. Ainsi, le mandant aurait pu se substituer au mandataire pour exécuter lui-même l'acte litigieux.

De même, dans un arrêt 24 octobre 2017¹⁶⁵, la Haute juridiction a estimé qu'un pourvoi en cassation, en matière répressive, introduit tardivement par un avocat, n'était pas constitutif de force majeure. On rappellera que les affaires pénales ne relèvent pas du monopole des avocats à la Cour de cassation. Ainsi, tout conseil peut être chargé de former un pourvoi pour autant qu'il soit titulaire de l'attestation de formation en procédure en cassation visée à l'article 425, § 1^{er}, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle. Cette exigence ne s'oppose pas, selon la Cour, à ce que le demandeur en cassation choisisse son avocat « en toute liberté et à ce que ce dernier accomplisse sa mission en toute indépendance ». En d'autres termes, précise-t-elle, « [l]e choix de l'avocat titulaire de l'attestation n'est limité d'aucune manière ». La Cour de cassation a ensuite répété sa formule habituelle selon laquelle la faute du mandataire, commise dans les limites du mandat, engage le mandant, en introduisant toutefois une précision intéressante : « Les fautes ou les négligences *que cet avocat*

¹⁶¹ En effet, aux termes de l'article 758 du Code judiciaire, « [l]es parties peuvent présenter elles-mêmes leurs conclusions et défenses, à moins que la loi n'en ait disposé autrement », ce qui implique qu'elles puissent, en règle, poser elles-mêmes (et donc sans avocat) les actes de procédure. Il n'en demeure pas moins que l'avocat dispose, en principe, d'un monopole de plaidoirie (cf. art. 440, al. 1^{er}, C. jud.).

¹⁶² X. TATON et G. ELOY, « La force majeure en droit de la procédure : un moyen au secours des justiciables forclos ? », *op. cit.*, p. 148 ; P. DHAeyer, « La force majeure en droit pénal », in I. BOUIOUKLIÉV (dir.), *La force majeure. État des lieux*, *op. cit.*, p. 232 ; V. VEREECKE, « Laattijdig verzet door overmacht », note sous Cass., 22 mars 2016, R.A.B.G., 2016, p. 1031 ; P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, t. IX « Contrats divers », liv. 7, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 281, n° 218-1 ; R. SALZBURGER, « La faute contractuelle commise par l'huissier de justice-mandataire constitue-t-elle un cas de force majeure pour son mandant ? », *op. cit.*, p. 449 ; G. SCHOORENS, « De laattijdige betekening van een rechtsmiddel door de fout van de gerechtsdeurwaarder: een geval van overmacht », *op. cit.*, p. 39 ; B. VANLERBERGHE, « Overmacht in het burgerlijk proces », *op. cit.*, p. 82, n° 24. Comp. toutefois avec F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE, « Mandat et représentation directe en droit civil », in L. BARNICH et M. VAN MOLLE (dir.), *La représentation dans les actes immobiliers. Aspects juridiques et pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, p. 21 (cf. *infra*, n° 36) et Bruxelles (11^e ch.), 19 octobre 2016, J.T., 2016, p. 727 et note F. GLANSDORFF (cf. *infra*, n° 43).

¹⁶³ Cass. (2^e ch.), 12 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 404.

¹⁶⁴ Voy., en matière répressive, art. 202 et 203bis C.i. cr.

¹⁶⁵ Cass. (2^e ch.), 24 octobre 2017, *Pas.*, 2017, p. 1987 et note av. gén. délégué A. WINANTS.

librement choisi commet dans les limites de son mandat lient le demandeur en cassation et ne constituent pas en elles-mêmes une force majeure pour ce dernier » (nous soulignons).

Enfin, dans un arrêt du 11 mars 2020, la Cour de cassation n'a pas censuré les juges du fond qui avaient considéré que « la circonstance que l'avocat du demandeur ne l'aurait pas avisé de la date de l'audience à laquelle [le recours d'opposition] devait être examiné ne constitue ni une cause étrangère, ni un cas fortuit, ni une force majeure pour ce dernier, qui bénéficie de la liberté de choisir ou non un conseil et est engagé par la faute de ce mandant » (nous soulignons)¹⁶⁶.

En somme, la relation de confiance, déduite du libre choix du mandataire¹⁶⁷, conduira généralement les juridictions à rejeter la cause exonératoire¹⁶⁸. En revanche, précisons déjà à ce stade que l'absence d'une liberté de choix ne signifie pas nécessairement que la force majeure sera admise. Il convient, en effet, de tenir compte d'autres paramètres (que nous examinerons *infra*)¹⁶⁹.

27. Arrêt de la Cour de cassation du 8 février 2019. Dans un arrêt du 8 février 2019¹⁷⁰, la première chambre de la Cour de cassation (dans sa section néerlandaise) a confirmé la jurisprudence initiée le 9 novembre 2011 et a admis la faute de l'huissier de justice à titre de force majeure : « *Het monopolie dat artikel 519, § 1, Gerechtiglijk Wetboek wat dat betreft aan de gerechtsdeurwaarders toekent, alsook de beperkingen die, wat de keuze van de instrumenterende deurwaarder betreft, voortvloeiën uit de regels inzake territoriale bevoegdheid die in artikel 516 van datzelfde wetboek zijn bepaald, houden in dat de fout of de nalatigheid van die ministeriële ambtenaar als overmacht kan worden beschouwd waardoor de wettelijke termijn om cassatieberoep in te stellen kan worden verlengd met de tijdsduur waarin het voor de eiser volstrekt onmogelijk was om dit beroep in te stellen* ». En l'espèce, un huissier était chargé de la signification d'une requête en cassation et, ensuite, du dépôt de celle-ci au greffe de la Cour. Il devait accomplir ces actes au plus tard pour le 24 janvier 2018, mais, en raison d'une mauvaise organisation au sein de son étude, il ne les exécuta que les 29 (signification) et 30 janvier (dépôt), alors que le demandeur en cassation avait, quatorze jours avant l'échéance du

¹⁶⁶ Cass. (2^e ch.), 11 mars 2020, n° P20.0211.F.

¹⁶⁷ Cf. av. gén. J.-M. GENICOT, concl. préc. Cass. (plén.), 18 novembre 2019, n° C.18.0510.F. (voy. *infra*, n° 43).

¹⁶⁸ Voy. Cass. (2^e ch.), 3 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1210, *Arr. Cass.*, 2011, p. 1123 et concl. premier av. gén. M. DE SWAEF : « C'est donc librement que la demanderesse et ses conseils ont choisi de laisser cette dernière introduire elle-même le 25 octobre 2010 le pourvoi en cassation I à l'établissement pénitentiaire et de ne pas en contrôler la portée, si ce n'est tardivement. N'en résulte un cas de force majeure ni davantage une violation du droit à un procès équitable et du droit à l'accès à un juge pénal indépendant et impartial ».

¹⁶⁹ Voy. *infra*, n° 36-44. Voy. et comp. avec la « sous-traitance imposée » où l'on a également relevé que l'absence de liberté de choix ne permettait pas nécessairement de conclure à l'existence de la force majeure (voy. *supra*, n° 12 et s.).

¹⁷⁰ Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2019, n° C.18.0048.N, *R.G.D.C.*, 2019, p. 491 et note S. DE REY et B. TILLEMANS.

délai, fourni à l'huissier tous les documents utiles et avait expressément attiré son attention sur le délai à respecter. À la lumière des conclusions de l'avocat général, on peut pointer deux circonstances qui ont sans doute été déterminantes pour admettre la force majeure *in casu* : d'une part, le demandeur en cassation ne pouvait accomplir lui-même les actes dont question qui relevaient du monopole de l'huissier et, d'autre part, il avait adopté un comportement diligent en donnant à l'huissier de justice toutes les instructions utiles¹⁷¹.

28. Arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 2019. La première chambre de la Cour de cassation (dans sa section française) a toutefois rendu, le 11 avril 2019¹⁷², un arrêt qui, à rebours de la jurisprudence initiée le 9 novembre 2011, s'en tient à la position traditionnelle : « Les fautes ou les négligences du mandataire, fût-il un huissier de justice, engagent le mandant lorsqu'elles sont commises dans les limites du mandat et ne peuvent constituer pour le mandant un cas de force majeure ». Il importe de relever qu'en l'espèce, la signification de la requête en cassation (qui relève du monopole de l'huissier de justice) avait été effectuée dans les temps et, plus précisément, le dernier jour du délai – le 8 novembre 2017, en fin de journée ; en revanche, la remise – au greffe de la Cour – de la requête et de l'exploit de signification, qui ne relève pas du monopole de l'huissier¹⁷³, avait été accomplie tardivement, à savoir le 9 novembre 2017.

Certains auteurs ont tenté de concilier les arrêts du 8 février 2019 et du 11 avril 2019. Ainsi, S. De Rey et B. Tillemans exposent que, dans la première décision, l'acte fautif relevait du monopole de l'huissier, tandis que, dans la seconde, la faute concernait un acte que le justiciable pouvait accomplir lui-même ou, le cas échéant, par le truchement d'un autre mandataire, dans la mesure où il était relatif à la « compétence résiduelle » de l'huissier¹⁷⁴. Cette justification ne semble toutefois pas convaincre tous les auteurs dès lors que, *in casu*, la remise tardive était la conséquence d'une signification *in extremis* (le dernier jour du délai, en fin de journée). Ainsi, selon P. Depuydt, la circonstance que l'acte accompli hors délai ne rentre pas dans le monopole

¹⁷¹ Av. gén. R. MORTIER, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2019, n° C.18.0048.N, disponibles sur www.juportal.be, spéc. n° 2.4 : « *In het licht van de duidelijk gegeven instructies mocht eiseres mijns inziens verwachten dat de gerechtsdeurwaarder, als monopoliehouder en specialist, zijn opdracht naar behoren zou vervullen en kan de laattijdige betekening als gevolg van een slechte organisatie van het kantoor als een omstandigheid worden aanvaard die door eiseres niet kon worden voorzien of vermeden, zodat ter zake overmacht kan aanvaard worden* » (nous soulignons). Sur l'absence de choix du justiciable de faire appel à un huissier, voy. av. gén. R. MORTIER, *ibid.*, n° 2.3.

¹⁷² Cass. (1^{re} ch.), 11 avril 2019, n° F.17.0143.F, J.L.M.B., 2019, p. 1352 et note J.-L. FAGNART, R.G.D.C., 2019, p. 492 et note S. DE REY et B. TILLEMANS.

¹⁷³ Voy. art. 519, § 2, 1°, C. jud.

¹⁷⁴ Voy. S. DE REY et B. TILLEMANS, « De fout van de gerechtsdeurwaarder als overmacht om aan de onontvankelijkheid van een rechtsmiddel te ontsnappen: zet lastgeving nog steeds de toon? », *op. cit.*, p. 504, n° 15.

de l'huissier ne paraît pas pertinente en l'espèce¹⁷⁵. En effet, on pourrait sans doute considérer que la force majeure aurait pu être admise, dans la mesure où, compte tenu du moment auquel la signification a eu lieu, il aurait de toute façon été impossible pour le justiciable de remettre, dans les temps, au greffe, la requête et l'exploit de citation.

En raison de ces hésitations jurisprudentielles que certains qualifiaient de « divergences de vues au plus niveau »¹⁷⁶, la doctrine appelait de ses vœux un arrêt de la Cour de cassation en séance plénière qui clarifie la question¹⁷⁷... Et elle a été entendue rapidement dès lors que la Haute juridiction, en formation plénière, a rendu, le 18 novembre 2019, un arrêt sur la problématique examinée.

29. Arrêt du 18 novembre 2019 (en audience plénière). L'arrêt du 18 novembre 2019 portait à nouveau sur la question de savoir si le demandeur en cassation pouvait invoquer la faute de l'huissier de justice à titre de force majeure afin d'échapper à la sanction d'irrecevabilité d'un recours introduit tardivement. En l'espèce, alors que le délai pour se pourvoir en cassation contre la décision attaquée expirait le lundi 29 octobre 2018, l'huissier ne procéda à la signification de la requête en cassation et à la remise de cette dernière (ainsi que de l'exploit de signification) au greffe de la Cour que le 31 octobre 2018, c'est-à-dire hors délai.

Après les hésitations suscitées par les arrêts du 8 février et du 11 avril 2019, la Haute juridiction, réunie en audience plénière, a pris la peine de fixer sa jurisprudence, par un arrêt du 18 novembre 2019¹⁷⁸. Elle s'est exprimée en ces termes : « Les exigences de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatives au droit d'accès à un tribunal, le monopole que l'article 519, § 1^{er}, du Code judiciaire réserve aux huissiers de justice, ainsi que les limites résultant, quant au choix de l'huissier, des règles de compétence territoriale prévues à l'article 516 du même code, impliquent que la faute ou la négligence de cet officier ministériel puisse constituer un cas de force majeure prorogeant le délai légal pour introduire le pourvoi du temps durant lequel la partie demanderesse s'est trouvée dans l'impossibilité absolue¹⁷⁹ de former ce recours ».

