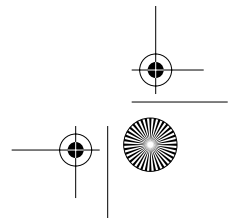
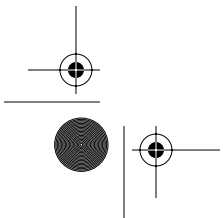
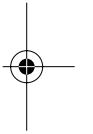
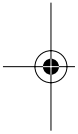
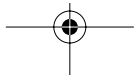
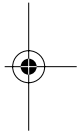
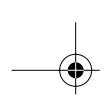
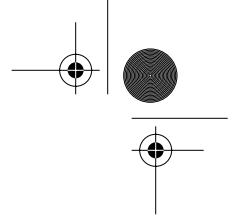


## DROIT DE LA CONSTRUCTION





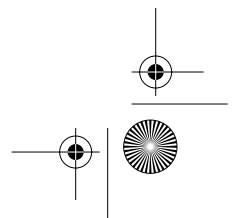
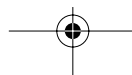
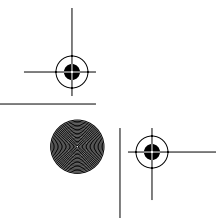


Commission Université-Palais  
Université de Liège

# DROIT DE LA CONSTRUCTION

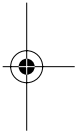
Sous la coordination de  
Benoît Kohl  
professeur à l'U.Lg.  
professeur invité à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)  
avocat

L'ouvrage contient des contributions de  
Alexandre Cruquenaire  
Anne Demoulin  
Ann-Lawrence Durviaux  
Laurent-Olivier Henrotte  
Benoît Kohl  
Jean-Pierre Renard





Découvrez toutes nos publications  
sur **[www.anthemis.be](http://www.anthemis.be)**

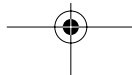


© 2010, Anthemis s.a., Liège  
Tél. 32 (0)10 42 02 90 - [info@anthemis.be](mailto:info@anthemis.be) - [www.anthemis.be](http://www.anthemis.be)

Toutes reproductions ou adaptations totales ou partielles de ce livre,  
par quelque procédé que ce soit et notamment par photocopie, réservées pour tous pays.

Dépôt légal D/2011/10.622/5  
ISBN : 978-2-87455-311-0

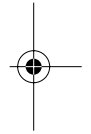
Mise en page : Frame scrl  
Impression : Snel  
Imprimé en Belgique

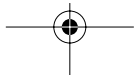
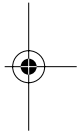
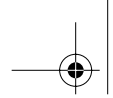


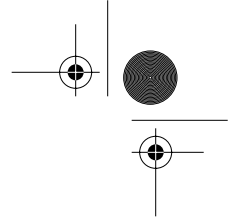


# Sommaire

<b>1</b>	
<b>L'instruction des litiges de la construction.....</b>	<b>7</b>
Anne DEMOULIN <i>juge au tribunal de 1<sup>re</sup> instance de Liège, maître de conférence à l'U.Lg.</i>	
<b>2</b>	
<b>Actualités en droit des marchés publics : état de la transposition .....</b>	<b>33</b>
Ann Lawrence DURVIAUX <i>professeur à l'U.Lg., avocate</i>	
<b>3</b>	
<b>L'immobilier et la consommation : deux mondes à part ? .....</b>	<b>81</b>
Jean Pierre RENARD <i>avocat, juge suppléant au tribunal de commerce de Nivelles</i> Ariane JORIS <i>avocat</i>	
<b>4</b>	
<b>L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées.....</b>	<b>121</b>
Laurent-Olivier HENROTTE <i>avocat, assistant à l'U.Lg.</i> Alexandre CRUQUENAIRE <i>avocat, maître de conférences aux F.U.N.D.P. et chargé de cours invité à l'U.C.L.</i>	
<b>5</b>	
<b>Le contrat d'entreprise. Jurisprudence récente des cours suprêmes .....</b>	<b>161</b>
Benoît KOHL <i>professeur à l'U.Lg., professeur invité à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas), avocat</i>	



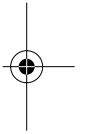
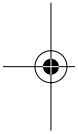




# 1

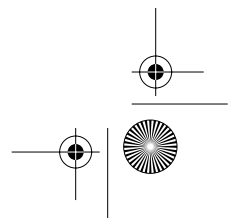
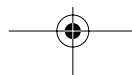
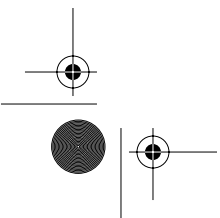
## L'instruction des litiges de la construction

Anne DEMOULIN  
*juge au tribunal de 1<sup>re</sup> instance de Liège*  
*maître de conférence à l'U.Lg.*



### SOMMAIRE

Introduction	8
SECTION 1	
Les mesures alternatives à l'expertise	9
SECTION 2	
L'expertise	18
Conclusion	31



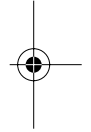


## Introduction

Un litige en matière de construction peut rarement être tranché sans le recours à une mesure d’instruction car il comporte des aspects techniques qui ne relèvent pas de la compétence du juge.

En 1996, Monsieur le Conseiller Albert Fettweis a rédigé pour la CUP un article s’intitulant « L’instruction des litiges de la construction »<sup>1</sup>. Il y insistait sur le caractère subsidiaire de l’expertise et proposait des moyens d’éviter celle-ci et de la dynamiser, notamment par une implication accrue du juge. Quinze ans plus tard, on constate que les solutions qu’il préconisait ont reçu écho dans la loi du 15 mai 2007<sup>2</sup>, modifiée par la loi du 30 décembre 2009<sup>3</sup>. Cette loi souligne en effet le caractère subsidiaire de l’expertise et renforce et précise le rôle du juge à divers égards : rédaction de la mission, fixation des provisions, contrôle du déroulement de l’expertise et des délais.

Dans le présent article, nous aborderons, à la lumière des nouvelles dispositions législatives, les mesures alternatives à l’expertise, la gestion de celle-ci par le juge et certains aspects de la procédure auxquels il convient d’être attentif en droit de la construction. Nous privilégierons une approche pratique de la matière. En effet, depuis la promulgation de la loi du 15 mai 2007, de nombreux auteurs ont développé de manière très complète les aspects théoriques de la législation, notamment dans le cadre de la formation permanente CUP<sup>4</sup>.



1. A.-L. FETTWEIS, « L’instruction des litiges de la construction », in *Droit de la construction*, Formation permanente CUP, novembre 1996, vol. XXII, pp. 205 et s. ; voir également, A.-L. FETTWEIS, « Comment éviter que le coût d’une expertise judiciaire ne ruine le procès ? », in *Le coût de la justice*, A.S.B.L. Éd. Jeune barreau de Liège, 1998, pp. 149 et s.
2. Loi du 15 mai 2007 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l’expertise et rétablissant l’article 509<sup>quater</sup> du Code pénal, *M.B.* du 22 août 2007, p. 43.898.
3. Loi portant des dispositions diverses en matière de justice du 30 décembre 2009, *M.B.* du 15 janvier 2010, p. 1893.
4. Voyez O. MIGNOLET, « L’expertise et la vérité dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Formation permanente CUP, Liège, Anthemis, mai 2011, vol. 126, pp. 56 et s. ; D. MOUGENOT, « Le nouveau droit de l’expertise », in *Le droit judiciaire en mutation*, Formation permanente CUP, vol. 95, Liège, Anthemis, septembre 2007, pp. 70 et s.





## SECTION 1

**Les mesures alternatives à l'expertise****1****A. Le caractère subsidiaire de l'expertise**

L'article 875*bis* du Code judiciaire énonce que le juge limite le choix de la mesure d'instruction à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse. Il s'agit là d'une application du principe d'économie de la procédure<sup>5</sup>, en vertu de laquelle le juge doit veiller à l'adéquation de la mesure d'instruction par rapport à l'enjeu financier et technique du litige. Il convient, pour cela, que les avocats déposent à l'audience un dossier de pièces<sup>6</sup> permettant au juge d'apprécier la nécessité du recours à une mesure d'instruction<sup>7</sup>, et, si elle s'impose, de choisir en connaissance de cause la mesure d'instruction la plus appropriée.

Les conseils peuvent déposer un rapport unilatéral de conseil technique, ou, s'ils ne souhaitent pas exposer de frais importants, les courriers échangés entre parties contenant les griefs du maître d'ouvrage, des photos des lieux montrant les problèmes en cause... Un bref échange entre les conseils et le juge à l'audience permet de compléter utilement ces informations.

En vertu de l'article 972 du Code judiciaire, la décision qui ordonne l'expertise doit comporter l'indication des circonstances qui rendent cette expertise nécessaire. Le juge est donc tenu de motiver le recours à l'expertise plutôt qu'à une mesure plus légère<sup>8</sup>.

Le jugement précisera par exemple que compte tenu du nombre de malfaçons alléguées par le maître d'ouvrage et/ou de la nécessité de procéder à des sondages pour déterminer l'origine des problèmes en cause, une expertise complète apparaît nécessaire, ou, au contraire, que, compte tenu du caractère limité de l'enjeu et de la simplicité technique du débat, il peut être recouru à une expertise simplifiée.

5. O. MIGNOLET, « L'expertise judiciaire », *Rép. not.*, t. XIII, l. IX, Larcier, 2009, p. 64.
6. À défaut, l'affaire fera l'objet d'une remise à brève échéance en vue de permettre à l'avocat de constituer un tel dossier. En effet, un début de preuve des éléments avancés doit être versé aux débats.
7. La mesure d'instruction doit ainsi être refusée si aucun constat ne peut plus être effectué, si les droits des parties sont déjà fixés de manière certaine ou lorsque les éléments acquis au débat suffisent à juger, voy. J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, « Examen de jurisprudence (1991-2001), Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 2002, p. 765, n° 695.
8. D. MOUGENOT, « Le nouveau droit de l'expertise », *op. cit.*, p. 73, n° 3.



En cas de doute, une réunion d'installation peut être tenue, à l'issue de laquelle le magistrat peut décider de la mesure la plus adéquate à ordonner. D'autres formules, moins lourdes pour le magistrat, sont également envisageables, comme charger l'expert d'une mission consistant à rassembler tous les éléments de nature à permettre au tribunal de décider de l'opportunité d'une mission complète. L'affaire est alors remise à une date intermédiaire pour décider de la suite à réserver au dossier.

En droit immobilier, quelles sont les mesures d'instruction alternatives à l'expertise judiciaire ?

## B. La descente sur les lieux avec expert

Le juge peut recourir à une descente sur les lieux. La visite sur place s'effectue généralement avec un expert, qui fournit au juge et aux parties les explications techniques nécessaires.

Cette mesure, prévue aux articles 1007<sup>9</sup> et suivants du Code judiciaire, n'est pas neuve. Elle présente de nombreux avantages :

- permettre une instruction rapide du litige : la descente sur les lieux s'effectue en une seule séance, dans les semaines qui suivent le jugement qui l'ordonne et donne lieu à la rédaction immédiate d'un procès verbal ; en outre, s'agissant le plus souvent d'affaires simples, le dossier peut faire l'objet d'une remise à brève échéance, pour des plaidoiries en débats succincts, ce qui permet de maintenir le dossier dans le « circuit court » et ainsi considérablement accélérer sa clôture<sup>10</sup> ;
- à un coût réduit : une mesure de descente du tribunal sur les lieux avec expert coûte<sup>11</sup> entre 200 et 275 euros ; une provision est consignée au greffe par la partie demanderesse pour couvrir ces frais<sup>12</sup> ;

9. Combinés avec l'article 986 du Code judiciaire lorsque le juge est accompagné d'un expert.

10. Si l'agenda des vues des lieux du tribunal n'est pas trop chargé, le litige peut être clôturé dans les deux ou trois mois de son introduction.

11. Au tribunal de Liège. On trouve toutefois des chiffres assez similaires dans l'article de D. MOUGENOT, « Le charme discret des "petites" mesures d'instruction », *R.D.J.P.*, 2007, p. 255. En justice de paix, ces mesures sont encore moins coûteuses, par exemple, à la justice de paix de Fontaine-l'Évêque, le tarif est de 100 euros, v. D. RUBENS, « Le déroulement de l'expertise : le point de vue d'un juge de paix », in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 94, note 9 ; cet article contient des développements très pratiques au sujet de la descente sur les lieux notamment.

12. Art. 1016 C. jud.





- permettre au juge, en se rendant sur place, de visualiser la situation et de bien comprendre les enjeux techniques, qui lui sont expliqués par l'expert : lorsque les parties n'ont pu se concilier, le juge, amené à trancher le litige, a une meilleure connaissance des éléments de fait, ce qui lui permet de mieux rencontrer les moyens soulevés par les parties ; en outre, la rencontre avec les parties permet de cerner le contexte humain du débat ;
- favoriser la conciliation : dans de nombreux cas, la descente sur les lieux se clôture par un accord ; cet accord implique souvent la réalisation de travaux par un entrepreneur, dans ce cas, le dossier peut faire l'objet d'une remise à une date intermédiaire, en débats succincts, pour vérifier si le maître d'ouvrage est satisfait des travaux réalisés, si tel n'est pas le cas, l'expert peut être chargé par jugement d'une mission ponctuelle de vérification sur ce point ; il retourne alors sur place, sans le magistrat mais en présence des parties et rédige un bref rapport qu'il communique à celles-ci et dépose au tribunal dans des délais rapprochés.

La descente sur les lieux avec expert est adéquate dans les affaires qui ne présentent pas de difficultés techniques importantes.

Il s'agira généralement de cas de malfaçons affectant un seul lot de travaux, tels les châssis ou le revêtement de sol, le plafonnage, une cuisine équipée...

Elle peut également s'avérer utile dans les dossiers dont la solution repose sur une appréciation d'ordre subjectif.

Par exemple, un litige relatif à un problème purement esthétique.

En cas de litige de voisinage, elle est l'occasion d'expliquer aux parties les enjeux d'une poursuite de la procédure et de les inciter à un règlement amiable de leur conflit.

Par contre, les litiges comportant trop de points de contestation d'ordre technique ou nécessitant des sondages pour déterminer l'origine des problèmes posés ne peuvent être résolus dans le cadre d'une simple vue des lieux.

Il est inutile par exemple, de solliciter une vue des lieux pour un litige relatif à une nouvelle construction, affectée de défauts divers, dans lequel la responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur est mise en cause.

On aurait tort, toutefois, de réduire l'utilité de la vue des lieux avec expert aux seules affaires simples. Il peut en effet également y être recouru



dans d'autres hypothèses. Ainsi, lorsqu'un rapport d'expertise est incomplet sur des points précis ou peu compréhensible, le juge, en descendant sur place avec l'expert, peut recevoir des explications complémentaires, qui seront actées dans le procès-verbal de vue des lieux et compléteront utilement le rapport.

Afin de conférer une efficacité maximale à la mesure, il convient que l'expert puisse la préparer. Le jugement ordonnant la vue des lieux invite dès lors les parties à communiquer leurs dossiers à l'expert quelques jours avant la date prévue pour la visite.

Ce jugement n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel <sup>13</sup>.

Il est précisé, à l'article 1010 du Code judiciaire, que la descente sur les lieux s'effectue tant en la présence qu'en l'absence des parties. La mesure n'a toutefois de réelle utilité qu'en cas de présence des parties : le demandeur doit être présent pour donner l'accès aux lieux et expliquer ses griefs, les défendeurs pour exposer leurs arguments techniques, en outre, en l'absence de l'une des parties, la conciliation n'est pas envisageable.

La comparution personnelle des parties et une audition de témoins peuvent être ordonnées dans le cadre d'une descente sur les lieux <sup>14</sup>.

Par exemple, un litige en matière de vices cachés de la vente peut être instruit de la manière suivante : le juge ordonne une descente sur les lieux avec expert afin de se forger une opinion sur le caractère apparent ou caché des vices, il ordonne la comparution personnelle des parties qu'il entend au sujet des circonstances de la vente et, le cas échéant, il ordonne une audition de témoins, par exemple, l'agent immobilier qui a procédé aux visites de l'immeuble afin de recueillir des renseignements complémentaires relatifs à l'état bien lors de la vente. Ce type de mesure est beaucoup plus efficace que la désignation d'un expert et ce, même s'il ne s'agit pas d'une affaire simple.

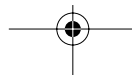
Il est établi un procès verbal relatant les opérations accomplies et les constatations faites au cours de la visite, dont une copie conforme est notifiée aux parties sous pli judiciaire <sup>15</sup>. L'importance du procès-verbal est non négligeable, il s'agit en effet du support technique servant de fondement à la décision du juge <sup>16</sup>. Il convient dès lors de le rédiger avec soin, en n'oubliant

13. Art. 1008 C. jud.

14. Art. 1011 et 1012 C. jud.

15. Art. 1015 et 951 C. jud. Aux avocats une copie simple est transmise par courrier.

16. Il ne lui est toutefois pas interdit de faire état dans son jugement d'éléments constatés par lui qui n'ont pas été expressément mentionnés dans le procès-verbal (Cass., 22 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 386).





aucun aspect du litige : la description des problèmes en cause, les remèdes à y apporter et le coût des éventuelles réparations à effectuer. Cette dernière précision est utile, même lorsqu'un accord de réparation en nature est conclu ; en effet, si cet accord n'est pas exécuté, le juge dispose des données chiffrées nécessaires pour liquider le montant des réparations par équivalent, sans devoir procéder à une nouvelle mesure d'instruction.

On le voit, la descente sur les lieux est une mesure particulièrement efficace pour instruire un litige de la construction. Elle demande toutefois une certaine disponibilité du tribunal et ne peut être exécutée par un juge en dehors de son arrondissement judiciaire <sup>17</sup>.

### C. L'audition de l'expert à l'audience

En vertu de l'article 985 du Code judiciaire, le juge peut entendre l'expert à l'audience. Cette mesure n'est pas plus neuve que la descente sur les lieux. Elle était en effet déjà prévue à l'ancien article 987 du Code judiciaire. Il s'agit d'une mesure de « rattrapage » d'une expertise incomplète ou peu claire : lorsque le juge ne s'estime pas suffisamment informé par le rapport d'expertise, il peut convoquer l'expert, les parties et leurs conseils, afin de débattre de questions techniques à l'audience.

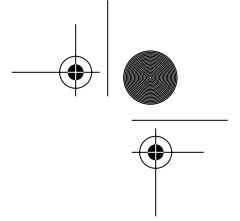
Ce type de mesure est par exemple nécessaire lorsque l'expert a omis de répondre aux notes de faits directoires des parties ou qu'il s'est contenté d'une réponse générale du type « Il a été répondu aux observations des parties dans le corps du rapport ». Le juge se trouve alors parfois démuni pour faire face aux critiques réitérées par les parties dans le cadre du débat au fond.

Le jugement qui ordonne l'audition précisera utilement les questions à soumettre à l'expert, afin de cadrer le débat et de permettre à l'expert de préparer l'audience. L'expert peut s'aider de documents, qu'il a, en vertu de l'article 985 du Code judiciaire, la faculté mais non l'obligation de communiquer aux parties ou de déposer au greffe avant l'audience. Le texte prévoit l'obligation pour l'expert de déposer les documents au greffe immédiatement après l'audition pour qu'ils puissent être consultés par les parties ou leurs conseils. Nous ne pouvons que regretter, avec D. Mougenot et O. Mignolet <sup>18</sup>,

---

17. D'après l'article 1009 du Code judiciaire, une commission rogatoire peut être délivrée, mais cela prive la mesure d'une partie de son utilité puisqu'elle n'est pas tenue par le magistrat amené à juger l'affaire.