¹⁷⁵ P. DEPUYDT, « De fout van de gerechtsdeurwaarder: overmacht voor de rechtzoekende. Of toch niet? », *R.D.J.P.*, 2019, p. 215, n° 3.

¹⁷⁶ P. WÉRY, « Le mandat », *op. cit.*, p. 282, n° 218.

¹⁷⁷ P. DEPUYDT, « De fout van de gerechtsdeurwaarder: overmacht voor de rechtzoekende. Of toch niet? », *op. cit.*, p. 215, n° 3.

¹⁷⁸ Cass. (3^e ch., plén.), 18 novembre 2019, n° C.18.0510.F, *R.G.D.C.*, 2020, p. 102, note S. DE REY et B. TILLEMANS, *J.T.*, 2020, p. 217 et note F. GLANSDORFF.

¹⁷⁹ L'exigence d'une « impossibilité absolue » contraste avec l'appréciation raisonnable de la force majeure, qui est généralement retenue par la doctrine et la jurisprudence (voy. sur cette question : M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieeler: één gespleten persoonlijkheid », *T.P.R.*, 2018, pp. 222 et s.).

S'il apparaît théoriquement envisageable d'exciper de la force majeure en raison des fautes commises par un huissier de justice, la Cour a toutefois considéré que les conditions de la cause exonératoire n'étaient pas remplies en l'espèce. Elle a, en effet, estimé que, dans la mesure où il n'était pas possible de déterminer la date exacte à laquelle l'huissier de justice a reçu les pièces utiles, elle n'a pas pu vérifier si le retard dans la signification du pourvoi était bien indépendant de la volonté du mandant (et non imputable à ce dernier).

30. Une jurisprudence confirmée (récemment) à de multiples reprises. Dans un arrêt du 27 mars 2020 (rendu par la première chambre)¹⁸⁰, la Cour de cassation a confirmé les différents enseignements qui résultent de sa jurisprudence antérieure.

En l'espèce, une requête avait été remise au greffe en dehors du délai prescrit par l'article 1073, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire. La Cour a tout d'abord rappelé que « les fautes ou négligences du mandataire engagent le mandant lorsqu'elles sont commises dans les limites du mandat et ne peuvent constituer pour celui-ci un cas de force majeure »¹⁸¹. Ensuite, si elle a admis, dans des termes similaires à ceux utilisés dans l'arrêt du 18 novembre 2019, que cette règle souffre exception lorsque l'huissier agit dans le cadre de son monopole légal¹⁸², elle a aussitôt ajouté que la force majeure ne pouvait être admise en l'espèce dès lors que la faute imputable à l'huissier « n'a pas été commise dans le cadre de son monopole, mais dans l'accomplissement d'un acte qu'il peut effectuer à la demande d'une partie ».

De même, dans un arrêt du 12 mai 2020¹⁸³ (rendu par la deuxième chambre), la Cour de cassation a refusé de faire droit à la force majeure¹⁸⁴,

¹⁸⁰ Cass. (1^{re} ch.), 27 mars 2020, n° F.18.0022.F.

¹⁸¹ Cf. *supra*, n° 22.

¹⁸² « Si, par exception à ce principe, les exigences de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatives au droit d'accès à un tribunal, le monopole que l'article 519, § 1^{er}, du Code judiciaire réserve aux huissiers de justice, ainsi que les limites résultant, quant au choix de l'huissier, des règles de compétence territoriale prévues à l'article 516 du même code, impliquent que la faute ou la négligence de cet officier ministériel puisse constituer un cas de force majeure prorogeant le délai légal pour introduire le pourvoi du temps durant lequel la partie demanderesse s'est trouvée dans l'impossibilité absolue de former ce recours [...] » (voy. également *supra*, n° 29).

¹⁸³ Cass. (2^e ch.), 12 mai 2020, n° P.20.0104.N.

¹⁸⁴ On relèvera que la Cour a reproduit – dans les mêmes termes – la nuance énoncée dans l'arrêt du 18 novembre 2019 (cf. également *supra*, n° 29) : « *Het recht op toegang tot de rechter, zoals gewaarborgd door artikel 6.1 EVRM en het monopolie dat artikel 519, § 1, Gerechtelijk Wetboek aan de gerechtsdeurwaarders toekent, alsook de beperkingen die, wat de keuze van de instrumenterende deurwaarder betreft, voortvloeien uit de regels inzake territoriale bevoegdheid die in artikel 516 van datzelfde wetboek zijn bepaald, houden in dat de fout of de nalatigheid van die ministeriële ambtenaar als overmacht kan worden beschouwd waardoor de wettelijke termijn om cassatieberoep in te stellen kan worden verlengd met de tijdsduur waarin het voor de eiser volstrekt onmogelijk was om dit beroep in te stellen* ».

dans la mesure où l'acte accompli par l'huissier¹⁸⁵ relevait de sa compétence résiduelle visée à l'article 519, § 2, du Code judiciaire.

Ainsi ces arrêts du 27 mars et du 12 mai 2020 s'inscrivent (notamment) dans le sillage de la décision du 21 décembre 2012¹⁸⁶ lors de laquelle la Cour avait déjà opéré une distinction selon que la mission de l'huissier rentrait dans son monopole légal ou non¹⁸⁷.

Section 2

À qui imputer la faute du mandataire ?

Apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

31. Arrêts *Platakou* et *Kaufmann*. Deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont fréquemment invoqués pour justifier le revirement de la Cour de cassation opéré en 2011.

Ainsi, dans l'affaire *Platakou*, la Cour européenne des droits de l'homme devait examiner si l'irrecevabilité d'un recours, en raison d'une faute commise par un huissier de justice, constituait une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, « la Convention »)¹⁸⁸.

En l'espèce, la juridiction supranationale a estimé que la requérante ne saurait être tenue pour responsable de l'erreur commise dans la signification du recours. En effet, elle a considéré que, « puisque la législation interne confie la signification des actes de justice aux huissiers de justice, le respect

¹⁸⁵ En l'espèce, un huissier de justice avait déposé l'exploit de signification au greffe de la Cour au-delà du délai de deux mois fixé par l'article 429 du Code d'instruction criminelle.

¹⁸⁶ Cf. *supra*, n°s 24-25.

¹⁸⁷ Voy. et comp. avec Cass. (1^{re} ch.), 7 février 2020, n° C.19.0308.F, qui examine si, en l'espèce, un tiers – dépourvu de tout pouvoir de représentation – auquel le débiteur fait appel et qui exécute son obligation en vertu d'un *monopole légal* peut être considéré comme un agent d'exécution dudit débiteur. Nous examinerons cette décision *infra*, n° 38.

¹⁸⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, *err.*, 29 juin 1961. On rappellera que l'article 6 constitue le siège du « droit d'accès à un tribunal », lequel peut faire l'objet de limitations pour autant que celles-ci ne soient pas disproportionnées. En d'autres termes, ces dernières ne peuvent restreindre l'accès ouvert à l'individu de telle sorte que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même (voy. Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à un procès équitable (volet civil)*, mise à jour 30 avril 2020, p. 24, n°s 84-87). Voy. également Cass. (2^e ch.), 8 septembre 2020, n° P.20.0630.N : « Het door artikel 6.1 EVRM gewaarborgde recht van toegang tot de rechter, zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, belet de lidstaten niet het instellen van rechtsmiddelen afhankelijk te maken van voorwaarden, voor zover die voorwaarden een wettig doel dienen en er een redelijke verantwoording bestaat tussen de opgelegde voorwaarden en het nagestreefde doel. Die voorwaarden mogen niet ertoe leiden dat het recht op het instellen van het rechtsmiddel in de kern wordt aangetast ».

des modalités de telles significations relève principalement de la responsabilité des huissiers. La Cour ne saurait admettre que ces derniers, dans l'exercice de leurs fonctions, n'agissent pas en tant qu'organes publics de l'État »^{189 190}.

De même, dans l'arrêt *Kaufmann*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'irrecevabilité du recours en cassation, pour cause de tardiveté, « a pénalisé le requérant de manière déraisonnable, le tenant, *de facto*, en partie pour responsable pour les retards provoqués tant par les huissiers de justice italiens que par les autorités allemandes »¹⁹¹. En l'espèce, après avoir relevé que le requérant avait accompli en temps utile toutes les tâches qui lui incombait, la Haute juridiction a souligné que le retard qui s'est produit en l'espèce concernait la procédure de notification à l'étranger¹⁹², à savoir une phase de la procédure qui échappait au contrôle du particulier (requérant)¹⁹³.

Dans les arrêts *Platakou* et *Kaufmann*, la question de la responsabilité du justiciable pour les fautes commises par un huissier de justice a été examinée sous l'angle du droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention. Il s'agit, en d'autres termes, de déterminer si la restriction au droit d'accès à un tribunal, résultant de l'irrecevabilité d'une voie de recours, n'est pas disproportionnée. Pour trancher cette question de la proportionnalité, la Cour identifie les erreurs procédurales qui ont été commises durant la procédure (et qui ont empêché le requérant d'accéder au tribunal) et détermine si l'intéressé a dû subir une charge excessive en raison de ces erreurs.

32. Arrêt *Zubac* : critères permettant d'identifier la partie devant supporter les conséquences des négligences commises. L'arrêt *Zubac* du 5 avril 2018 (rendu en grande chambre) contient d'intéressants enseignements sur les « critères de référence » qui doivent guider la Cour lorsqu'elle

¹⁸⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Platakou c. Grèce*, 11 janvier 2001, § 39.

¹⁹⁰ Certains auteurs considèrent que la jurisprudence *Platakou* n'est pas transposable comme telle en droit belge dans la mesure où, dans notre système juridique (et à la différence du droit grec), l'huissier ne serait pas un « organe public de l'État » (voy. J.-L. FAGNART, « La faute de l'huissier de justice et la force majeure », note sous Cass. (1^{re} ch.), 11 avril 2019, *J.L.M.B.*, 2019, pp. 1356-1357 ; J. JOOS, « Over gerechtsdeurwaardersfouten in het recht op toegang tot de rechter », *R.D.J.P.*, 2003, p. 20). L'argument ne nous paraît toutefois pas dirimant, du moins si l'on admet que la notion « d'organe de l'État » a une portée autonome dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce sens qu'elle vise l'exercice d'une parcelle de la puissance publique (voy. J. JOOS, « Over gerechtsdeurwaardersfouten in het recht op toegang tot de rechter », *op. cit.*, p. 20, n° 5 ; E. LEROY, « Droit d'accès au juge dénié en raison d'une faute de l'huissier : cause exonératoire ou pas ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 11 avril 2019, *Ius & Actores*, 2019, p. 113, n° 5). On constatera d'ailleurs, ci-dessous, que la jouissance de prérogatives de puissance publique est l'un des critères qui permettent d'imputer à l'État les fautes commises par un organisme (voy. *infra*, n° 33).

¹⁹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Kaufmann c. Italie*, 19 mai 2005, § 39.

¹⁹² La Cour précise qu'il s'agit d'une procédure dans laquelle l'huissier de justice italien transmet le dossier au ministère de la Justice du pays concerné, qui se charge de la remise des actes (Cour eur. D.H., arrêt *Kaufmann c. Italie*, 19 mai 2005, § 37).

¹⁹³ Cour eur. D.H., arrêt *Kaufmann c. Italie*, 19 mai 2005, § 38.

recherche qui – du requérant ou de l'État – doit supporter les conséquences des erreurs commises au cours d'une procédure¹⁹⁴.

Primo, il convient d'établir si le requérant et, le cas échéant, son représentant ont fait preuve de la diligence requise pour l'accomplissement des actes de procédure pertinents.

Secundo, la Cour prend en considération le point de savoir si les erreurs commises auraient pu être évitées.

Tertio, la Cour détermine si les erreurs sont « principalement ou objectivement imputables au requérant ou aux autorités compétentes, notamment la juridiction [...]. En particulier, une restriction à l'accès à un tribunal est disproportionnée quand l'irrecevabilité d'un recours résulte de l'imputation au requérant d'une faute dont celui-ci n'est objectivement pas responsable »¹⁹⁵.

Ainsi, on relève un grand nombre de décisions où la Cour a retenu une violation de l'article 6 de la Convention dès lors que le requérant a dû supporter les conséquences d'une erreur (ou faute) procédurale qui était imputable à l'État (p. ex., par suite d'une négligence commise par un organe de ce dernier)¹⁹⁶. Il en résulte que les risques liés aux « erreurs » ou négligences commises par les autorités publiques doivent être supportés par l'État. Force est

¹⁹⁴ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Zubac c. Croatie*, 5 avril 2018, §§ 90-95. On notera que ces développements s'inscrivaient également dans le cadre de la question de savoir si les restrictions au droit d'accès à un juge, garanti par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, n'étaient pas disproportionnées.

¹⁹⁵ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Zubac c. Croatie*, 5 avril 2018, § 95.

¹⁹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Melis c. Grèce*, 22 juillet 2010, §§ 24-29 (en l'espèce, le requérant devait obtenir dans un délai maximal de trois ans à partir de la publication de l'arrêt dont il souhaitait la révision une décision irrévocable par les juridictions pénales reconnaissant le faux témoignage dont il avait été victime. Il a été jugé que le délai de plus de quatre ans et quatre mois mis en l'occurrence par les juridictions pénales pour se prononcer sur la question du faux témoin est un élément qui échappait complètement au pouvoir du requérant, de sorte que la limitation au droit d'accès au tribunal n'était pas proportionnée) ; Cour eur. D.H., arrêt *Blandeau c. France*, 10 juillet 2008, §§ 24-34 (à propos d'une faute du secrétariat de la section du contentieux du Conseil d'État) ; Cour eur. D.H., arrêt *Examiliotis (n° 2) c. Grèce*, 4 mai 2006, §§ 24-31 (une interprétation de la législation par les juridictions internes a mis à charge du requérant une obligation que celui-ci n'était pas en mesure d'accomplir) ; Cour eur. D.H., arrêt *Freitag c. Allemagne*, 19 juillet 2007, §§ 35-42 (à propos de la décision de déclarer irrecevable pour tardiveté une requête introduite par une partie devant un tribunal alors que le retard était principalement imputable au comportement d'une autre juridiction qui était chargée de transférer la demande auprès du tribunal compétent) ; Cour eur. D.H., arrêt *Laskowska c. Pologne*, 13 mars 2007, § 61 (la Cour a estimé que le requérant avait été privé de son droit d'accès effectif à la Cour suprême en raison de l'interprétation erronée, par une juridiction régionale, du droit relatif à la possibilité de bénéficier de l'assistance d'un avocat) ; Cour eur. D.H., arrêt *Pietro et autres c. Roumanie*, 20 octobre 2006, §§ 33-43, spéc. § 41 : « les requérants ne sauraient être pénalisés pour les erreurs et les défaillances de l'administration ou de l'exécuteur judiciaire, dont les actes sont qualifiés par le droit interne d'actes d'autorité publique » ; Cour eur. D.H., arrêt *Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce*, 16 novembre 2000, §§ 12-23 (la société requérante ne saurait être tenue pour responsable d'une erreur commise dans la présentation du recours par un organe de l'État, en l'occurrence des policiers) ; Cour eur. D.H., arrêt *Tence c. Slovaquie*, 31 mai 2016, spéc. §§ 34-38 (le requérant ne pouvait être tenu responsable d'une erreur commise par une juridiction) ; Cour eur. D.H., arrêt *Leoni c. Italie*, 26 octobre 2000, §§ 21-28 (le requérant ne pouvait être tenu pour responsable d'un non-respect des formalités de procédure imputable à la Cour d'appel de Rome). Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Majski c. Croatie*, 19 juillet 2011, §§ 66-72 ; Cour eur. D.H., arrêt *Šimecki c. Croatie*, 30 avril 2014, § 46.

de constater que les cas relevés (jusqu'à présent) en jurisprudence concernent essentiellement des fautes causées par des juridictions¹⁹⁷ ou par des huissiers.

En somme, au-delà des cas où la faute est commise par un organe de l'État (p. ex., une juridiction) ou un huissier de justice, la jurisprudence relative à l'article 6 n'offre pas d'indications claires sur ce qui permet d'imputer à l'État des manquements commis par des organismes (autres que ceux précités). Il convient dès lors d'examiner si, dans d'autres pans de la jurisprudence de la juridiction supranationale, il n'existe pas des critères qui permettent de résoudre cette question.

33. Critères permettant d'imputer les fautes commises à l'État.

Il semble que la notion autonome d'« organisation gouvernementale », élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme au départ de l'article 34 de la Convention¹⁹⁸, procure certaines balises aux fins d'apprécier si les actes ou les omissions d'une entreprise *sont imputables à l'État*. Selon la juridiction supranationale, la catégorie des « organisations gouvernementales » regroupe « les personnes morales qui participent à l'exercice de la puissance publique ou qui gèrent un service public sous le contrôle des autorités »¹⁹⁹. Pour déterminer si une personne morale, autre qu'une collectivité territoriale, tombe sous l'application de cette définition, la Cour prend en considération « son statut juridique et, le cas échéant, les prérogatives qu'il lui donne, la nature de l'activité qu'elle exerce et le contexte dans lequel s'inscrit celle-ci, et son degré d'indépendance par rapport aux autorités politiques »²⁰⁰.

Ainsi, différents facteurs pourraient permettre d'imputer la négligence d'un organisme²⁰¹ à l'État²⁰². On notera qu'ils rejoignent la jurisprudence de

¹⁹⁷ Voy. et comp. avec Cass. (1^{re} ch.), 9 novembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 272 : il a été décidé que la négligence du greffier pouvait être considérée comme un cas de force majeure dans le chef du justiciable, de sorte que l'appel émanant de ce dernier n'était pas entaché d'une cause de nullité : « la faute des services du greffe dans l'accomplissement d'une formalité que leur impose la loi, omission à laquelle la défenderesse est étrangère, ne peut porter atteinte à la validité de l'acte d'appel ».

¹⁹⁸ Cette disposition prévoit que la Cour peut être saisie (notamment) d'une requête par toute « organisation non gouvernementale » (par opposition à l'« organisation gouvernementale » qui ne peut se porter requérante devant la Haute juridiction).

¹⁹⁹ Cour eur. D.H., déc. *Radio France et autres c. France*, 23 septembre 2003, § 26 ; Cour eur. D.H., déc. *JKP Vodovod Kraljevo c. Serbie*, 16 octobre 2018, § 23.

²⁰⁰ Outre les décisions citées à la note précédente, voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Unedic c. France*, 18 décembre 2008, § 54. *Adde* : Cour eur. D.H., arrêt *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, 13 décembre 2007, § 79 ; Cour eur. D.H., arrêt *Ukraine-Tioumen c. Ukraine*, 22 novembre 2007, §§ 25-28, spéc. § 26 ; Cour eur. D.H., déc. *State Holding Company Luganskuvugillya c. Ukraine*, 27 janvier 2009.

²⁰¹ Certes, dans les décisions citées ci-dessous, il s'agissait essentiellement de savoir si les agissements d'une *personne morale* (p. ex., une société) étaient imputables à l'État. Il nous semble toutefois que les enseignements qui résultent de la jurisprudence de la juridiction supranationale pourraient s'appliquer à d'autres situations, par exemple, des professionnels qui exercent en personne physique, ce qui explique que nous ayons retenu le terme plus englobant d'« organisme » ou encore celui d'« entreprise ».

²⁰² Voy. sur ces critères : Cour eur. D.H., arrêt *Libert c. France*, 22 février 2018, §§ 37-42 ; Cour eur. D.H., déc. *Mikhail Vitalevich Samsonov c. la Russie*, 16 septembre 2014, §§ 63 et s. ; Cour eur. D.H., arrêt *Liseytsava et*

la Cour relative à la notion « d'autorité publique ». Si la Cour reconnaît que cette dernière ne doit pas être confondue avec le concept d'« organisation gouvernementale », elle retient néanmoins « un mode de raisonnement similaire dans un cas comme dans l'autre »²⁰³.

Il y a lieu, tout d'abord, d'avoir égard à la *nature de l'activité* : l'exercice de la puissance publique ou encore la gestion d'un service public sous le contrôle des autorités pourra davantage être rattaché à l'État que la poursuite d'une activité commerciale ordinaire. Il semble que l'assignation d'une mission de service public ne permette pas, à elle seule, d'emporter la qualification d'« organisation gouvernementale » (ou d'autorité publique)²⁰⁴. En effet, il faudrait, à tout le moins, vérifier par ailleurs si l'entreprise en question assure un service public *sous le contrôle (étroit) des autorités*²⁰⁵. Dans la même veine, la jouissance de pouvoirs coercitifs ou réglementaires (en d'autres termes, l'exercice de prérogatives de puissance publique) constitue également un indice – sérieux, semble-t-il – de la qualification d'« organisation gouvernementale »²⁰⁶.

Ensuite, *le statut juridique* de la société au regard du droit interne constitue un facteur à prendre en compte (bien qu'il ne soit pas décisif)²⁰⁷. Ainsi,

Maslov c. Russie, 9 octobre 2014, §§ 183-192 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Kotov c. Russie*, 3 avril 2012, §§ 92-107.

²⁰³ Voy. not. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Kotov c. Russie*, 3 avril 2012, § 95 ; Cour eur. D.H., déc. *Mikhail Vitalevich Samsonov c. la Russie*, 16 septembre 2014, § 63 ; Cour eur. D.H., arrêt *Liseyitseva et Maslov c. Russie*, 9 octobre 2014, § 186 ; Cour eur. D.H., arrêt *Libert c. France*, 22 février 2018, § 39.

²⁰⁴ Cour eur. D.H., déc. *Radio France et autres c. France*, 23 septembre 2003, § 26 : la Cour a décidé que, « si la société Radio France s'est vu assigner des missions de service public et si elle dépend pour beaucoup de l'État pour son financement, le législateur a mis en place un régime dont l'objectif est sans aucun doute de garantir son indépendance éditoriale et son autonomie institutionnelle ». Elle n'a, dès lors, pas assimilé ladite entreprise à une organisation gouvernementale. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Ukraine-Tioumen c. Ukraine*, 22 novembre 2007, § 27 : la Cour a estimé que, même si la société requérante exerçait, à certains égards, une mission de service public (à savoir mettre en œuvre des décisions intergouvernementales dans le domaine de la coopération commerciale), elle était principalement impliquée dans le « business ordinaire », était gérée et contrôlée par ses fondateurs et jouissait, dès lors, d'une autonomie institutionnelle vis-à-vis de l'État. Voy. également M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Bruges, die Keure, 2018, p. 449, n° 730.

²⁰⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Mikhailenki et autres c. Ukraine*, 30 novembre 2004, § 45 (à propos d'une société qui menait ses activités dans la zone d'évacuation forcée autour de Tchernobyl et qui était placée sous le strict contrôle du gouvernement pour des considérations environnementales et de santé publique) ; Cour eur. D.H., arrêt *Yershova c. Russie*, 8 avril 2010, spéc. §§ 58-62 (à propos d'une entreprise qui était chargée d'approvisionner une ville en chauffage, et dont les actifs étaient étroitement contrôlés par les autorités municipales). *Addé* : Cour eur. D.H., arrêt *Österreichischer Rundfunk v. Austria*, 7 décembre 2006, § 49 : « *It provides a public service and it therefore remains to be examined whether it does so under government control* ».

²⁰⁶ Voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Kotov c. Russie*, 3 avril 2012, §§ 105-106 ; Cour eur. D.H., arrêt *Les saints monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, § 49. *Addé* : Cour eur. D.H., déc. *Eko-Elda Abee c. Grèce*, 27 mai 2004 : la Cour a relevé que la société requérante « ne bénéficiait pas de prérogatives de puissance publique » et en a conclu, sur cette base, qu'elle constituait une « organisation non gouvernementale » (alors même qu'il s'agissait d'une filiale d'une société dont l'actionariat et le conseil d'administration étaient largement dominés par l'État).

²⁰⁷ Cour eur. D.H., déc. *Mikhail Vitalevich Samsonov c. la Russie*, 16 septembre 2014, § 67.

le fait qu'une entreprise constitue une entité juridique distincte de l'État et que ce dernier ne puisse pas être tenu responsable des dettes de la première en vertu du droit national ne suffit pas à démontrer que la société jouit d'une indépendance fonctionnelle et institutionnelle vis-à-vis de l'État²⁰⁸. De même, il a été jugé que l'État était responsable d'une personne morale opérant dans le secteur hautement réglementé de l'énergie nucléaire, qui était placée sous le strict contrôle du gouvernement et dont l'administration avait été confiée au ministère de l'Énergie : « De l'avis de la Cour, ces éléments confirment le caractère public de la société débitrice, *indépendamment de sa classification formelle en droit interne* » (nous soulignons)²⁰⁹.

Par ailleurs, il convient de tenir compte du *contexte dans lequel s'inscrit l'activité* : l'organisme dont question détient-il un monopole ou opère-t-il dans un secteur ouvert à la concurrence ? La juridiction supranationale a, par exemple, estimé que la Société nationale des chemins de fer espagnole était une « organisation gouvernementale » dès lors qu'elle était sous la tutelle du gouvernement et bénéficiait d'un monopole d'exploitation²¹⁰. Certains auteurs soulignent l'importance du critère dont question : « *de context waarin de openbare dienst wordt uitgeoefend, is dus doorslaggevend, veeleer dan de aard van de activiteit van de verzoekende partij* »²¹¹.