18. D. MOUGENOT et O. MIGNOLET, « La loi du 30 décembre 2009 "réparant" la procédure d'expertise judiciaire, *J.T.*, 2010, pp. 201 et s., spéc. n° 44.



que la loi ne contraigne pas, dans tous les cas, l'expert à déposer les documents dont il s'aiderait au greffe dans un délai suffisamment long avant l'audience afin de permettre aux parties de préparer l'audition et d'assurer ainsi la contradiction complète du débat. La consultation des documents au greffe après l'audition ne présente guère d'intérêt pratique pour les parties et risque de susciter des contestations qui pourraient contraindre le juge à entendre à nouveau l'expert.

En pratique, le jugement ordonnant l'audition pourrait inviter l'expert à déposer les documents au greffe avant l'audience.

Ici encore, une rédaction soignée du procès-verbal est importante. Les honoraires de l'expert sont taxés au bas de celui-ci et il est délivré exécutoire contre la partie que le juge désigne.

Cette mesure, même imparfaite, est plus rapide et moins chère<sup>19</sup> que l'expertise complémentaire visée à l'article 984 du Code judiciaire et elle permet au juge d'approfondir le débat technique en posant toutes les questions utiles à l'expert, ce qui permet d'améliorer la motivation de sa décision. Elle est toutefois de nature à encombrer le rôle des juridictions et à allonger les délais de fixation, puisque l'affaire doit être fixée à l'audience pour l'audition et ensuite, le plus souvent, faire l'objet de nouvelles plaidoiries.

#### D. L'expertise simplifiée

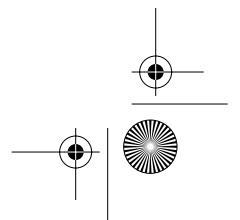
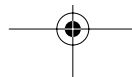
Suivant l'article 986 du Code judiciaire, « Le juge peut désigner un expert afin qu'il soit présent lors d'une mesure d'instruction qu'il a ordonnée pour fournir des explications techniques. Le juge peut également désigner un expert pour faire rapport verbal à l'audience fixée à cet effet (...) ».

La première partie de l'article n'est pas neuve ; il s'agit de la disposition qui permet par exemple au juge de se rendre à une vue des lieux avec un expert.

C'est la seconde partie de l'article qui retiendra ici notre attention. Il s'agit d'une extension de l'ancien article 989 du Code judiciaire, qui permettait au juge d'appel de désigner un expert chargé de faire verbalement rapport à l'audience.

Cette disposition permet de convoquer un expert à l'audience afin de le consulter sur une question technique, précisée dans le jugement qui ordonne

19. L'expert devrait d'ailleurs être enjoint à une grande modération dans le calcul de ses honoraires dans ce cas de figure lorsque l'audition est due aux carences ou erreurs dans son rapport.





la mesure. Tout comme dans le cadre de l'article 985 du Code judiciaire, il est prévu que l'expert peut s'aider de documents qui sont déposés au greffe après son intervention.

**1**

En cas de simple audition, il devra s'agir d'une consultation ne nécessitant pas un examen des lieux. Elle peut être utile par exemple si les parties ne s'accordent pas sur l'interprétation d'une norme du Centre scientifique et technique de la construction et que le juge n'est pas à même de les départager sur la base de l'examen de cette norme. Il pourra également y être recouru si les lieux ont été modifiés mais que des pièces, telles des photos, permettent à un expert de donner un avis sur la question en débat.

En matière de construction, la vue des lieux est le plus souvent nécessaire pour que l'expert puisse se forger une opinion. L'expert pourra dès lors être chargé d'une mission consistant à se rendre sur place, en présence des parties, à effectuer les constats nécessaires et à faire un rapport verbal à l'audience. Ce type de mesure hybride n'est pas formellement prévu par le texte et ne fait donc pas l'objet d'une organisation procédurale précise, ce qui est regrettable<sup>20</sup>. Il revient dès lors au juge de veiller à définir la procédure, dans le respect du principe contradictoire<sup>21</sup>.

Voici un exemple de motivation du recours à la mesure d'expertise simplifiée et d'organisation de celle-ci :

« Une mesure d'instruction est nécessaire pour départager les parties.

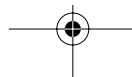
Le litige apparaît relativement limité au plan technique. Il sera dès lors recouru à une expertise simplifiée.

L'expert sera chargé de se rendre sur les lieux en présence des parties et de procéder aux constats nécessaires. Si cela s'avère possible, il pourra concilier les parties lors de cette visite. Il peut également dresser un bref procès-verbal de ses constats et des

---

20. A. DEMOULIN et F. POTTIER, « La réforme de l'expertise judiciaire. Analyse critique des incidences envisageables pour le domaine de la construction », *Entr. et dr.*, 2008, p. 24 ; D. MOUGENOT, « Le charme discret des « petites » mesures d'instruction », *op. cit.*, p. 257.

21. D. MOUGENOT, « La désignation de l'expert et la mise en route de l'expertise », in *L'expertise judiciaires, des réformes aux pratiques*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 13. L'équilibre entre le respect du contradictoire et le souci d'efficacité et d'économie n'est pas toujours aisé à réaliser. Par exemple, lorsque l'expert rédige un procès-verbal à l'issue de la réunion, il serait indiqué, dans la rigueur des principes, qu'il le communique aux parties avant l'audience. En pratique, l'expert dépose le plus souvent son rapport écrit à l'audience, par manque de temps et par souci d'économie. Cette manière de procéder ne pose toutefois généralement pas de problème, le rapport n'étant que le résumé des opérations réalisées en présence des parties.





déclarations des parties à la demande de celles-ci mais il convient de souligner que cela augmente le coût des prestations dans une proportion non négligeable.

Il comparâtra ensuite à l'audience du..... (pour 45 minutes), afin d'expliquer la teneur de ses constatations. Il pourra déposer à cette occasion le procès verbal qu'il aurait dressé lors de la visite.

Si l'expert parvient à concilier les parties, il dressera un procès-verbal de conciliation et veillera à en informer immédiatement le tribunal par courrier afin que le temps retenu pour le rapport verbal à l'audience puisse être libéré.

Monsieur XXX constituera une provision de ... euros qu'il versera au greffe dans la quinzaine du présent jugement.

Les parties veilleront également à envoyer leurs dossiers à l'expert avant la tenue de la réunion, afin de lui permettre de préparer utilement celle-ci.

Les honoraires de l'expert seront taxés à l'audience, en fonction de l'ampleur de ses prestations. Si l'expert concilie les parties, il peut écrire par même courrier au tribunal afin de solliciter la taxation ».

Le recours à cette forme d'expertise simplifiée est indiqué pour les litiges d'importance moyenne, qui requièrent trop de constats ou d'études de pièces pour permettre une simple descente sur les lieux, mais dont l'enjeu financier et technique demeure relativement limité, de sorte qu'une expertise complète n'apparaît pas nécessaire. Il est aussi particulièrement utile lorsque l'immeuble est situé en dehors de l'arrondissement judiciaire et qu'une descente sur les lieux n'est donc pas envisageable.

L'expert, après avoir prêté serment, fait un rapport verbal de ses constatations à l'audience, en présence des parties et de leurs conseils. Ses honoraires sont taxés au bas du procès-verbal d'audition et il est délivré exécutoire contre la partie désignée par le juge. Le coût de la mesure varie entre 400 et 800 euros environ, suivant qu'un rapport écrit a ou non été rédigé suite à la visite.

Cette mesure n'oblige pas le magistrat à se déplacer, mais elle a un impact important sur l'organisation des audiences, compte tenu de la nécessité d'entendre l'expert dans des délais raisonnables<sup>22</sup>. En outre, elle s'avère

22. À la chambre de construction du tribunal de Liège, une audience par mois est réservée pour les auditions d'experts et autres mesures d'instruction nécessitant la comparution de ceux-ci ou des parties. Pour l'année judiciaire 2010/2011, 24 expertises simplifiées ont été ordonnées pour la seule chambre du lundi. Même si l'expert dépose un rapport, il est important à nos yeux de l'entendre afin d'assurer la contradiction et de bien comprendre le débat technique.





parfois peu satisfaisante pour les parties, dont le droit de contradiction est moindre que dans le cadre d'une expertise complète, puisque la rédaction de notes d'observations n'est pas prévue. Le débat technique n'est dès lors pas vidé de manière aussi approfondie que dans une expertise complète, ce qui peut conduire à déplacer ce débat vers les audiences de plaidoiries et contraindre le magistrat à ordonner des mesures d'instruction complémentaires. Il est donc particulièrement important de réserver ce mode d'instruction aux affaires qui ne présentent pas un enjeu technique trop complexe.

1

### E. Les autres mesures d'instruction

D'autres mesures d'instruction sont encore envisageables, comme la comparution personnelle des parties et la production de documents. Il ne s'agit toutefois pas de véritables alternatives à l'expertise car elles ne permettent pas d'instruire de manière complète les aspects techniques du litige. Elles ne seront dès lors pas envisagées de manière détaillée dans le cadre de la présente contribution<sup>23</sup>.

Il n'est pas rare, par exemple, de solliciter d'une commune qu'elle produise le dossier d'urbanisme relatif à une construction litigieuse, afin de disposer d'un dossier complet ; la comparution des parties peut quant à elle être éclairante, par exemple, dans le cadre des litiges relatifs aux honoraires d'architectes pour informer le tribunal sur les motifs d'une rupture des relations contractuelles ou sur l'étendue des prestations d'un architecte, lorsqu'un mode de preuve libre est admissible.

### F. L'échevinage

L'extension de la formule de l'échevinage aux chambres traitant des litiges immobiliers pourrait-elle constituer dans certains cas une alternative à l'expertise ?

Dans les *Dialogues Justice*, Messieurs Erdman et de Leval soulignent les avantages d'une telle formule, qualifiée de « "prometteuse" parce qu'(elle) figure la collaboration entre le monde judiciaire et la société civile »<sup>24</sup>.

23. Il peut être utilement renvoyé, pour ces mesures et d'autres comme le faux civil, à l'article de D. MOUGENOT, « Le charme discret des "petites" mesures d'instruction », *op. cit.*, pp. 239 et s.