Enfin, la Cour examine *l'indépendance institutionnelle et opérationnelle* de l'entreprise vis-à-vis de l'État et évalue le degré d'implication de ce dernier dans la gestion des biens affectés à l'entreprise, ainsi que le niveau de son

²⁰⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Lisianskiy c. Ukraine*, 4 avril 2006, §§ 17-20 : pour conclure à la responsabilité de l'État, la Cour a retenu que la société (en l'occurrence, une mine de charbon) était détenue par l'État (« *State-owned company* »), que le ministère des Combustibles et de l'Énergie pouvait disposer des biens de la société comme bon lui semblait et que l'État déterminait, en outre, le montant et les modalités de paiement des salaires et des avantages des employés.

²⁰⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Mikhailenki et autres c. Ukraine*, 30 novembre 2004, §§ 41-46, spéc. § 45. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v. Moldova*, 3 avril 2007, §§ 15 et s., spéc. § 19 : compte tenu de la délégation de certaines fonctions de l'État à l'entreprise M. et du contrôle important exercé sur les actifs de cette dernière, la Cour a estimé que l'État devait être tenu pour responsable des dettes contractées par la société dont question. *Adde* : Cour eur. D.H., arrêt *Kaçapor and Others v. Serbia*, 15 janvier 2008, § 98 : « *The Court therefore considers that the debtor, despite the fact that it is a separate legal entity, does not enjoy "sufficient institutional and operational independence from the State" to absolve the latter from its responsibility under the Convention* » ; Cour eur. D.H., décision *Zastava It Turs c. Serbie*, 9 avril 2013, §§ 19-23.

²¹⁰ Comm. eur. D.H., décision *Renfe c. Espagne*, 8 septembre 1997. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Compagnie de navigation de la République Islamique d'Iran c. Turquie*, 13 décembre 2007, § 80 : lors de l'examen de la recevabilité du recours de la société requérante, la Cour relève que cette dernière « ne participe pas à l'exercice de la puissance publique et n'a pas non plus un rôle de service public ni ne détient un monopole dans un secteur concurrentiel ». Elle admet ainsi la recevabilité de la requête après avoir précisé que « les personnes morales de droit public peuvent avoir le statut d'"organisations non gouvernementales" pour autant qu'elles ne participent pas à l'exercice de la "puissance publique" et sont totalement indépendantes de l'État ». *Adde* : Cour eur. D.H., déc. *Transpetrol a.s. c. Slovaquie*, 15 novembre 2011, §§ 58 et s., spéc. §§ 62 et 66.

²¹¹ M. DE GROOT, *Overheidstoezicht*, op. cit., 2018, p. 449, n° 730.

contrôle et de sa supervision au quotidien. Le contrôle de l'État peut prendre différentes formes, notamment la réorganisation et la liquidation de la personne morale ainsi que le transfert des biens de celle-ci à une autre entité, la prise de mesures pour soutenir financièrement l'entreprise insolvable, l'administration directe de celle-ci par un ministère ou par des organismes gouvernementaux et la réglementation stricte de l'activité par la législation²¹².

34. Synthèse. Dans un arrêt du 16 juillet 2014²¹³, la Cour synthétise les différents critères à prendre en considération pour apprécier si l'État doit être tenu pour responsable des dettes d'une entreprise (en l'occurrence, une banque) : « le statut juridique (de droit public ou de droit privé) de la société concernée, la nature de ses activités (missions de service public ou activités commerciales ordinaires), le cadre d'exercice de ses activités (monopole ou secteur hautement réglementé), et son indépendance institutionnelle (mesurée à l'aune du niveau de participation de l'État au capital social) et opérationnelle (appréciée au regard de l'étendue de la surveillance et du contrôle exercés sur elle par l'État) ».

À la lumière de ce qui précède, on relèvera différents marqueurs permettant de rattacher certains organismes à l'État et de considérer, partant, que ce dernier est responsable, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, des erreurs ou fautes imputables aux premiers : l'exercice de prérogatives de puissance publique, la gestion d'un service public sous le contrôle des autorités ou encore la détention d'une situation de monopole.

Section 3

Appréciation de la jurisprudence de la Cour de cassation à l'aune de celle de la Cour européenne des droits de l'homme : bilan et perspectives

35. Plan. Nous examinerons, dans un premier temps, si la solution d'exception réservée aux huissiers de justice peut être étendue à d'autres mandataires (§ 1) et exposerons, dans un deuxième temps, quelques balises

²¹² Voy. Cour eur. D.H., déc. *Mikhail Vitalevich Samsonov c. la Russie*, 16 septembre 2014, § 66 et les références citées ; Cour eur. D.H., déc. *State Holding Company Luganskuvugillya c. Ukraine*, 27 janvier 2009 : « The applicant company had no independent function, exercising certain public functions related to administration of State property owned in the coal mining industry that is heavily subsidized and regulated by the State [...]. Moreover, [...], the applicant company, which existed as a separate legal entity, had to be liquidated on the basis of the decision of that ministry. The Court accordingly concludes that the applicant company is not a "person, non-governmental organisation or group of individuals" within the meaning of Article 34 of the Convention ».

²¹³ Cour eur. D.H., arrêt *Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine*, 16 juillet 2014, § 114.

(supplémentaires) en vue d'apprécier la portée et l'ampleur du revirement exprimé notamment dans les arrêts de la Cour de cassation du 9 novembre 2011 et du 18 novembre 2019 (§ 2).

§ 1. Extension à d'autres mandataires que les huissiers de justice ?

36. Règles de compétence territoriale limitant le libre choix du mandataire : un critère justifié ? Si l'on suit (strictement) les critères posés par la Cour de cassation dans ses arrêts des 9 novembre 2011 et 18 novembre 2019, pour que la faute du mandataire puisse être invoquée comme force majeure (conformément à la jurisprudence que nous qualifierons, ci-après, « d'exception »), il faudrait a) que le représentant agisse dans le cadre de son monopole légal et b) que le mandant ne dispose que d'un choix limité de mandataires en raison des règles de compétence territoriale auxquelles ces derniers sont soumis. Il en résulte que certaines professions, jouissant pourtant d'un monopole, telles que les notaires ou les avocats à la Cour de cassation, ne seraient pas concernées par la « jurisprudence d'exception », dès lors qu'elles ne sont pas soumises à des règles de compétence territoriale qui restreignent le représenté dans le (libre) choix de son représentant. On peut (sup)poser que ce « filtre » retenu par la Cour de cassation a pour objectif de contenir dans de strictes limites la portée de la « jurisprudence d'exception » qui est dérogoire aux règles de droit commun relatives au mandat.

Force est pourtant de constater que la limite résultant des règles de compétence territoriale ne trouve aucun écho dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a pourtant été une source d'inspiration pour le revirement opéré par la Cour de cassation, dans son arrêt du 9 novembre 2011 (et confirmé notamment par l'arrêt du 18 novembre 2019).

Certains auteurs semblent d'ailleurs ne pas tenir compte du critère de la compétence territoriale dès lors qu'ils considèrent que la faute du notaire mandataire, voire celle d'un avocat à la Cour de cassation, pourrait être constitutive de force majeure (compte tenu du caractère obligatoire de l'intervention de ces professionnels et de leur monopole légal)²¹⁴. F. Glansdorff et E. Van den Haute vont même plus loin et se demandent, à l'aune des conclusions de l'avocat général précédant l'arrêt du 18 novembre 2019, si, « par-delà le critère du monopole légal (et de la compétence territoriale), l'équité – ici consacrée par le droit à un procès équitable et à l'accès à la justice – ne doit pas conduire à accueillir d'une manière plus large les hypothèses possibles de

²¹⁴ Voy. *supra*, n° 25.

force majeure [...] bien entendu en restant attentif aux balises qu'implique la notion même de force majeure »²¹⁵. Et les auteurs de conclure qu'il n'est pas impossible que, dans un avenir proche, « pour les notaires comme pour les avocats, la Cour de cassation n'en vienne à accueillir favorablement la force majeure, même dans des hypothèses où l'intervention du mandataire ne fait pas l'objet d'un monopole légal, ce critère cédant ainsi le pas à celui qui est fondé sur l'article 6.1. de la CEDH »²¹⁶. Cette ouverture se justifierait d'autant plus dans l'hypothèse où la faute du mandataire consisterait en un dépassement d'un délai, dès lors qu'en ce cas, il n'y a pas vraiment de tiers cocontractant préjudicié (autre qu'une administration ou un greffe indifférent à recevoir un acte dans les délais ou non)²¹⁷.

Enfin, certains commentateurs observent que le nombre d'arrondissements judiciaires a été réduit, par une loi du 1^{er} décembre 2013²¹⁸, de vingt-sept à douze, de sorte que le libre choix d'un huissier de justice est, à présent, moins limité (par rapport à la situation qui était en vigueur à l'époque de l'arrêt du 9 novembre 2011). Ils s'interrogent même sur la pertinence du maintien du critère qui réside dans les limitations résultant des règles de compétence territoriale, ainsi que sur la constitutionnalité de celui-ci : « *Het is maar de vraag of deze rechtspraak niet voorbij lijkt te gaan aan deze gewijzigde territoriale bevoegdheidsregeling en in die zin houdbaar is. Wij gingen zelfs verder en durfden ons in het licht daarvan de vraag te stellen of deze rechtspraak de toets van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel zou kunnen doorstaan* »²¹⁹.

37. Application de la « jurisprudence d'exception » à d'autres mandataires que les huissiers de justice? Que penser de l'application de la « jurisprudence d'exception » à d'autres mandataires que les huissiers?

Il convient, à notre estime, de tenir compte des enseignements qui résultent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, en particulier, des critères dégagés par cette dernière en vue d'imputer à l'État les négligences commises par certains organismes²²⁰, à telle enseigne qu'il serait disproportionné (et contraire au droit à un procès équitable, voire

²¹⁵ F. GLANSORFF et E. VAN DEN HAUTE, « Mandat et représentation directe en droit civil », *op. cit.*, p. 20.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 21.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Voy. la loi du 1^{er} décembre 2013 portant réforme des arrondissements judiciaires et modifiant le Code judiciaire en vue de renforcer la mobilité des membres de l'ordre judiciaire, *M.B.*, 10 décembre 2013.

²¹⁹ Voy. S. DE REY et B. TILLEMANS, « De fout van de gerechtsdeurwaarder als overmacht om aan de onontvankelijkheid van een rechtsmiddel te ontsnappen: in voltallige zitting beslecht », note sous Cass. (plén.), 18 novembre 2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 104, n° 6 ; S. DE REY et B. TILLEMANS, « De fout van de gerechtsdeurwaarder als overmacht om aan de onontvankelijkheid van een rechtsmiddel te ontsnappen: zet lastgeving nog steeds de toon? », *op. cit.*, p. 502, n° 12, et p. 507, n° 18.

²²⁰ Cf. *supra*, nos 33-34 : l'exercice de prérogatives de puissance publique, la gestion d'un service public sous le contrôle des autorités ou encore la détention d'une situation de monopole.

à d'autres dispositions de la Convention et/ou de ses Protocoles additionnels)²²¹ de faire subir au justiciable les conséquences de ces fautes.

Ainsi, pour ce qui concerne les notaires, on notera que ces derniers jouissent d'une situation de monopole et qu'ils exercent une mission de service public sous le contrôle des autorités²²². La question de savoir si le notaire participe à l'exercice de l'autorité publique et est, partant, titulaire d'une parcelle de la puissance publique a fait couler beaucoup d'encre en doctrine et en jurisprudence²²³. La Cour de justice de l'Union européenne a néanmoins décidé, dans un arrêt du 24 mai 2011, que la poursuite d'un objectif d'intérêt général ne justifie pas, en soi, que l'activité notariale « soit considérée comme participant directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique »²²⁴. Si le notaire ne peut être assimilé à un « agent des services publics », il n'en demeure pas moins soumis, en qualité d'officier ministériel, « à des règles dérogeant largement à celles applicables aux professions indépendantes et aux autres professions libérales »²²⁵. Dès lors, compte tenu du contrôle étroit de l'autorité, laquelle est chargée, notamment, de fixer le nombre des études notariales, de nommer les notaires et d'établir les tarifs des actes qu'ils dressent, il nous paraît envisageable d'appliquer la « jurisprudence d'exception » aux notaires²²⁶.