24. F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *Les Dialogues Justice*, Rapport de synthèse rédigé à la demande de M<sup>me</sup> Laurette Onkelinx, vice-Première ministre et ministre de la Justice, juillet 2004, p. 53.





Le juge serait ainsi entouré de deux professionnels du secteur de la construction, par exemple un architecte et un entrepreneur<sup>25</sup>, qui pourraient l'éclairer, au cours du délibéré, au sujet des concepts techniques en cause. En effet, « Le magistrat laïc doit pouvoir utiliser ses connaissances personnelles pour apprécier les éléments qui lui sont soumis sous peine, dans le cas contraire, de se priver d'une partie des avantages liés à la présence de spécialistes ou d'experts au sein d'une juridiction »<sup>26</sup>.

Cette formule permettrait ainsi d'éviter, dans certains cas, le recours à des mesures d'instruction, telle l'audition de l'expert à l'audience pour une question technique précise. Elle ne permettrait toutefois pas de faire l'économie d'une mesure d'instruction pour les problèmes plus complexes, qui nécessitent des investigations poussées. En outre, il convient d'être attentif au respect du principe du contradictoire. Le débat technique est en effet rarement abordé de manière approfondie par les avocats dans leurs conclusions, dès lors, si l'importance d'un élément technique apparaissait au cours du délibéré, une réouverture des débats s'avérerait nécessaire pour en débattre, au besoin avec l'assistance de conseils techniques.

## SECTION 2 L'expertise<sup>27</sup>

### A. La mission de l'expert en matière immobilière

#### 1. La rédaction de la mission

Lorsqu'une expertise complète est nécessaire, le juge doit veiller à rédiger soigneusement la mission, pour éviter toute difficulté d'interprétation ou d'exécution de celle-ci. Le dossier de pièces déposé par l'avocat est important à cet égard, car le magistrat y trouve les renseignements pratiques de nature à remplir correctement son office.

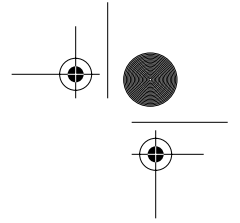
Par exemple, une mission relative à une vente ne doit pas être rédigée de la même manière qu'une mission relative à un contrat d'entreprise ; l'examen des pièces, photos ou rapports unilaté-

25. Les maîtres d'ouvrage pourraient-ils en prendre ombrage ? Le monde de la construction n'est-il pas trop restreint pour éviter les conflits d'intérêts ?

26. *Les Dialogues Justice*, p. 54.

27. Pour un exposé du déroulement de la procédure d'expertise en matière de construction, voy. Le *Vade-mecum de l'expertise judiciaire*, document réalisé par une commission composée de magistrats, d'avocats et d'experts spécialisés en construction, disponible notamment sur le site du barreau de Liège, à l'adresse suivante : [www.barreaudeliege.be/UserFiles/VADE-M.DOC](http://www.barreaudeliege.be/UserFiles/VADE-M.DOC).





raux, permettra le cas échéant de cibler la mission à des malfaçons précises, pour éviter que l'expertise prenne des proportions inutiles ; les pièces sont également utiles pour déterminer le choix de l'expert, en fonction du type de malfaçon en cause, il sera recouru à un ingénieur pour les problèmes de stabilité, à un architecte disposant de matériel d'endoscopie pour un problème de canalisations, à tel expert dont les tarifs sont peu élevés si les parties ne disposent pas de moyens importants... ; les pièces permettront également d'apprécier, dans certains cas, la nécessité de recourir à un sapiteur.

À défaut de réunion d'installation, le juge est par ailleurs autorisé à prendre contact avec l'expert préalablement à la prise de décision « pour les éléments vis-à-vis desquels il l'estime nécessaire »<sup>28</sup>. En pratique, ce contact pourra servir à vérifier la disponibilité de l'expert pour exécuter la mission, cerner le coût de la mesure, la nécessité ou non de recourir à un sapiteur, la durée de la mission.

Si toutes les parties le demandent ou s'il l'estime nécessaire, le juge peut organiser une réunion d'installation. En matière immobilière, pour que celle-ci soit utile, il convient de la tenir en présence de l'expert sur les lieux du litige, ce qui permet d'apprécier concrètement les enjeux réels et de cibler au mieux la mission. Il s'agit d'une solution idéale, mais qui requiert une très grande disponibilité du magistrat<sup>29</sup>.

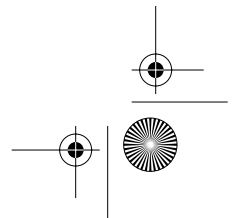
Des solutions intermédiaires<sup>30</sup> peuvent être envisagées, lorsque le juge ne s'estime pas suffisamment éclairé par les pièces du dossier mais qu'il ne dispose pas du temps nécessaire pour tenir une réunion d'installation.

Il est par exemple possible d'inviter l'expert à tenir une première réunion et d'écrire au tribunal, à l'issue de celle-ci, pour lui faire savoir si les modalités de la mission, la durée de celle-ci et le montant de la provision sont adéquats. Le dossier fait l'objet d'une remise par jugement à une date intermédiaire et, si néces-

28. Art. 972, § 2, avant-dernier alinéa.

29. Le recours à cette mesure est variable suivant les arrondissements. À Neufchâteau et à Marche, il n'y est jamais recouru, à Arlon Huy et Dinant, de manière occasionnelle, à la demande des avocats ou dans les dossiers complexes, à Eupen, de manière systématique. À Liège, les chambres de construction effectuent des descentes sur les lieux de manière hebdomadaire, il est difficile d'y ajouter des réunions d'installation qui ne sont dès lors jamais tenues.

30. L.-M. Henrion et S. Dufrene formulent diverses suggestions intéressantes dans leur article « Le déroulement de l'expertise dans une perspective systémique », in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 58 et 59.





saire, un nouveau jugement, adaptant la mission, est rendu à brève échéance.

## 2. *L'expertise est réservée au fait technique*

L'expertise ne peut porter que sur des questions d'ordre technique, le juge ne peut en effet pas déléguer sa juridiction en confiant à l'expert l'étude d'un point de droit et en s'appropriant ensuite son avis pour trancher le débat<sup>31</sup>.

Ainsi, le juge qui désigne un expert ayant pour mission « de donner son avis quant à la qualité de terrain à bâtir ou non de la parcelle » charge l'expert de donner un avis à propos du bien-fondé de l'action elle-même, partant, viole les articles 11, alinéa 1<sup>er</sup>, et 962 du Code judiciaire<sup>32</sup>. Le juge ne peut pas non plus, sans violer les articles 11 et 962 du Code judiciaire, décider qu'un expert qu'il a désigné élaborera, en ce qui concerne les travaux de réparation à exécuter, des directives qui seront directement obligatoires pour la partie qui est tenue d'exécuter les travaux<sup>33</sup>. Il ne peut pas davantage, à notre sens, être chargé de procéder à la réception provisoire des travaux litigieux. Il pourrait seulement être chargé, en cas de contestation, de rassembler les éléments techniques de nature à permettre au juge de décider si les lieux sont en état de réception.

Comme que le souligne O. Mignolet<sup>34</sup>, la frontière entre le fait technique et le droit est parfois ténue. Il n'est pas rare en effet de trouver dans les rapports de véritables développements juridiques<sup>35</sup>, parfois nécessaires à l'expert pour répondre à tous les points de sa mission.

Les raisonnements des experts au sujet des troubles de jouissance constituent une illustration de cette difficulté à séparer le technique du juridique. Les experts sont souvent chargés d'établir un projet de comptes. Pour ce faire, ils sont contraints de donner leur avis, non seulement sur la hauteur du trouble, mais également sur la période pendant laquelle ce trouble est admis, ce qui

31. Not. Cass., 14 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1021.

32. Cass., 19 février 2010, disponible sur le site <http://www.juridat.just.fgov.be>.

33. Cass., 27 février 2009, disponible sur le site <http://www.juridat.just.fgov.be>.

34. O. MIGNOLET, « L'expertise et la vérité dans le procès civil », *op. cit.*, p. 64.

35. Lorsqu'un expert est fréquemment désigné par un tribunal, il s'habitue au raisonnement juridique et tend à formuler son avis sur des questions qui ne relèvent en principe pas de sa compétence, tout comme le magistrat spécialisé en construction tend à se forger au fil du temps une opinion sur des questions techniques, qui ne relèvent pas de la sienne.





constitue sans nul doute une question juridique et non technique. Certains experts fixent ainsi le point de départ des troubles à la citation, d'autres à l'origine du dommage alors que la victime est restée inactive pendant de nombreux mois, voire pendant des années, négligeant par là de prendre des mesures raisonnables pour limiter son préjudice.

Le juge doit être attentif au libellé de la mission afin d'éviter d'entériner, non seulement l'avis technique de l'expert, « mais également les raisonnements juridiques plus ou moins implicites que ce dernier s'était autorisé »<sup>36</sup>.

Ainsi, en pratique, la plupart des experts de la construction ventilent les responsabilités entre l'architecte et l'entrepreneur par pourcentage et dressent un projet de décompte prenant en considération tous les éléments du dommage, en répartissant les sommes entre les divers intervenants. Le juge reçoit alors un rapport qui constitue une sorte de « pré-jugement ».

En cas de fautes concurrentes, plutôt que d'inviter l'expert à donner un avis au sujet des responsabilités de chacun, il est plus rigoureux de le charger de « rassembler tous les éléments techniques de nature à permettre au tribunal de statuer au sujet des responsabilités ». Par exemple, l'expert dira si, à son estime, telle malfaçon commise par un entrepreneur relevait de sa pratique usuelle et si elle nécessitait ou non une attention particulière de l'architecte lors du contrôle du chantier. Dans le même ordre d'idées, l'expert ne devrait pas être chargé d'établir un projet de comptes entre parties mais plutôt de fournir au tribunal les éléments de nature à lui permettre de le faire, en donnant une estimation des réparations, en faisant le point sur les comptes, en donnant un avis sur la hauteur du trouble de jouissance.