En outre, une position plus souple en matière d'admission de la force majeure pourrait se justifier à l'égard du notaire en raison du « caractère public » de la profession, de la spécificité de la mission confiée à ce dernier et du professionnalisme attendu de lui. On notera d'ailleurs que de telles

²²¹ Certes, l'on raisonne essentiellement sur la base de l'article 6 de la Convention en ce sens qu'il serait contraire à cette disposition de priver le justiciable de son droit d'accès à un juge pour une faute imputable à l'État. Néanmoins, l'argument nous paraît transposable à d'autres situations (visées par d'autres dispositions). Ainsi, le fait de priver le justiciable de son droit de propriété pour un manquement imputable à l'État (p. ex., à un notaire, lequel interviendrait, par hypothèse, en dehors de tout procès) pourrait, à notre sens, porter atteinte à l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (signé à Paris, le 20 mars 1952 et approuvé par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, *err.* 29 juin 1961).

²²² Voy. également la définition européenne du notaire retenue par le Code européen de déontologie notariale (cf. H. CASMAN, *Précis du notariat*, op. cit., 2011, p. 19) : « le notaire est un juriste de haute qualification universitaire, ayant accédé à la profession après diver[s] épreuves, stages et concours et qu'il exerce celle-ci en suivant des règles disciplinaires strictes sous le contrôle permanent de l'autorité publique et grâce à une implantation géographique permettant le recours à ses services sur tout le territoire national » (nous soulignons).

²²³ Voy. not. H. CASMAN, *Précis du notariat*, op. cit., 2011, pp. 213 et s. et les sources citées.

²²⁴ C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *Commission c. Belgique*, 24 mai 2011, C-47/08, ECLI:EU:C:2011:334, point 96. En l'espèce se posait la question de savoir si l'activité notariale comportait une participation directe et spécifique à l'autorité publique, de sorte que l'accès à la profession pouvait être réservé aux ressortissants nationaux (cf. art. 43 et 45 CE).

²²⁵ Voy. C.A., 20 septembre 2001, n° 109/2001, points B.7.3 et B.9.3.

²²⁶ Voy. également en ce sens : F. GLANSDORFF, « Le dépassement de délai par le mandataire constitue-t-il un cas de force majeure pour le mandant ? », note sous Cass. (3^e ch., plén.), 18 novembre 2019, *J.T.*, 2020, p. 219, n° 4, qui se demande si la faute du notaire, qui intervient en qualité de mandataire, est constitutive de force majeure. Et l'auteur de répondre : « Au vu de la jurisprudence de 2011, confirmée en 2019, la réponse doit être affirmative ».

considérations ne sont sans doute pas étrangères au revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation (dans son arrêt du 9 novembre 2011) en ce qui concerne la faute commise par l'huissier de justice²²⁷. La Haute juridiction a, du reste, déjà fait montre par le passé d'une certaine indulgence à l'endroit des clients des notaires, dans l'appréciation de l'existence d'une cause exonératoire : en l'occurrence, il s'agissait de déterminer si un avis juridique inexact émanant de l'un de ces officiers publics pouvait être constitutif d'une erreur invincible dans le chef du client²²⁸.

La situation des avocats à la Cour de cassation n'est sans doute pas tout à fait analogue à celle des notaires. Certes, ces avocats ont la qualité d'officiers ministériels et sont nommés, en nombre limité, par le Roi²²⁹. Toutefois, le contrôle de l'État sur leur statut et leur mission paraît moins prégnant (par comparaison à la position des notaires)²³⁰, ce qui pourrait conduire à admettre avec davantage de circonspection l'application de la « jurisprudence d'exception » à leur égard^{231 232}.

²²⁷ Voy. av. gén. D. VANDERMEERSCH, concl. préc. Cass. (2^e ch.), 9 novembre 2011, *J.T.*, 2011, p. 774 (en particulier, l'extrait cité *supra*, correspondant à la note 147).

²²⁸ Voy. Cass. (2^e ch.), 19 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1143. Voy. également B. GOFFAUX, « Le mauvais conseil d'un praticien du droit : cause d'erreur invincible », *R.G.A.R.*, 2018, n° 15.524⁴ *recto* : l'auteur s'interroge sur la « différence de traitement » entre, d'une part, le conseil erroné d'un (voire de plusieurs avocats) qui n'est généralement pas constitutif d'erreur invincible pour le client et, d'autre part, l'avis juridique inexact d'un notaire qui a été admis à titre d'erreur invincible. Pour l'auteur, il paraît justifié de faire preuve d'une plus grande souplesse, dans l'appréciation de l'erreur invincible, à l'égard du justiciable qui a été trompé par son notaire. En effet, « [c]ompte tenu du caractère public de la profession, du monopole dont elle jouit pour certains actes et du haut degré de diligence que requiert son exercice, tout justiciable est en droit d'attendre du notaire qu'il prodigue des conseils exacts et objectifs ».

²²⁹ H. BOULARBAH, P. GÉRARD et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 19, n° 15.

²³⁰ Voy. C.A., 20 septembre 2001, n° 109/2001, spéc. point B.11.2 : « Bien que leur nomination réponde à des critères qui les distinguent des autres avocats, les avocats à la Cour de cassation ne se trouvent pas dans une situation essentiellement différente de celle des professions libérales auxquelles il a été fait référence en B.9.3 ». En son point B.9.3, la Cour avait relevé que le notaire était soumis à des règles qui dérogeaient largement à celles applicables aux *professions indépendantes et autres professions libérales*. Ainsi, en rapprochant les avocats à la Cour de cassation de ces dernières, la Haute juridiction reconnaît indirectement la différence qui existe entre le notaire, d'une part, et les autres professions indépendantes, d'autre part (auxquelles s'apparentent les avocats à la Cour de cassation).

²³¹ Certains auteurs se demandent toutefois si la non-application de la « jurisprudence d'exception » aux avocats à la Cour de cassation (dans la mesure où le choix de ceux-ci n'est pas limité par des règles de compétence territoriale) résisterait au test d'égalité et de non-discrimination (voy. S. DE REY et B. TILLEMANS, « De fout van de gerechtsdeurwaarder als overmacht om aan de onontvankelijkheid van een rechtsmiddel te ontsnappen: zet lastgeving nog steeds de toon? », *op. cit.*, p. 502, n° 12 ; voy. également *supra*, n° 36). On notera, à cet égard, que, dans l'arrêt (précité) du 20 septembre 2001, la Cour constitutionnelle (anciennement : Cour d'arbitrage) a considéré que les notaires, huissiers de justice et avocats à la Cour de cassation n'étaient pas dans une situation similaire (voy. C.A., 20 septembre 2001, n° 109/2001, spéc. points B.11.2 et B.11.3).

²³² Voy. et comp. B. VANLERBERGHE, « Overmacht in het burgerlijk proces », *op. cit.*, p. 82, n° 24, qui estime que la force majeure pourrait être retenue en cas de faute commise par un avocat à la Cour de cassation lorsque ce dernier signe un pourvoi en cassation avec la mention « sur projet et réquisition », dans la mesure où, dans cette hypothèse, il agirait davantage comme officier ministériel (que comme mandataire) dès lors que son intervention est légalement requise. On rappellera qu'un avocat à la Cour de cassation qui n'a pu

En tout état de cause, la seule circonstance qu'une profession détienne un monopole ne nous paraît pas suffisante (ni nécessaire d'ailleurs²³³) afin d'admettre que la faute du mandataire auquel recourt le client puisse constituer dans le chef de ce dernier un cas de force majeure. Ainsi, les architectes²³⁴ qui jouissent d'un monopole en ce qui concerne l'établissement des plans et le contrôle de l'exécution des travaux (pour lesquels un permis d'urbanisme est requis)²³⁵ ne nous paraissent pas visés par la « jurisprudence d'exception »²³⁶, dès lors qu'ils n'exercent pas une mission de service public *sous le contrôle des autorités*.

38. Détention d'un monopole : une incidence sur la qualification comme agent d'exécution ? En vertu du principe de responsabilité contractuelle pour autrui, un débiteur répond des fautes d'un tiers considéré comme son *agent d'exécution* et auquel il recourt volontairement pour exécuter une obligation contractuelle. À la lecture d'un arrêt de la Cour de cassation du 7 février 2020²³⁷ (qui ne concerne toutefois pas la matière du mandat), il nous paraît permis de se demander si le statut de monopole légal peut conduire à écarter la qualification d'agent d'exécution et, partant, à exclure l'application du principe de responsabilité contractuelle pour autrui²³⁸.

En l'espèce, la Cour a examiné la question de savoir si un tiers – dépourvu de tout pouvoir de représentation – auquel le débiteur fait appel et qui exécute son obligation en vertu d'un *monopole légal* peut être considéré comme un agent d'exécution dudit débiteur.

Les faits de la cause peuvent être synthétisés comme suit. La société Recybois est propriétaire d'une installation de cogénération d'électricité au départ de déchets de bois, qui lui permet de produire l'électricité nécessaire

convaincre son client de renoncer à un recours sans espoir peut être tenu, en raison de sa qualité d'officier ministériel, d'introduire un pourvoi (pour autant que la cause ne soit pas injuste). Lorsque le pourvoi est introduit « sur réquisition et projet », l'avocat n'a pas l'obligation de donner aux griefs formulés par le client la forme habituelle des moyens de cassation (voy. H. BOULARBAH, P. GÉRARD et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation...*, op. cit., 2012, p. 21, n° 17 ; B. MAES, « De aansprakelijkheid van een advocaat bij het Hof van Cassatie door de verwerping van een cassatieberoep dat "op vordering en naar ontwerp of concept" werd ingesteld », note sous Bruxelles, 18 février 2003, R.A.B.G., 2004, pp. 171 et s., spéc. p. 175).

²³³ Certes, la détention d'un monopole constitue indéniablement l'un des critères à prendre en compte (pour déterminer si la « jurisprudence d'exception » trouve à s'appliquer), mais il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'un organisme peut être considéré comme une autorité publique même s'il n'est pas titulaire d'un monopole (voy. *supra*, n°s 33-34).

²³⁴ Il n'est pas exclu, en effet, que le maître de l'ouvrage confie à l'architecte un mandat pour accomplir certains actes juridiques tels qu'assurer la réception des travaux ou effectuer des paiements (voy. not. P. WÉRY, « Le mandat », op. cit., p. 127, n° 60).

²³⁵ Voy. art. 4 de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, M.B., 25 mars 1939. Voy. également B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., 2016, pp. 829 et s., n° 334.

²³⁶ Voy. et comp. J.-L. FAGNART, « La faute de l'huissier de justice et la force majeure », op. cit., p. 1358, n° 19.

²³⁷ Cass. (1^{re} ch.), 7 février 2020, n° C.19.0308.F, R.D.C., 2020, p. 40 (somm.).

²³⁸ Voy. et comp. avec ce qui a été dit *supra*, n° 16 (en matière de sous-traitance imposée).

à l'exploitation de son entreprise, le surplus étant revendu à la société S.P.E. (fournisseur d'électricité). Recybois a également conclu un contrat de raccordement avec la société Interlux (gestionnaire du réseau de distribution), ce qui permet en période de surproduction d'électricité de revendre le surplus. Les sociétés Interlux et S.P.E. ont recours aux services de la société E.S.O. (demanderesse en cassation), laquelle dispose d'un monopole légal pour la gestion du réseau de transport d'électricité, en vue d'acheminer l'électricité du lieu de production ou d'importation vers les différents réseaux de distribution. En raison d'une erreur de manipulation d'un employé de la société E.S.O., les installations de la société Recybois ont été endommagées. Recybois veut dès lors engager la responsabilité extracontractuelle d'E.S.O. Cette dernière s'y oppose en excipant de la « quasi-immunité » qui est reconnue aux agents d'exécution²³⁹. Les juges du fond ont, en l'espèce, considéré que, « lorsqu'elle assure le transport de l'électricité – prestation effectivement indispensable pour permettre à Interlux et S.P.E. d'exécuter leurs obligations contractuelles à l'égard de [Recybois] –, la [demanderesse, à savoir E.S.O.] exécute la mission de service public qui lui a été confiée par la loi » et qu'« elle n'agit ni comme préposé ni comme sous-traitant des sociétés S.P.E. et Interlux et ne se substitue pas à ces dernières pour exécuter une obligation contractuelle qui leur incombe ».

La Cour de cassation a approuvé sur ce point l'arrêt attaqué et a décidé ce qui suit : « L'arrêt, qui considère ainsi qu'en assurant le transport de l'électricité, la demanderesse exécute, non une obligation contractuelle des sociétés S.P.E. et Interlux dont elle a été chargée par celles-ci, mais une mission qui lui a été confiée par la loi et dont elle a le monopole, décide légalement que la demanderesse ne peut être considérée comme un agent d'exécution de ces sociétés ».