## **B. La gestion de l'expertise immobilière**

### **1. Le juge, gestionnaire de l'expertise**

Une fois son jugement prononcé, le juge ne peut pas se désintéresser de l'expertise. Il doit veiller à la maîtrise des délais et des coûts et au bon déroulement de celle-ci<sup>37</sup>.

---

36. P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'expertise en matière immobilière », in *L'expertise*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 122 et s.

37. H. BOULARBAH, « Le nouveau droit de l'expertise judiciaire », in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 19.





Cette gestion du juge est particulièrement importante en droit de la construction, l'expertise y étant longue et chère et parfois complexe, car elle peut impliquer de nombreux intervenants : maîtres d'ouvrages publics ou privés, entrepreneurs et leurs sous-traitants, architectes, ingénieurs, bureaux d'études, promoteurs...

Une petite étude statistique a été menée au service expertise du tribunal de Liège, dont il résulte que les expertises en construction, qui constituent la majorité des dossiers d'expertise, durent en moyenne 23 mois et coûtent environ 3.150 euros T.V.A.C. Ces chiffres sont basés sur l'étude de 60 dossiers clôturés en 2011.

Ainsi que le souligne O. Mignolet, on constate que, dans la loi du 15 mai 2007, « tout a été mis en œuvre, non seulement pour renforcer les pouvoirs du juge, mais également pour s'assurer que celui-ci procèdera à un contrôle effectif de l'expertise »<sup>38</sup>.

Suivant l'article 973, § 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, ce contrôle peut être exercé soit par le juge qui a ordonné l'expertise, soit par « le juge désigné à cet effet ». Ce texte ouvre la possibilité de désigner, dans les tribunaux, un juge de l'expertise<sup>39</sup>, qui peut être chargé du contrôle des expertises en cours.

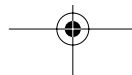
Dans les grands tribunaux, il apparaît en outre opportun d'organiser, comme le préconise le Conseil Supérieur de la Justice<sup>40</sup>, un service chargé du suivi des expertises, qui assure la gestion administrative des dossiers et prépare le travail du juge du contrôle. Ce type de gestion centralisée apparaît en effet plus efficace qu'une gestion individuelle par chaque magistrat, aidé de son greffier.

Au tribunal de Liège, un service de l'expertise a été créé pour assurer la mise en œuvre de la réforme du 15 mai 2007. Il est composé d'une équipe de greffiers et d'employés, qui préparent les dossiers à l'attention des magistrats chargés du suivi de l'expertise. Ceux-ci répondent aux courriers des experts et des parties, traitent les demandes financières des experts et contrôlent le respect des délais. En cas de difficulté particulière ou d'incident, le dossier est renvoyé au juge qui a désigné l'expert afin qu'il ordonne la fixation et traite le problème en cause.

38. « L'expertise judiciaire », *Rép. Not., op. cit.*, p. 89, n° 58.

39. H. BOULARBAH, « Le nouveau droit de l'expertise judiciaire », *op. cit.*, p. 21, n° 20.

40. Avis d'office sur le statut et la qualité des experts judiciaires, approuvé par l'assemblée générale le 30 mars 2011, disponible sur le site <http://www.csj.be>.





## 2. La gestion des délais

La fixation d'un délai inférieur à six mois pour une expertise de construction est irréaliste et elle est de nature à augmenter le coût de l'expertise en contraignant le juge à examiner des requêtes successives de prolongation de délais adressées par l'expert. Il est préférable d'indiquer un délai de neuf mois à un an suivant la complexité de l'expertise. Il apparaît opportun de fixer le point de départ du délai à la date de constitution de la provision, puisque l'expert peut, en application de l'article 987 du Code judiciaire, reporter l'exécution de sa mission jusqu'à ce qu'il soit informé de la consignation de celle-ci<sup>41</sup>.

En pratique, il convient de tenir un échéancier dans lequel est reportée la date ultime à laquelle l'expert doit déposer son rapport. En vertu de l'article 974 du Code judiciaire, ce délai ne peut être prorogé, avant son échéance, que par le juge, sur demande motivée de l'expert. Cette mesure, déjà préconisée par M. le Conseiller A. Fettweis en 1996<sup>42</sup>, permet d'éviter que les expertises s'enlisent pendant des années comme cela arrivait trop fréquemment par le passé.

La demande de l'expert doit contenir, idéalement, un résumé des opérations déjà accomplies, un exposé des motifs pour lesquels le délai accordé ne suffira pas à terminer les opérations et une prévision du temps nécessaire pour terminer sa mission.

La demande de prolongation de délai est notifiée par le greffe aux parties et à leurs conseils, qui communiquent leurs observations éventuelles au juge dans les huit jours.

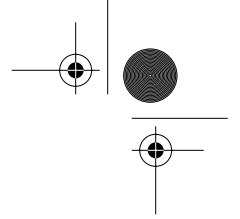
Cette disposition n'est guère utile, la pratique démontre en effet que très peu d'avocats réagissent à cette notification dans le délai et que lorsqu'ils le font, c'est très rarement pour s'opposer à la demande de l'expert. En outre, elle coûte cher à la collectivité, puisqu'elle implique d'envoyer des courriers à toutes les parties et à leurs conseils, et des plis judiciaires aux parties qui ont fait défaut.

Si l'expert n'a pas sollicité la prolongation du délai avant son échéance, l'affaire doit être convoquée d'office à l'audience.

---

41. Il n'est pas inutile de rappeler que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2009, il appartient aux parties de prévenir l'expert de la constitution de la provision. À Liège, le greffe de l'expertise continue cependant à informer l'expert de la constitution des fonds, pour des motifs d'ordre pratique et dans le souci de ne pas retarder le début des opérations.

42. A.-L. FETTWEIS, « L'instruction des litiges de la construction », *op. cit.*, p. 219.



Cette mesure, lourde, puisqu'elle nécessite la fixation rapide du dossier à l'audience, a également un coût important, puisqu'elle implique le déplacement de l'expert et des avocats. On peut dès lors regretter son caractère obligatoire. Elle ne se justifie, à notre sens, que dans certains cas, de retards répétés ou d'experts particulièrement négligents. Dans les autres cas, il semble préférable, car moins coûteux, d'adresser un rappel à l'expert afin de l'inviter à solliciter une prolongation de délai.

L'expert qui tarde à déposer son rapport s'expose à une demande de remplacement, à la réduction de ses honoraires ou à une demande de dommages et intérêts par l'une des parties <sup>43</sup>.

### 3. La gestion des coûts

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2007, le juge s'implique également de manière active dans le contrôle des coûts de l'expertise, à tous les stades de celle-ci.

Il fixe d'abord le montant de la provision dans le jugement et précise la partie tenue d'effectuer la consignation, au greffe ou dans un établissement de crédit <sup>44</sup>.

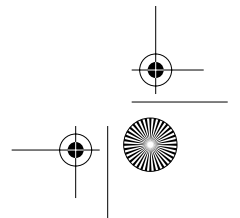
Certains auteurs estiment que le montant de la provision doit refléter au mieux la somme que l'expert percevra à l'issue de son expertise <sup>45</sup>. Nous ne partageons pas cet avis qui ne s'impose pas à la lecture du texte de l'article 987 du Code judiciaire. En outre, ainsi que le fait remarquer X. Malengreau <sup>46</sup>, il doit être tenu compte des possibilités de conciliation, qui peuvent mettre un terme à l'expertise de manière rapide. Il convient toutefois de fixer un montant suffisant, sous peine, dans le cas contraire, d'obliger le juge à multiplier les décisions de consignation complémentaire.

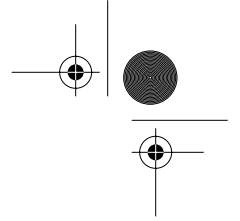
43. D. MOUGENOT, « Le nouveau droit de l'expertise », *op. cit.*, p. 89.

44. Art. 987 C. jud. En pratique, la consignation a presque toujours lieu au greffe, aucune procédure n'ayant été définie par le législateur pour la consignation dans un établissement de crédit, voir sur ce point, M. BINARD et F. DE GERADON, « Les frais et honoraires de l'expert : le point de vue de l'expert », in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 202, n° 2 ; voir également, pour le point de vue des experts au sujet de la consignation et ses modalités, P. FRANCOYTE et M. PÉTRÉ, « Honoraires *in concreto*... ou pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué », in *L'expertise judiciaire, des réformes aux pratiques*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 111 et s.

45. O. MIGNOLET, citant D. MOUGENOT, « L'expertise judiciaire », *Rép. not.*, t. XIII, l. IX, Larcier 2009, p. 152, n° 134.

46. X. MALENGREAU, « Les frais et les honoraires des experts : Le point de vue d'un juge en 2010 », in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 183, n° 50.





Au tribunal de Liège, après une concertation avec les experts de la construction, il a été décidé de fixer le montant de la première provision à la somme de 1.815 euros T.V.A.C. pour une expertise moyenne, avec libération immédiate de la moitié. Le tarif horaire de ces experts varie entre environ 70 et 110 euros/heure hors T.V.A. De cette manière, l'expert dispose d'une somme suffisante pour démarrer les opérations d'expertise et parfois aller jusqu'à la conciliation. Le maître d'ouvrage n'est pas contraint quant à lui de mobiliser au greffe une somme équivalente au coût global de l'expertise pendant de nombreux mois.

En vertu de l'article 972 du Code judiciaire, le juge est tenu de préciser dans sa décision l'estimation du coût global de l'expertise ou, à tout le moins, le mode de calcul des honoraires de l'expert. Il n'est pas toujours aisé de déterminer le coût global de l'expertise lorsqu'elle est à ses débuts. Plutôt que de donner de fausses indications, il est peut être préférable d'indiquer dans le jugement le mode de calcul des honoraires de l'expert. Néanmoins, cela pourrait donner à l'expert l'idée, erronée, que ses honoraires seront nécessairement taxés en multipliant les heures prestées par le tarif revendiqué.

Une solution consiste à indiquer le tarif horaire de l'expert, tout en rappelant qu'il ne s'agit pas du critère de taxation de l'état.