Certes, il nous paraît délicat d'en déduire que le fait de disposer d'un monopole légal (pour exécuter une mission de service public) exclut *en soi et nécessairement* la qualité d'agent d'exécution. Néanmoins, on peut se demander si cette circonstance n'est pas, à tout le moins, pertinente (voire, dans certains cas, déterminante?) dans l'appréciation de la question de savoir si le tiers peut (ou non) être qualifié d'agent d'exécution en ce sens qu'il s'agit, pour reprendre les termes de la Haute juridiction, d'une « personne qu'un cocontractant s'est substitué[e] pour exécuter une obligation contractuelle ». En réalité, il nous semble difficile, *in casu*, de cerner la portée exacte de cette décision en raison de l'ambiguïté de ses motifs. On ne peut, en effet, déterminer avec certitude la raison pour laquelle la qualité d'agent d'exécution est exclue : est-ce parce que, en fait, le prétendu agent (E.S.O.) était

²³⁹ Voy. les références citées *supra*, n° 15.

chargé d'une mission qui ne constituait pas l'exécution même partielle des obligations du débiteur? Ou bien peut-on considérer que la prestation de la société E.S.O. faisait partie des obligations du débiteur, mais que la qualité d'agent d'exécution a été rejetée en raison du monopole de la demanderesse en cassation?

39. Synthèse. En somme, l'on retiendra que certains auteurs n'hésitent pas à franchir le Rubicon et à étendre la « jurisprudence d'exception » à d'autres mandataires que les huissiers de justice agissant dans le cadre de leur monopole légal, ce qui implique de relativiser le « filtre » retenu par la Cour de cassation, qui consiste dans les limites résultant, quant au choix du mandataire, des règles de compétence territoriale. On ne retrouve d'ailleurs, à notre connaissance, pas de trace d'un tel critère dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, de sorte que l'on peut s'interroger sur la pertinence de son maintien en droit belge.

Dès lors, il nous semble que d'autres mandataires (que les huissiers), en particulier les notaires, pourraient être visés par la « jurisprudence d'exception ». Le fait de disposer d'un statut de monopole ne constitue pas une condition suffisante ni nécessaire pour appliquer cette dernière. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un critère pertinent à prendre en considération. On peut, du reste, se demander si la détention d'un monopole n'a pas pour effet, dans certaines circonstances, d'ôter à un débiteur sa qualité d'agent d'exécution.

§ 2. Balises pour apprécier la portée et l'ampleur de la « jurisprudence d'exception »

40. Introduction. Si l'on admet, d'une part, que le « filtre » résultant des règles de compétence territoriale est sujet à caution (dans la mesure où l'on n'en décèle aucune trace dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) et que, d'autre part, le critère de la détention d'une situation de monopole, bien que pertinent, n'est pas nécessaire ni suffisant pour déclencher l'application de la « jurisprudence d'exception », on peut s'interroger sur les balises qui permettront d'apprécier si la faute d'un mandataire peut constituer une cause exonératoire pour le mandant. À cet égard, deux paramètres (supplémentaires) nous paraissent devoir entrer en ligne de compte : il s'agit de la notion de force majeure (A) et du principe de proportionnalité (B), lesquels permettront tantôt de contenir la portée de la « jurisprudence d'exception », tantôt de l'étendre à d'autres hypothèses que celles visées par la Cour de cassation, notamment dans ses arrêts du 9 novembre 2011 et 19 novembre 2019.

A. Notion de force majeure

41. Éléments constitutifs de la force majeure : une digue pour contenir la portée de la « jurisprudence d'exception ». Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 18 novembre 2019, l'avocat général J.-M. Genicot relève que le revirement jurisprudentiel inauguré par l'arrêt du 9 novembre 2011 est susceptible de s'appliquer à d'autres domaines où la loi impose des systèmes de représentation obligatoire et admet que la brèche ainsi ouverte par la Cour de cassation pourrait rebuter certains auteurs soucieux de faire prévaloir le principe de sécurité juridique sur celui de l'équité. Néanmoins, il incline à donner la prévalence à cette dernière et pense que « la notion de force majeure, et la rigueur avec laquelle ses éléments constitutifs doivent être compris, peut rencontrer, dans l'appréciation souveraine des juges du fond et sous le contrôle de cette notion légale par la Cour, les balises nécessaires et suffisantes à dresser la nouvelle configuration dans la lignée de celle qu'a initiée l'arrêt du 9 novembre 2011 »²⁴⁰.

Comme indiqué dans l'introduction, la force majeure requiert, d'une part, une impossibilité d'exécution et, d'autre part, la non-imputabilité au débiteur de cette inexécution²⁴¹, étant entendu que différents critères – imprévisibilité, inévitabilité, extériorité – peuvent aider à établir ces deux conditions.

Ainsi, il convient de vérifier si le mandant s'est comporté de manière prudente et diligente, en contrôlant si son mandataire a correctement accompli les actes de procédure pertinents. Il importe également d'examiner si le représenté aurait pu remédier (dans les temps) aux fautes commises par le représentant ou, en d'autres termes, s'il était impossible pour le représenté d'encore accomplir l'acte juridique en cause dans le respect de prescriptions légales²⁴².

À cet égard, dans un arrêt du 29 avril 2015²⁴³, la Cour de cassation n'a pas censuré les juges du fond qui avaient refusé de faire droit à la force majeure,

²⁴⁰ Av. gén. J.-M. GENICOT, concl. préc. Cass. (plén.), 18 novembre 2019, n° C.18.0510.F.

²⁴¹ Voy. *supra*, n° 2.

²⁴² Voy. également *supra*, n° 32 et notre commentaire de l'arrêt *Zubac*. Voy. également Cour eur. D.H., déc. *Kefala c. Grèce*, 5 juillet 2005 : la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la faute de l'huissier de justice n'a pas engendré *ipso facto* l'irrecevabilité de l'appel, de sorte que la requérante disposait encore d'une possibilité effective de contester valablement l'ordonnance litigieuse. En l'espèce, la Cour a reproché à la requérante de ne pas avoir fait « diligence pour déposer immédiatement son appel ne serait-ce que par précaution ». Par conséquent, dans la mesure où la requérante aurait pu remédier à la négligence de l'huissier, la Cour n'a pas jugé l'irrecevabilité du recours, décidée par les juridictions nationales, constitutive d'une entrave disproportionnée au droit d'accès à un tribunal. *Adde* : B. VANLERBERGHE, « Overmacht in het burgerlijk proces », *op. cit.*, p. 83, n° 25 ; Cass. (2^e ch.), 18 juin 1962, *Pas.*, 1962, p. 1172 (la Cour a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt qui avait décidé que les demandeurs en cassation « ne démontrent pas qu'ils se sont trouvés dans l'impossibilité de faire opposition dans le délai prévu par la loi ») ; Anvers, 22 mai 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 449.

²⁴³ Cass. (2^e ch.), 29 avril 2015, *Pas.*, 2015, p. 1073.

aux motifs que la circonstance invoquée n'était pas imprévisible ou inévitable. En l'espèce, l'huissier de justice, mandaté par un avocat de former opposition, avait signifié l'exploit d'opposition au procureur du Roi et non à l'auditeur du travail. Selon la Haute juridiction, même si l'acte accompli par l'huissier relevait de son monopole légal, les juges du fond ont légalement pu considérer que le demandeur en cassation « ne s'était pas trouvé dans une situation qu'il était impossible de prévoir ou de conjurer ». En effet, la décision rendue par défaut avait été signifiée à la requête de l'auditeur du travail, et le demandeur pouvait, à simple lecture, connaître l'identité de la partie poursuivante. La Cour d'appel avait par ailleurs relevé que le conseil du demandeur avait chargé l'huissier de former opposition sans préciser le destinataire de la signification du recours... Sans doute, la Cour de cassation a-t-elle estimé que le demandeur ou, à tout le moins, son avocat avait commis une faute en ne précisant pas à l'huissier l'identité de la partie – poursuivante – à l'encontre de laquelle l'opposition devait être formée.

42. Théorie de la force majeure : un outil permettant d'étendre la portée de la « jurisprudence d'exception » ? Comme on vient de le voir, la théorie de la force majeure et ses conditions d'application peuvent être perçues comme une digue permettant de « contenir » la portée de la « jurisprudence d'exception ». Néanmoins, ce rempart pourrait plus facilement céder si l'on apprécie les exigences de la cause exonératoire de manière raisonnable et humaine. À cet égard, selon F. Glansdorff²⁴⁴, lorsqu'un justiciable fait appel à un mandataire professionnel pour accomplir un acte dans un certain délai, il fait confiance à ce prestataire de services pour que celui-ci respecte le délai en question « et cela sans devoir (ni pouvoir) s'immiscer dans l'organisation ou l'emploi du temps du professionnel consulté. Cette relation de confiance est fondamentale. Elle fait que, dans la réalité des choses, la procédure échappe au contrôle du particulier ». Par conséquent, dès lors que le mandant peut légitimement faire confiance à son mandataire et qu'il n'est pas en mesure de contrôler l'accomplissement de la mission de ce dernier, l'auteur se demande si ces éléments ne sont pas constitutifs d'une « impossibilité morale », laquelle pourrait donner lieu à l'application de la force majeure²⁴⁵.

²⁴⁴ F. GLANSDORFF, « Le dépassement de délai par le mandataire constitue-t-il un cas de force majeure pour le mandant ? », *op. cit.*, pp. 219-220, n° 7.

²⁴⁵ Sur l'impossibilité morale, voy. W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Anvers, Kluwer, 1987, p. 614 : « *Morele onmogelijkheid kan bepaald worden als de onmogelijkheid die voortspuit uit de psychologische of morele beperkingen van de debiteur. Als voorbeeld geeft men dikwijls de vrees voor het leven, de gezondheid of de vrijheid* » (nous soulignons) ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid », *op. cit.*, p. 235, n° 19. Nous relevons toutefois que certains cas tirés de la jurisprudence et placés sous la bannière de l'impossibilité morale ne correspondent pas aux illustrations traditionnellement citées en doctrine : l'honneur, la santé, la liberté ou encore la vie du débiteur ne sont pas véritablement en jeu ; l'empêchement n'a de moral que le

Par ailleurs, il est permis de se demander si la force majeure ne devrait pas être retenue lorsque, à l'aune des circonstances concrètes de l'espèce et du principe d'exécution de bonne foi, il paraît déraisonnable d'imputer au mandant la faute du mandataire, dans la mesure où le représenté était dans l'impossibilité d'éviter l'inexécution du représentant ou de remédier à celle-ci²⁴⁶. Il ne s'agit pas d'admettre – sans nuance (et de manière générale) – que le mandant peut se prévaloir de la force majeure dès lors qu'il est exempt de tout reproche. Une telle position paraît, en effet, incompatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité contractuelle pour autrui (en ce compris celle relative à la responsabilité du mandant pour faute commise par un mandataire)²⁴⁷. Dès lors, pour appliquer la « jurisprudence d'exception », il conviendrait de relever des circonstances particulières supplémentaires – le fait que l'auxiliaire dispose d'un statut de monopole, qu'il exerce des prérogatives de puissance publique, etc.²⁴⁸ – à telle enseigne que l'imputation au débiteur principal de la faute commise par l'agent d'exécution ne paraîtrait plus justifiée (et pour autant, bien entendu, que le mandant ait été dans l'impossibilité de pallier l'inexécution du mandataire).

La situation ayant donné lieu à l'arrêt (précité) de la Cour de cassation du 11 avril 2019²⁴⁹ pourrait illustrer notre propos. Contrairement à ce qu'a décidé la Haute juridiction, nous aurions été personnellement enclin à admettre la force majeure (dans le chef du mandant) à l'égard de l'acte accompli hors délai, en l'occurrence une remise au greffe, qui ne rentrait pourtant pas dans le monopole légal de l'huissier. En effet, il nous paraît déraisonnable *in casu* d'imputer au mandant la faute du mandataire, dans la mesure où, d'une part, l'acte fautif en question était la conséquence d'une signification *in extremis* qui, elle, relevait bien du monopole de l'officier ministériel et, d'autre part, il aurait été impossible pour le justiciable de remédier, dans les temps, à l'inexécution fautive de son mandataire. Ainsi, on constate que la notion de force majeure permettrait, si l'on suivait notre raisonnement, d'élargir la

nom. Voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 14 mai 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 255 : la Cour de cassation n'a pas censuré la juridiction de fond qui avait considéré que la veuve G. – défenderesse en cassation – « femme jeune encore et inexpérimentée, s'est trouvée dans des circonstances particulièrement douloureuses et tragiques, constituant une impossibilité morale d'agir avec plus de célérité et de précision, impossibilité morale équivalant à un cas de force majeure » (il était reproché, en l'espèce, à la défenderesse de ne pas avoir informé la compagnie d'assurances du décès de son mari, dans un délai de vingt-quatre heures) ; Civ. Malines, 27 novembre 1990, *R.G.D.C.*, 1991, p. 653 (la juridiction a admis la force majeure dans le chef d'un artiste qui, dans le désarroi après l'annonce du décès de son producteur et ami dans un accident, estimait être confronté à un cas de force majeure l'empêchant de se produire sur scène).

²⁴⁶ Voy. et comp. avec nos développements *supra*, n° 21, en matière de sous-traitance imposée.

²⁴⁷ Voy. *supra*, n° 1 ainsi que nos 22 et s.