À titre d'information, il convient de préciser que l'expert pratique les tarifs suivants pour ses honoraires : euros/heure. À ces honoraires s'ajouteront les frais, dont l'expert détaillera le mode de calcul aux parties dès la première réunion.

Il convient toutefois de préciser qu'en cas de contestation, ce tarif ne lie pas le juge taxateur, qui doit apprécier le montant de l'état en fonction des critères prévus à l'article 991 du Code judiciaire. Le juge fixe le montant des honoraires et frais en tenant compte de la rigueur avec laquelle le travail a été exécuté, du respect des délais impartis, de la qualité du travail fourni, de la difficulté des travaux, de la qualité de l'expert et de la valeur du litige.

D'une manière générale, la consignation de la provision est mise à la charge du maître d'ouvrage, sur lequel repose la charge de la preuve. Il peut toutefois en être autrement, si l'entrepreneur a reconnu sa responsabilité par exemple. Plus délicate est la question de savoir si, en cours d'expertise, le juge peut imposer la consignation à une autre partie que celle désignée dans le jugement.

Par exemple, le maître d'ouvrage confronté à une demande de provision complémentaire de l'expert pourrait-il obtenir que



cette provision soit mise à charge de l'entrepreneur, au motif que l'expertise en cours confirme l'existence de malfaçons ?

D. Mougenot l'admet dans le cas où la partie désignée pour consigner la provision apparaît mise hors de cause par les premiers constats de l'expert<sup>47</sup>. Il convient toutefois de faire preuve de prudence dans l'exemple cité et de tenir compte du nécessaire respect du principe du contradictoire, en vertu duquel l'entrepreneur pourra contester les constats de l'expert dans ses notes de faits directoires. En outre, ce type de débat, qui pourrait être développé dans presque toutes les expertises de construction, risquerait d'alourdir et de ralentir les procédures.

En cours d'expertise, l'expert peut adresser une demande au juge pour solliciter un complément de provision ou de libération, sur la base de l'article 988 du Code judiciaire. Cette demande doit être motivée, elle doit détailler la valeur des prestations accomplies et des prestations restant à effectuer. Le code ne contient aucune indication relative à la procédure à suivre pour statuer sur ces demandes et ne précise pas si les parties doivent être entendues, ce qui donne lieu à des controverses en doctrine<sup>48</sup> et à des pratiques en sens divers dans les tribunaux<sup>49</sup>.

Au tribunal de Liège, le juge de l'expertise traite les demandes de libération par simple courrier sans consulter les parties. Il s'agit en effet seulement d'une affectation des fonds déjà consignés par les parties. Par contre, lorsqu'une demande de consignation complémentaire est introduite, un courrier est adressé aux avocats pour solliciter leur avis et une décision motivée est prise ensuite<sup>50</sup>. Les avocats répondent trop rarement à ces courriers et s'opposent encore plus rarement aux demandes des experts. Le juge garde un pouvoir d'appréciation du fondement de la demande, même si celle-ci ne fait l'objet d'aucune contestation.

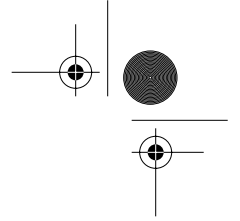
47. « Le nouveau droit de l'expertise », *op. cit.*, p. 115.

48. G. CLOSSET-MARCHAL, « Les coûts de l'expertise », in *L'expertise judiciaire, des réformes aux pratiques*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 95, écrit qu'il lui paraît que ces demandes commandent des débats contradictoires ou à tout le moins une information des parties avec la possibilité de réagir et une décision motivée du juge. La tenue de débats contradictoires est, à notre estime, irréaliste, compte tenu du nombre de demandes à traiter chaque semaine dans un tribunal moyen.

49. Au tribunal de Nivelles, les parties ne sont consultées ni pour les demandes de libération, ni pour celles de consignation complémentaires, v. X. MALENGREAU, « Les frais et honoraires des experts... », *op. cit.*, p. 187.

50. Cette décision est susceptible d'appel, art. 963 et 987, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.





À l'issue de l'expertise, le juge procède à la taxation si, dans un délai de trente jours à dater du dépôt de l'état au greffe, les parties n'ont pas émis de contestation motivée au sujet des montants réclamés. Il paraît important d'attirer l'attention des avocats sur cette disposition.

En effet, le délai de trente jours ouvert pour la contestation court à dater du dépôt de l'état d'honoraires détaillé de l'expert au greffe et, si l'expert doit envoyer son état en copie aux parties le même jour<sup>51</sup>, aucune disposition ne prévoit par contre l'obligation pour le greffe d'avertir les parties du dépôt de cet état. Le délai court dès lors parfois à l'insu des avocats et des parties.

Au tribunal de Liège, le juge taxateur procède à la taxation environ 45 jours à dater du dépôt de l'état au greffe, afin de laisser un peu de latitude aux avocats pour formuler leurs contestations éventuelles. Le délai prévu est en effet relativement court. La plupart des états sont taxés sans la moindre observation des parties. Le juge vérifie que l'état a bien été envoyé aux parties et procède à l'examen de la régularité de celui-ci : est-il détaillé et exact, correspond-il aux fiches comptables du dossier ? Par contre, le juge ne soulève pas de contestation d'office des montants réclamés.

Il a été demandé aux experts de la construction d'envoyer, avec leur état, un courrier rappelant les dispositions de l'article 991 du Code judiciaire, spécialement dans les cas où les parties ne sont pas assistées d'un avocat. Peut-être serait-il opportun que les greffes, sur une base volontaire, adressent un courrier aux avocats ou aux parties pour les avertir du dépôt de l'état et du point de départ du délai.

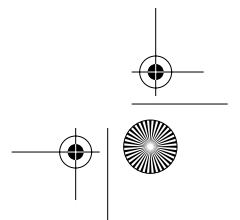
Une fois la taxation effectuée, le juge est dessaisi de la question et ne peut plus se prononcer une seconde fois sur l'état d'honoraires de l'expert<sup>52</sup>. Les parties qui souhaitent contester l'état mais qui ont tardé à faire valoir leurs observations devront dès lors interjeter appel de la décision de taxation à cette fin<sup>53</sup>.

Lorsque des contestations motivées sont émises dans le délai de trente jours, le juge doit convoquer les parties et l'expert à l'audience afin d'en débattre.

51. Art. 978 C. jud.

52. D. MOUGENOT et O. MIGNOLET, « La loi du 30 décembre 2009 "réparant" la procédure d'expertise judiciaire », *op. cit.*, n° 37.

53. Qu'en est-il cependant si la taxation sur minute a été effectuée par le juge d'appel ? Les parties peuvent-elles former opposition ? X. Malengreau défend quant à lui l'opinion suivant laquelle la taxation sur minute est une mesure d'ordre modifiable par le juge qui a procédé à la taxation (X. MALENGREAU, « Les frais et honoraires des experts... », *op. cit.*, p. 198, n° 106). Cette thèse semble peu compatible avec la possibilité qu'ont les parties d'interjeter appel de la décision de taxation sur minute, une mesure d'ordre n'étant pas susceptible d'appel (art. 1046 C. jud.).





#### 4. *La gestion des incidents*

Enfin, le juge doit veiller au règlement de tous les incidents qui surviennent au cours de l'expertise : contestations entre les parties ou entre les parties et l'expert, demandes de remplacement de l'expert, d'extension ou de prolongation de la mission de celui-ci.

La procédure à suivre, visée à l'article 973, § 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, est souple mais contraignante pour le magistrat : les parties et les experts s'adressent au juge par courrier motivé, le juge ordonne la convocation immédiate des parties et des experts, ce dont ceux-ci sont informés par courrier<sup>54</sup>, la comparution a ensuite lieu en chambre du conseil, dans le mois qui suit la convocation. Le juge statue dans les huit jours par décision<sup>55</sup> motivée.

À Liège, les incidents qui peuvent être réglés par simple courrier le sont, afin d'éviter les frais inhérents à une comparution. Si l'incident est plus sérieux, l'affaire est fixée devant le magistrat qui a ordonné l'expertise.

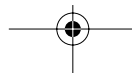
Les incidents sont très divers : il peut s'agir de pièces que l'expert ne parvient pas à obtenir de l'une des parties, de lenteurs de l'expert, de l'opportunité de la suspension de l'expertise en raison d'un appel, de la prise en charge de frais de sondages, d'une demande de report de réunion contestée...

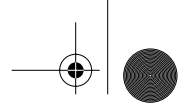
L'article 973 du Code judiciaire peut également s'avérer utile pour assurer le suivi d'expertises immobilières complexes au plan technique, comprenant un grand nombre de parties.

Par exemple, un litige relatif à des défauts affectant un immeuble à appartements multiples, tant dans ses parties communes que privatives, implique l'association des copropriétaires et les copropriétaires, souvent un promoteur, un architecte, des entrepreneurs. Si ce grand nombre de parties se double d'une complexité technique du dossier, l'expertise sera difficile à mener. Il est alors utile de fixer le dossier à des audiences relais et de vérifier la progression du dossier. Il est possible à ces audiences de tenter de dégager des accords au sujet de la prise en charge de sondages ou de travaux de réparation en nature, d'acter des calendriers pour la suite des opérations, de statuer sur les demandes de provision.

54. Ou par pli judiciaire si une partie fait défaut.

55. Non qualifiée autrement par le Code.





Le juge saisi d'un incident doit toutefois veiller à ne pas s'immiscer dans le domaine de l'expert en interférant dans les décisions d'ordre technique ou en exerçant une influence sur l'issue de l'expertise <sup>56</sup>.

Les décisions prises dans ce cadre ne sont pas susceptibles ni d'opposition ni d'appel <sup>57</sup>.

**1**

### **C. Une étape délicate dans l'expertise immobilière : la conciliation**

L'expérience démontre que la conciliation en matière d'expertise immobilière pose quelques difficultés sur lesquelles il nous a paru utile d'attirer l'attention des praticiens.

Il convient tout d'abord de veiller à préciser si les négociations revêtent ou non un caractère confidentiel car ce point n'est pas réglé par le code. S'il est fait choix de la confidentialité, l'expert ne pourra pas faire état du contenu des négociations en cas d'échec de celles-ci.

Si les parties se concilient, leur accord doit être constaté par écrit. L'expert n'étant pas juriste, l'avocat a intérêt à veiller à la rédaction adéquate du constat. La question de la prise en charge des honoraires de l'expert et des frais du procès ne doit pas être oubliée.

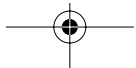
L'accord conclu peut soit être entériné par le juge conformément à l'article 1043 du Code judiciaire, soit faire l'objet d'un constat de conciliation, qui doit être déposé au greffe avec un état d'honoraires et frais détaillé de l'expert.

Il est fréquent, en matière immobilière, que les parties s'accordent sur l'exécution de travaux de réparation par l'entrepreneur. Il convient d'être attentif dans ce cas au rôle de l'expert. Celui-ci doit, à notre estime, se contenter d'une description des travaux de réparation <sup>58</sup> et il ne doit s'impliquer ni dans la mise en œuvre ni dans le contrôle ou la réception de ceux-ci, car il sortirait alors son rôle d'auxiliaire de justice chargé de donner un avis d'ordre

56. Certaines parties, mécontentes de la tournure de l'expertise, peuvent ainsi être tentées d'influencer son contenu en sollicitant du juge qu'il donne des injonctions à l'expert. À moins d'errements manifestes de l'expert, le débat technique doit, selon nous, se cantonner aux notes de faits directoires et aux réponses qui y sont apportées par ce dernier.

57. Art. 963, § 1<sup>er</sup>, C. jud.

58. Ce problème n'est d'ailleurs pas limité à la conciliation. Sur un plan général, la frontière entre le rôle de description des réparations à effectuer et celui d'auteur de projet de l'expert est très mince. La description des réparations et le chiffrage de leur coût implique en effet un travail sous-jacent de conception. L'expert prudent s'abstiendra de faire apparaître cette œuvre de conception dans son rapport car en cas de difficulté sa responsabilité pourrait être engagée.

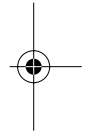




technique au juge<sup>59</sup>. Il est préférable, selon nous, que le maître d'ouvrage fasse appel à un architecte qui rédigera un cahier des charges et suivra les travaux pour son compte<sup>60</sup>, l'expert ne jouant qu'un rôle marginal de vérification de la conformité des travaux en cas de contestation.

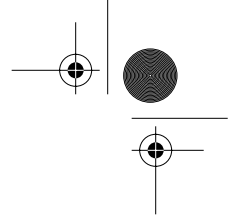
Il est prudent de prévoir, dans l'accord, que l'expertise est suspendue dans l'attente de la réalisation des travaux et qu'elle reprendra en cas d'exécution déficiente de ceux-ci<sup>61</sup>.

Si l'accord conclu contient des renonciations de part et d'autre et revêt donc un caractère transactionnel, il met fin à la procédure en cours. En cas d'inexécution de l'accord ou de difficulté d'exécution de celui-ci, une nouvelle procédure doit dès lors être introduite<sup>62</sup>, les parties ne pouvant se contenter, dans ce cas, de demander la fixation de l'affaire dans le cadre de la procédure qui a conduit à la désignation de l'expert. Il convient d'être attentif à ces différentes questions lorsqu'un accord est envisagé, afin d'éviter toute difficulté par la suite.



- 
59. Pour une définition de l'expert et de son rôle, voy. Cass., 15 février 2006, <http://www.juridat.just.fgov.be> ; voy. également, G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Formation permanente CUP, Liège, Anthemis, mai 2011, vol. 126, p. 36 et les références citées.
60. P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'expertise en matière immobilière », *op. cit.*, pp. 137 et 138, écrivent qu'en pratique, l'acceptation par l'expert de missions d'auteur de projet pose rarement de difficultés même si elle n'est pas conforme au Code judiciaire. Ils soutiennent que les parties peuvent, de commun accord, confier une telle mission à l'expert dans le cadre d'une conciliation totale ou partielle prévoyant l'exécution de travaux. Ils concèdent toutefois qu'en cas de difficulté, l'expert, désormais impliqué personnellement dans les travaux, ne pourrait plus connaître du litige. Cet inconvénient constitue à nos yeux un obstacle majeur à ce type de formule, compte tenu de la nécessité de désigner un nouvel expert pour les difficultés d'exécution, avec les frais que cela génère.
61. L'inconvénient de cette solution est son coût, l'expertise n'étant pas clôturée, de nouveaux frais seront sans doute à prévoir, ne fût-ce que parce que l'expert doit tenir le tribunal informé du suivi de l'expertise. Si on laisse l'expert clôturer son intervention, il convient de stipuler que l'accord est conclu sous réserve de sa bonne exécution.
62. Not. Comm. Mons, 20 décembre 2005, *R.D.J.P.*, 2006, p. 84 ; Comm. Hasselt, 25 octobre 1999, *Limb. Recht.*, 2000, p. 79.





## Conclusion

**1**

La loi du 15 mai 2007, parfois décriée, souvent critiquée<sup>63</sup>, a le mérite d'avoir remis le caractère subsidiaire de l'expertise en évidence et d'avoir offert au juge des moyens de la gérer de manière dynamique.

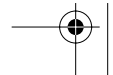
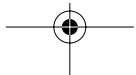
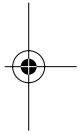
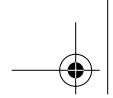
Il n'est cependant pas toujours facile de concilier les impératifs de rapidité et de réduction des coûts avec l'objectif final et primordial d'une expertise qui est de fournir au juge un rapport de qualité, lui permettant de trancher le litige en l'état.

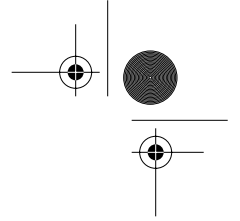
L'article 976 du Code judiciaire, suivant lequel l'expert ne peut pas tenir compte des observations tardives des parties, en constitue une belle illustration. Cette disposition est en effet de nature à accélérer le déroulement de l'expertise. Elle n'est toutefois guère satisfaisante car, que vaut un rapport qui n'offre aucune réponse à une objection parfois fondamentale d'une partie, pour l'unique motif qu'elle a été formulée tardivement ? Le juge peut certes écarter cette observation si elle est réitérée devant lui, ce qui évite la perte de temps inhérente aux mesures d'instruction complémentaires, mais c'est alors la rigueur qui est sacrifiée aux impératifs de rapidité.

Par ailleurs, les objectifs de contrôle accru de l'expertise par le juge et de maîtrise des coûts se révèlent quelque peu antinomiques, la multiplication des convocations à l'audience ayant un coût non négligeable pour les parties.

Une utilisation souple des dispositions législatives, privilégiant celles qui se révèlent à l'expérience véritablement utiles, est de nature à réduire ces inconvénients.

63. D. MOUGENOT et O. MIGNOLET, « La loi du 30 décembre 2009 "réparant" la procédure d'expertise judiciaire », *op. cit.*, p. 201, n° 1 soulignent le caractère impopulaire de certaines mesures de la loi, il est vrai que les experts n'apprécient guère l'obligation de consignation et dénoncent fréquemment les difficultés que cela leur occasionne, voir notamment P. FRANCOU et M. PÉTRÉ, « Honoraires in concreto... », *op. cit.*, p. 120 ; voir également, pour une critique plus générale de la loi ou de certains de ses aspects, B. PETIT et R. DE BRIEY, « La réforme de l'expertise opérée par la loi du 15 mai 2007 ou la loi qui n'eut pas dû exister », *J.T.*, 2008, p. 237 ; A. DEMOULIN et F. POTTIER, « La réforme de l'expertise judiciaire, analyse critique des incidences envisageables pour le domaine de la construction », *op. cit.*, p. 7.

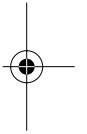




# 2

## Actualités en droit des marchés publics : état de la transposition <sup>1</sup>

Ann Lawrence DURVIAUX  
*professeur à l'U.Lg.  
avocate*

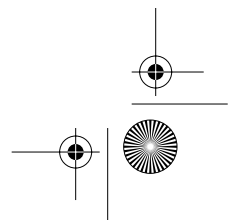
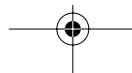
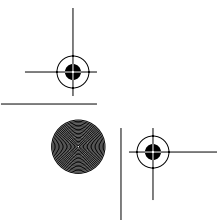


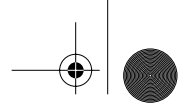
### SOMMAIRE

SECTION 1	
État de la transposition	34
SECTION 2	
L'arrêté royal du 15 juillet relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques	41

---

1. L'auteur se réserve la possibilité de réutiliser tout ou partie du présent texte.





## SECTION 1

**État de la transposition**

**1. Introduction.** Depuis 2006, il ne se passe guère une année sans que les praticiens du droit des marchés publics n'attendent fébrilement les arrêtés d'exécution des lois des 15 et 16 juin 2006, censées jeter les bases, en droit belge, de la transposition des directives 2004/18/CE (classique) et 2004/17/CE (secteurs spéciaux) pour la première, la seconde étant consacrée à la protection juridictionnelle (directives « recours » 89/665/CEE pour le secteur classique et 93/13/CEE pour les secteurs spéciaux). La loi du 24 décembre 1993, que ces deux lois étaient supposées remplacer, était entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1997, suite à l'adoption des arrêtés d'exécution des 8, 10 janvier 1996, 18 juin 1996 et 26 septembre 1996. La seule certitude que nous puissions avoir aujourd'hui est que l'entrée en vigueur des « nouvelles » lois, prendra cette fois, plus de temps encore.