²⁴⁸ Voy. *supra*, nos 33 et s. (à propos des critères qui permettent d'imputer les fautes commises à l'État). Il en résulte que le fait de disposer d'une situation de monopole ne serait plus le seul critère pertinent pour appliquer la « jurisprudence d'exception ».

²⁴⁹ Voy. *supra*, n° 28 et l'opinion de P. DEPUYDT à laquelle nous souscrivons.

« jurisprudence d'exception » à d'autres hypothèses que celles évoquées précédemment (huissiers agissant dans le cadre de leur monopole légal, notaires²⁵⁰), par exemple, à la faute d'un huissier commise en dehors de son monopole légal (mais étroitement liée à ce dernier).

En somme, les critères d'imputabilité issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourraient ainsi enrichir la notion de force majeure (du moins en ce qui concerne l'exigence de non-imputabilité) et permettre, pour autant que la condition d'impossibilité d'exécution – interprétée souplesment – soit également remplie, d'étendre la « jurisprudence d'exception » à d'autres hypothèses que celles déjà évoquées précédemment. Il importe, cependant, d'affiner l'analyse à la lumière d'un autre paramètre, en l'occurrence, le principe de proportionnalité. Dans la mesure où ce dernier implique la prise en considération de toutes les circonstances de la cause (et pas uniquement des critères d'imputabilité évoqués *supra*), il est susceptible de contribuer tantôt à étendre (encore davantage) la portée de la solution d'exception, tantôt à la restreindre.

B. Principe de proportionnalité

43. Principe de proportionnalité : un outil pour étendre la portée de la « jurisprudence d'exception ». Une partie de la doctrine et de la jurisprudence souligne que l'irrecevabilité du recours formé en dehors du délai prévu par la loi est une sanction qui poursuit un but légitime et qui est raisonnablement proportionnée à l'objectif de sécurité juridique visé²⁵¹. Toutefois, à l'instar de l'avocat général J.-M. Genicot, dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 18 novembre 2019, on peut se demander si « les conditions dans lesquelles une telle irrecevabilité est retenue lorsqu'elle résulte de circonstances dont le système de monopole mis en place empêche précisément le justiciable d'en avoir la maîtrise rencontrent [...] encore une suffisante légitimité »²⁵².

²⁵⁰ Voy. nos développements *supra*, nos 37 et 39.

²⁵¹ J.-L. FAGNART, « La faute de l'huissier de justice et la force majeure », *op. cit.*, p. 1359, n° 20. Voy. également Cass. fr. (2^e ch. civ.), 12 juillet 2001, *Bull.*, 2001, II, p. 94, n° 140 : « les délais de procédure impartis par la loi à peine d'irrecevabilité, de forclusion, de déchéance ou de caducité sont nécessaires au bon déroulement des procédures et contribuent au procès équitable, dès lors qu'ils assurent la sécurité juridique, le respect des droits de la défense et du principe de la contradiction et du délai raisonnable ; que les défaillances des auxiliaires de justice chargés de délivrer les actes, si elles justifient des actions en responsabilité, ne peuvent atteindre l'efficacité des sanctions attachées à la méconnaissance de ces délais ».

²⁵² Av. gén. J.-M. GENICOT, concl. préc. Cass. (plén.), 18 novembre 2019, n° C.18.0510.F. Le représentant du ministère public se demande si l'équité pourrait être éternée par l'absence de responsabilité d'un huissier dans un système qui accrédirait la cause étrangère exonératoire (voy. pour un plaidoyer en ce sens : J.-L. FAGNART, « La faute de l'huissier de justice et la force majeure », *op. cit.*, p. 1359, n° 21). L'avocat général J.-M. GENICOT écrit ensuite ce qui suit : « Mais on ne peut cependant perdre de vue qu'un tel manquement porte atteinte non seulement à la confiance que l'huissier est censé inspirer au justiciable, mais aussi à la crédibilité de

Ainsi, l'entrave au droit d'accès au tribunal, au nom du principe de sécurité juridique, pourrait s'avérer injustifiée lorsque le justiciable, qui fait confiance aux intervenants professionnels auxquels il est légalement tenu de recourir, doit supporter les conséquences des négligences commises par ces derniers²⁵³. En ce sens, l'imputabilité au mandant des fautes du mandataire repose sur le libre choix du représentant et le lien de confiance qui se noue entre celui-ci et le représenté²⁵⁴. Dès lors, les conditions d'intervention du mandataire – situation de monopole, limitation du choix, diligence et compétence qui peuvent légitimement être attendues compte tenu de la nature de la profession²⁵⁵ – constituent autant d'éléments à prendre en considération pour apprécier le caractère raisonnable de la sanction.

Pour déterminer la proportionnalité de la sanction, il convient de tenir compte non seulement, comme on l'a vu, des conditions d'intervention du mandataire, mais, en outre, des conséquences qu'entraînerait tantôt le rejet de la cause exonératoire, en particulier pour le mandant, tantôt l'accueil de celle-ci, en particulier pour l'autre partie à la procédure.

Par conséquent, il importe de mettre en balance le préjudice subi par le représenté en cas d'irrecevabilité de son recours (étant entendu que le dommage peut être considérable, surtout en matière pénale, compte tenu de

la profession elle-même qui, soucieuse du respect de son monopole et de son autorité, peut aussi réagir contre tout excès d'une manière déontologique appropriée ». En réalité, nous ne sommes pas convaincu par l'argument de J.-L. FAGNART (« La faute de l'huissier de justice et la force majeure », *op. cit.*, p. 1359, n° 21) selon lequel l'accueil de la force majeure entraînerait une perturbation des cours et tribunaux et conférerait à l'huissier une immunité dont aucun autre professionnel ne bénéficie. En effet, d'une part, il nous semble que l'admission de la force majeure (qui se traduit généralement par la recevabilité de l'acte de procédure introduit) constitue une réparation – en nature – idoine de l'éventuelle faute commise par l'huissier (cette « compensation » – non pécuniaire – nous paraît d'ailleurs bien plus adéquate que celle qui pourrait résulter d'une action en responsabilité professionnelle contre ce dernier ; voy. également *infra*, dans ce numéro). D'autre part, comme l'indique E. Leroy, « l'équité n'est pas à jager dans le chef de l'huissier (par rapport à d'autres professionnels), mais bien dans celui du justiciable » (E. LEROY, « Droit d'accès au juge dénié en raison d'une faute de l'huissier : cause exonératoire ou pas ? », *op. cit.*, p. 113, n° 5).

²⁵³ P. DHAeyer, « La force majeure en droit pénal », *op. cit.*, p. 231 : « il paraît logique de considérer que le justiciable puisse faire confiance aveuglément aux officiers ministériels que la loi a institués, sans que ce justiciable n'ait à souffrir des erreurs que ces personnes hautement qualifiées puissent commettre ». Voy. également G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence (1993-2005). Droit judiciaire privé – Les voies de recours », *R.C.J.B.*, 2006, p. 95, n° 15. Voy. également F. GLANSDORFF, « Le dépassement de délai par le mandataire constitue-t-il un cas de force majeure pour le mandant ? », *op. cit.*, pp. 219-220, n° 7 (cf. *supra*, n° 42, à propos de la « relation de confiance » et de l'impossibilité morale constitutive de force majeure).

²⁵⁴ Voy. av. gén. J.-M. GENICOT, concl. préc. Cass. (plén.), 18 novembre 2019, n° C.18.0510.F : « Mais c'est donc dans le libre choix de son mandataire que le mandant peut s'enquérir et s'assurer de la confiance nécessaire à la bonne fin de la mission qu'il délègue ». Un peu plus loin, il ajoute : « Ne serait-il pas contradictoire de faire supporter au mandant les fautes d'un mandataire que la loi lui impose alors que précisément c'est dans la liberté de choisir son mandataire et dans le lien de confiance qui peut ainsi se nouer entre eux – et crédibiliser aux yeux des tiers le mécanisme de représentation – que l'on peut raisonnablement admettre que "le fait du mandataire est le fait du mandant" ? ».

²⁵⁵ Cf. *supra*, n° 23 et n° 37.

l'irréversibilité des sanctions qui y sont attachées) avec les moyens de recours dont dispose le mandant par suite de la faute commise par son mandataire (on songe, à cet égard, à la possible mise en cause de la responsabilité professionnelle de ce dernier)²⁵⁶.

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 19 octobre 2016²⁵⁷ nous en offre une illustration topique. En l'espèce, un avocat avait interjeté tardivement appel contre le jugement portant condamnation pénale de son client. La Cour a admis la force majeure, en raison de la faute de l'avocat, bien que l'intervention de ce dernier ne fût pas obligatoire. Il convient, en effet, selon la juridiction, d'avoir égard à la spécificité de la matière pénale au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, pour garantir le droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 de ladite Convention, il faut veiller à ce que la privation de liberté (laquelle est soumise aux conditions strictement énumérées à l'article 5 de l'instrument européen) puisse être contestée par un prévenu sans que ce dernier soit pénalisé dans son droit de recevoir l'assistance d'un défenseur de son choix (*cf.* art. 6, § 3, c), de la Convention). En outre, la Cour a relevé qu'en matière répressive, les conséquences d'un appel tardif sont irréversibles et non susceptibles d'être réparées par une action en indemnisation²⁵⁸. L'appel tardif a dès lors, *in casu*, été jugé recevable, sous peine, a précisé l'arrêt, « de porter atteinte à la substance même du droit de la prévenue d'accéder au juge d'appel et, en tout état de cause, de le limiter de façon disproportionnée par rapport à l'objectif légitime poursuivi par l'article 203 du Code d'instruction criminelle ». La Cour a ainsi fait droit à la force majeure dans l'hypothèse d'une faute d'un avocat mandataire, lequel ne dispose pourtant pas d'une situation de monopole.

²⁵⁶ Bruxelles, 22 mars 2004, n° 183B2003, www.juportal.be (somm.) : après avoir relevé que l'huissier de justice est, en l'espèce, un mandataire imposé, l'arrêt considère qu'il convient de prendre en considération « l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les règles imposées en matière de recours et le but qu'elles visent ». La Cour observe également « qu'en l'espèce, les conséquences du manquement de l'huissier sont très malaisément réparables dès lors qu'il prive le prévenu d'une possibilité de faire, le cas échéant, reconnaître son innocence ou de faire valoir une cause de justification en sa faveur, et, ainsi, d'échapper à une peine d'emprisonnement ou, à tout le moins, d'obtenir une réduction d'une telle peine ». La Cour reconnaît indirectement qu'une compensation financière (p. ex., à la suite de la mise en cause de la responsabilité contractuelle de l'huissier) ne pourrait pas réparer le préjudice que subirait le prévenu s'il perdait une chance de faire valoir son innocence. Voy. également le moyen exposé dans le pourvoi en cassation, qui a donné lieu à l'arrêt précité du 27 avril 2010 (Cass. (2^e ch.), 27 avril 2010, *Pas.*, 2010, p. 1286, *R.W.*, 2010-2011, p. 1475, note B. DE SMET) : « les juges d'appel [...] n'ont nullement mis en balance le préjudice subi par la partie opposante, à savoir l'irrecevabilité de son opposition, et l'éventualité d'un dédommagement par le biais de la responsabilité professionnelle de l'huissier ». La Haute juridiction n'a toutefois pas cassé la décision attaquée. Voy. également av. gén. D. VANDERMEERSCH, concl. préc. Cass. (2^e ch.), 9 novembre 2011, *J.T.*, 2011, p. 773.

²⁵⁷ Bruxelles (11^e ch.), 19 octobre 2016, *J.T.*, 2016, p. 727 et note F. GLANSDORFF.

²⁵⁸ Voy. également en ce sens : P. DHAeyer, « La force majeure en droit pénal », *op. cit.*, 2013, p. 231 et la référence à P. VANWALLEGHEM, « Laattijdige betekening verzet door gerechtsdeurwaarder nu toch overmacht », *Juristenkrant*, 11 janvier 2012, p. 7.

Il apparaît, en somme²⁵⁹, qu'une ouverture de « la jurisprudence d'exception » à d'autres professions que celles qui jouissent d'un monopole est envisageable, du moins selon une partie de la doctrine et de la jurisprudence²⁶⁰, si l'on tient compte des conséquences irréversibles – en matière pénale – occasionnées par l'irrecevabilité du recours²⁶¹.

À notre estime, le droit d'accès à un juge, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁶², avec le test de proportionnalité qu'il implique, constituerait un fondement juridique plus pertinent²⁶³ de la « jurisprudence d'exception » que les deux critères retenus par la Cour de cassation, à savoir la détention d'un monopole, d'une part, et la limitation du libre choix, laquelle résulte des règles de compétence territoriale, d'autre part.

44. Principe de proportionnalité : un outil pour restreindre la portée de la « jurisprudence d'exception ». Enfin, dans la mise en œuvre du « test de proportionnalité », il convient, le cas échéant, d'être attentif aux intérêts de l'autre partie à la procédure, laquelle pourrait être préjudiciée si un recours – irrégulier – était déclaré recevable pour cause de force majeure.

²⁵⁹ Et sans préjudice des développements exposés ci-dessus (voy. n° 42).

²⁶⁰ Voy. également X, note sous Bruxelles (17^e ch.), 27 février 2006, *J.T.*, 2006, p. 197 (à propos de la faute d'un avocat).

²⁶¹ Voy. également av. gén. D. VANDERMEERSCH, concl. préc. Cass. (2^e ch.), 8 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 920 : « La Cour de cassation considère en règle que les fautes ou négligences du mandataire ne peuvent constituer en soi pour le mandant une cause étrangère, un cas fortuit ou un cas de force majeure [...]. Cette jurisprudence me paraît particulièrement sévère à l'égard du prévenu de bonne foi alors que, il ne faut pas l'oublier, nous nous trouvons en matière répressive avec toutes les conséquences irréversibles que peut entraîner pour le prévenu l'irrecevabilité de son opposition ou de son appel tardif. Il me semble que, dans cette hypothèse, le cas de force majeure doit être admis lorsque l'erreur ou la négligence du mandataire, nullement imputable au mandant, est excusable ou, à tout le moins, s'explique par les circonstances de fait objectives de la cause » (nous soulignons). Le cas examiné par la Cour, dans cet arrêt du 8 avril 2009, concernait un avocat qui s'attendait à être averti du contenu d'une décision judiciaire par un appel téléphonique du greffe et qui, ne recevant pas cet appel, n'a effectué aucune démarche afin de s'informer du prononcé. Selon l'avocat général, après avoir constaté que le prononcé du jugement avait fait l'objet de plusieurs remises, et en n'excluant pas que le greffe aurait omis d'avertir le cabinet du conseil des demandeurs de la date à laquelle ce jugement serait prononcé, comme il s'y serait engagé, les juges d'appel n'ont pu légalement exclure l'existence d'un cas de force majeure. La Cour n'a toutefois pas suivi l'avis du ministère public. Elle n'a ainsi pas censuré la décision attaquée qui avait relevé que les reports successifs du prononcé n'empêchaient pas la réitération de la demande de renseignements et que la passivité de la secrétaire n'a pu abolir le devoir de vigilance de l'avocat.

²⁶² Comme indiqué ci-dessus (voy. *supra*, n° 37), on se demande si, pour les hypothèses qui ne sont pas couvertes par l'article 6 de la Convention (p. ex., une faute imputable à un notaire en dehors de tout cadre judiciaire), l'article 1^{er} du Protocole additionnel ne constituerait pas la base juridique idoine de la « solution d'exception ».

²⁶³ Et sans doute plus respectueux de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Voy. et rapp. l'analyse de l'av. gén. D. VANDERMEERSCH, concl. préc. Cass. (2^e ch.), 8 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 920 (cf. note précédente) avec la formulation de l'arrêt *Zubac* (cf. *supra*, n° 32) : « En particulier, une restriction à l'accès à un tribunal est disproportionnée quand l'irrecevabilité d'un recours résulte de l'imputation au requérant d'une faute dont celui-ci n'est objectivement pas responsable » (nous soulignons). Voy. également en ce sens : S. DE REY et B. TILLEMANS, « De fout van de gerechtsdeurwaarder als overmacht om aan de onontvankelijkheid van een rechtsmiddel te ontsnappen: zet lastgeving nog steeds de toon? », *op. cit.*, p. 502, n° 12.

Certes, en cas de dépassement de délai, le dommage subi par l'éventuel adversaire apparaît somme toute limité²⁶⁴. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue que l'hypothèse d'une intervention tardive n'épuise pas la gamme des fautes possibles. Il se pourrait, par exemple, qu'un acte soit signifié à la mauvaise personne, de sorte que la partie adverse n'a pas été régulièrement appelée à la procédure. Admettre, en ce cas, la force majeure et considérer, partant, que l'acte fautif a été régulièrement accompli pourraient préjudicier gravement aux intérêts de cette autre partie (en l'occurrence, le « défendeur »). Ainsi, le principe de proportionnalité pourrait conduire au rejet de la force majeure (alors même que celle-ci est théoriquement possible), compte tenu de l'atteinte déraisonnable aux droits du défendeur qu'occasionnerait la recevabilité du recours, par application de la cause exonératoire alléguée²⁶⁵. Un arrêt de la Cour de cassation du 2 octobre 2014²⁶⁶ nous paraît s'inscrire dans cette optique. En l'espèce, une irrégularité, qui avait été commise dans la signification de la requête en cassation (celle-ci ayant été adressée erronément au procureur du Roi), ne permettait pas à la Cour de vérifier si le délai de quinze jours (visé à l'article 1079 du Code judiciaire) avait été respecté²⁶⁷. La Cour a ainsi décidé que, même si elle était imputable à l'huissier de justice du demandeur en cassation et qu'elle était constitutive, pour ce dernier, d'un cas de force majeure, « l'irrégularité de la signification ne pourrait avoir pour conséquence d'admettre que la formalité prescrite par l'article 1079 du Code judiciaire a été accomplie et que le délai de cet article a été respecté ». Ainsi, selon notre piste de lecture, la Haute juridiction aurait procédé à une « balance des intérêts » et aurait veillé à ce que le défendeur ne pâtisse pas de la faute commise par l'huissier du demandeur.

²⁶⁴ Voy. et comp. avec Y. STRICKLER, « De l'effectivité de l'accès au juge : la jurisprudence *Platakou contre Grèce* à la lumière d'un arrêt de la Cour de révision de Monaco », *J.C.P. G.*, 2015/6, pp. 250 et s., spéc. p. 252 : l'auteur estime que le « droit au juge » de l'un doit se concilier avec le « droit à la quiétude judiciaire » de l'autre. L'adversaire de la victime de la faute de l'auxiliaire de justice a, en effet, pu légitimement croire que la procédure était terminée compte tenu de l'expiration du délai de recours.

²⁶⁵ Voy. et comp. avec F. GLANSDORFF, « Le dépassement de délai par le mandataire constitue-t-il un cas de force majeure pour le mandant ? », *op. cit.*, p. 220, qui propose une autre balise à l'application de la « jurisprudence d'exception » : cette dernière « ne saurait faire fi de l'acquisition par un tiers d'un droit qui pourrait être jugé préférable aux intérêts du mandant ». Ainsi, la force majeure, en cas de dépassement du délai par le mandataire, ne saurait être admise lorsqu'un tiers a acquis un droit du fait de ce dépassement (comp. avec la ratification qui ne peut porter atteinte aux droits acquis des tiers).

²⁶⁶ Cass. (1^{re} ch.), 2 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2045.

²⁶⁷ Il est admis que la force majeure (survenue en fin de délai) n'entraîne une prolongation de ce dernier qu'à concurrence du temps durant lequel le justiciable s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir (voy. et comp. X. TATON et G. ELOY, « La force majeure en droit de la procédure : un moyen au secours des justiciables forclos ? », *op. cit.*, pp. 156 et s. ; I. CLAEYS, « Overzicht van rechtspraak. Bevrijdende verjaring (1992-2017) », *T.P.R.*, 2018, p. 645 ; *add.* : Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2019, n° C.18.0048.N ; Cass. (plén.), 18 novembre 2019, n° C.18.0510.F). Il semble que, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt précité de la Cour de cassation du 2 octobre 2014, il n'était guère possible, compte tenu de la nature de l'irrégularité, de déterminer la période d'empêchement et, par conséquent, de vérifier si le délai prescrit a été respecté.

Section 4

Conclusion

45. Conclusion (sur le mandat imposé). En guise de conclusion de cet important chapitre, nous nous permettons de rappeler les principaux enseignements qui se dégagent des développements qui précèdent.

Par dérogation aux règles relatives au mandat, la Cour de cassation, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, admet que la faute d'un huissier de justice, qui agit dans le cadre de son monopole légal, peut constituer un cas de force majeure dans le chef du mandant qui y fait appel. La Haute juridiction semble, à l'heure actuelle, ne réserver cette solution d'exception qu'aux huissiers de justice dès lors que le choix de l'un de ces officiers ministériels est limité par les règles de compétence territoriale²⁶⁸. Cette exigence – ou plutôt ce filtre – semble imposé(e) par la Cour de cassation pour contenir la portée de cette jurisprudence. En effet, on ne trouve, à notre connaissance, pas de trace d'un tel critère dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme²⁶⁹.

L'analyse de la jurisprudence de la juridiction supranationale a mis en exergue une série de facteurs permettant de rattacher certains organismes privés à l'État et de considérer, partant, que ce dernier est responsable des erreurs ou fautes imputables aux premiers : l'exercice de prérogatives de puissance publique, la gestion d'un service public sous le contrôle des autorités ou, encore, la détention d'une situation de monopole. Dès lors, le fait de disposer d'un statut de monopole ne semble pas constituer un critère nécessaire (ou, du moins, n'est pas le seul pertinent) pour admettre une telle imputation²⁷⁰.

À la lumière de ces éléments, il nous semble que d'autres professions que les huissiers pourraient être concernées par la solution dégagée par les arrêts des 9 novembre 2011 et 18 novembre 2019. À notre sens, la situation des notaires est, à certains égards, comparable à celle des huissiers de justice, de sorte que la solution réservée à ces derniers pourrait être étendue aux premiers²⁷¹.

Deux autres balises doivent également être prises en compte afin d'apprécier si la faute d'un mandataire peut constituer une cause exonératoire pour le mandant.

Tout d'abord, il s'agit de la notion même de force majeure et des conditions qui lui sont inhérentes : celles-ci supposent que le représenté soit exempt de tout reproche en ce sens qu'il a contrôlé si le mandataire exerçait

²⁶⁸ Voy. *supra*, nos 22-30.

²⁶⁹ Voy. *supra*, nos 31 et s.

²⁷⁰ Voy. *supra*, nos 33-34.

²⁷¹ Voy. *supra*, n° 37.

correctement sa mission et qu'il a mis en œuvre la diligence requise pour corriger, le cas échéant, les fautes commises. À cet égard, on peut se demander si la notion de force majeure, telle qu'enrichie par les critères d'imputabilité issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, pourrait permettre, pour autant que la condition d'impossibilité d'exécution – interprétée souplement²⁷² – soit également remplie, d'étendre la « jurisprudence d'exception » à d'autres hypothèses que l'huissier agissant dans le cadre de son monopole légal. Ainsi, la force majeure pourrait être retenue lorsque, à l'aune des circonstances concrètes de l'espèce et du principe d'exécution de bonne foi, il paraît déraisonnable d'imputer au mandant la faute du mandataire, dans la mesure où le représenté était dans l'impossibilité d'éviter l'inexécution du représentant ou de remédier à celle-ci²⁷³.

Ensuite, le principe de proportionnalité représente un outil supplémentaire pour ajuster la portée de la « jurisprudence d'exception », tantôt en la restreignant, tantôt en l'étendant²⁷⁴.

Ainsi, il agira, d'une part, comme une limitation en ce sens que, pour tenir compte des intérêts légitimes de la partie adverse, certaines circonstances, bien que constitutives en théorie de force majeure, ne déploieront pourtant pas les effets de celle-ci (ce qui signifie concrètement – dans les exemples évoqués ci-dessus – que le recours introduit par le justiciable sera déclaré irrecevable).

D'autre part, il n'est pas exclu que, compte tenu des conséquences irréversibles qu'occasionnerait le rejet de la cause exonératoire, le test de proportionnalité invite à élargir la « jurisprudence d'exception » à d'autres mandataires (tels les avocats) qui ne sont *a priori* pas concernés par cette dernière (étant donné que leur intervention n'est pas obligatoire). En effet, dans certains cas, l'irrecevabilité du recours serait considérée comme une atteinte à la substance même du droit d'accès à un tribunal, c'est-à-dire comme une limitation disproportionnée de ce dernier.

En tout état de cause, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (en particulier l'article 6, qui garantit le droit d'accès à un tribunal, mais aussi, le cas échéant, l'article 1^{er} du Protocole additionnel relatif au droit de propriété), avec le test de proportionnalité qu'elles impliquent, nous paraissent constituer des fondements juridiques plus pertinents de la jurisprudence d'exception que les deux critères retenus par la Cour de cassation, à savoir la détention d'un monopole, d'une part, et la limitation du libre choix, qui résulte des règles de compétence territoriale, d'autre part.

²⁷² Compte tenu de la confiance que le justiciable peut raisonnablement placer dans un mandataire professionnel, on pourrait estimer que le mandant se trouve dans l'impossibilité morale de contrôler les agissements du prestataire de services.

²⁷³ Voy. *supra*, n° 42.

²⁷⁴ Voy. *supra*, n°s 43-44.