**2. La condamnation de la Belgique pour non transposition des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE par la Cour de justice.** Dans deux arrêts du 23 avril 2009 (C-292/07 et C-287/07), la Belgique s'est vue condamnée pour une transposition incorrecte ou incomplète, outre qu'elle fut hors délai, des directives 2004/18/CE<sup>2</sup> et 2004/17/CE<sup>3</sup>. Entretemps, la directive 2007/66/CE est venue modifier, le 11 décembre 2007, les directives 89/665/CEE et

2. Étaient visés en particulier, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous b), lu en combinaison avec l'annexe I, ainsi que l'article 9, paragraphes 1<sup>er</sup>, seconde phrase, et 8, sous a), i) et iii), l'article 23, paragraphe 2, l'article 30, paragraphes 2 à 4, l'article 31, paragraphe 1, sous c), l'article 38, paragraphe 1, l'article 43, premier alinéa, sous d), l'article 44, paragraphes 2, deuxième alinéa, 3 et 4, l'article 46, premier alinéa, l'article 48, paragraphe 2, sous f), l'article 55, paragraphes 1, second alinéa, sous d) et e), et 3, l'article 67, paragraphe 2, deuxième et troisième alinéas, l'article 68, sous a), premier alinéa, l'article 72 et l'article 74, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 2083/2005 de la Commission, du 19 décembre 2005.
3. Étaient visés en particulier l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous b), c), second alinéa, et d), et paragraphe 13, second alinéa, l'article 14, paragraphe 4, l'article 17, paragraphe 10, sous a) et c), l'article 34, paragraphe 8, l'article 36, paragraphe 2, l'article 39, paragraphe 2, l'article 45, paragraphes 1 et 3, sous a) et c), l'article 48, paragraphes 1 à 4 et 6, sous c), l'article 49, paragraphes 2, deuxième tiret, et 3 à 5, l'article 50, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), l'article 52, paragraphe 1, l'article 57, paragraphes 1, second alinéa, sous d) et e), et 3, première phrase, ainsi que l'article 65, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ; la Belgique avait omis d'adopter, dans le délai prescrit, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer aux articles 9, 34, paragraphe 2, 52, paragraphe 3, et 57, paragraphe 3, seconde phrase, de la directive 2004/17/CE.





92/13/CEE, en améliorant « l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics ». Publiée le 20 décembre 2007, elle était censée être transposée au plus tard pour le 20 décembre 2009.

Ces deux évènements ont modifié quelque peu le cours « normal » des choses. Le législateur a préféré adapter la loi du 24 décembre 1993 aux nouvelles exigences du droit européen, remettant à plus tard la transposition des lois des 15 et 16 juin 2006. Par un arrêté royal du 29 septembre 2009 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi<sup>4</sup>, le Roi<sup>5</sup> a rencontré les critiques formulées par la Cour de justice dans ses arrêts C-292/07 et C-287/07.

**3. La condamnation par la Cour constitutionnelle de l'article 7 de la loi du 23 décembre 2009 transposant la directive « recours » 2007/66/CE.** Par une loi du 23 décembre 2009, le législateur a transposé la directive 2007/66/CE, avec quelques jours de retard. Réformant fondamentalement le système de protection juridictionnelle en le complexifiant singulièrement<sup>6</sup>, cette loi est entrée en vigueur le 25 février 2010.

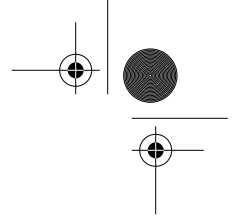
Dans un arrêt du 16 juin 2011 (n°105/2011), la Cour constitutionnelle a, à son tour, critiqué la transposition réalisée par la loi du 23 décembre 2009 en ce qu'elle fixait au 25 février 2010 l'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi.

Une société avait été informée par un courrier recommandé du 29 avril 2010, que sa candidature n'avait pas été retenue. La lettre mentionnait qu'elle pouvait s'adresser au Conseil d'État conformément à l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993. Elle le fit sans se soucier de démontrer l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable, ni l'extrême urgence, s'inscrivant dans le cadre de cette nouvelle disposition. Par un arrêt du 10 juin 2010 (n° 205.058), le Conseil d'État a toutefois considéré que l'article 65/15 n'était pas applicable puisque le marché avait été publié dans le *J.O.U.E.* et dans le *Bulletin des adjudications* le 27 janvier, soit avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 1999, fixée au 25 février 2010 en vertu de l'article 76 de l'arrêté royal du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du

4. M.B., 2 octobre 2009, pp. 65794 et s.

5. Dans le cadre de son habilitation prévue par l'art. 65, al. 1<sup>er</sup>, de la loi (mesures nécessaires pour assurer la transposition des dispositions obligatoires du Traité et des actes internationaux en résultant).

6. A.-L. DURVIAUX, Conclusions générales du colloque du 5 février 2010, *Entr. et dr.*, 2010, pp. 201-233.



24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

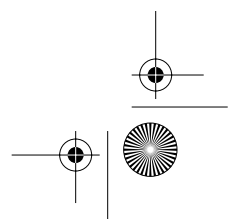
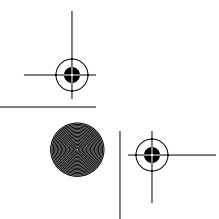
Après avoir vu son recours en annulation rejeté par le Conseil d'État, la partie requérante ne va pas en rester là. Elle s'est tournée vers la Cour Constitutionnelle pour demander l'annulation de l'article 7 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 23 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services habilitant le Roi à fixer la date d'entrée en vigueur de la loi, espérant aboutir à la rétractation de l'arrêt du Conseil d'État (sur base de l'article 17 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle).

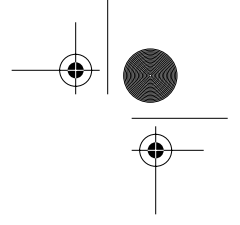
Le moyen unique d'annulation était pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec le principe général de l'application des lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure, avec l'article 160 de la Constitution et l'article 65/15 de la loi du 23 décembre 1993, avec les articles 2 et 3 du Code Judiciaire, avec le principe de légalité, avec le principe de la sécurité juridique et avec l'article 190 de la Constitution, ainsi que la directive 2007/66/CE.

Après avoir admis l'intérêt de la partie requérante (B.2.1. à B.3.3) et la recevabilité du moyen (B.4. à B5.2.), la Cour va considérer que le moyen est fondé en ce qu'il vise l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup> combiné avec l'article 65/15 de la loi du 23 décembre 2009.

En effet, il ressort d'une analyse des travaux préparatoires de la loi du 16 juin 2006 (jamais entrée en vigueur) et de la loi du 23 décembre 2009, en particulier suite à une remarque faite par la section législation du Conseil d'État, que la suppression de l'exigence de démonstration du préjudice grave tendait à se conformer à la directive recours en vigueur à l'époque (89/665/CEE et 92/13/CE), non modifiée sur ce point par la directive 2007/66/CE, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de justice, tout aussi constante à cet égard.

La Cour estime que lorsque le législateur, comme en l'espèce, intervient pour transposer des directives en droit interne, il doit tenir compte de la date à laquelle ces directives doivent être transposées et s'abstenir, lorsque le délai risque d'être dépassé, de prendre des mesures qui reportent l'entrée en vigueur de la loi au delà de ce délai de transposition. Dans le cas présent, la directive 2007/66/CE devait être transposée pour le 20 décembre 2009 et les travaux préparatoires ne contenaient aucune justification de l'habilitation conférée au Roi pour fixer l'entrée en vigueur de la loi.





La Cour constitutionnelle va rejeter la justification apportée par le Conseil des ministres, qui indiquait qu'il s'agissait de laisser aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité de s'adapter à la nouvelle réglementation pour l'organisation de leurs marchés publics. Elle considère que l'entrée en vigueur immédiate de l'article 65/15 n'était pas de nature à empêcher les pouvoirs adjudicateurs d'organiser des procédures de passation de leurs marchés publics puisque cette disposition a trait à une condition de saisine des juridictions compétentes (B.10).

Cet arrêt complique encore un peu plus la tâche des praticiens. D'une part, le régime des sanctions et recours applicable est une donnée parfois stratégique pour le choix d'une structuration du marché et du projet. Ces décisions sont prises en amont du processus d'attribution. D'autre part, l'annulation de l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 23 décembre 2009, « en ce qu'il règle l'entrée en vigueur de l'article 65/15 » a pour effet qu'il n'existe plus de disposition autorisant le Roi à fixer l'entrée en vigueur de cet article. Par conséquent, et à moins d'une intervention législative faisant rétroagir cet article avant sa publication, il est entré en vigueur 10 jours après sa publication au Moniteur belge (28 décembre 2009, soit le 12 janvier 2010). L'article n'entre donc pas en vigueur de manière rétroactive au 20 décembre 2009 (délai de transposition). Néanmoins, la partie requérante a obtenu une victoire d'étape bien utile : l'avis de marché ayant été publié le 27 janvier, c'était donc bien le nouveau régime qui devait s'appliquer.

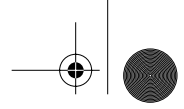
**4. La Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité (modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE).** Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ne sont pas les seules à devoir être transposées en droit interne.

Le gouvernement a déposé un projet de loi, le 15 juin 2011 (DOC 53 1592/001) visant la transposition de la directive 2009/81/CE dont le champ d'application est basé sur l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex art. 296 TCE) et comprend, en principe, tous les contrats d'achat d'équipement, travaux et services militaires, ainsi que les achats sensibles destinés à des fins de sécurité et impliquant de l'information classifiée<sup>7</sup>. Le projet a été adopté en séance plénière et transmis au Sénat<sup>8</sup>. La

---

7. DOC 53 1592/001, spéc. p. 5.

8. DOC 53 1592/005.



transposition doit impérativement entrer en vigueur le 20 août 2011, date ultime fixée par la directive 2009/81/CE.

Le régime transcende donc la distinction secteur classique et secteurs spéciaux, devenue usuelle en droit des marchés publics, puisqu'il s'applique aux pouvoirs adjudicateurs, aux entreprises publiques (pour leurs tâches de service public et en dehors de celles-ci) et aux entreprises privées bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux, tous secteurs confondus.

À terme, la loi du 15 juin 2006 est censée s'appliquer en principe aux marchés autres que ceux couverts par le projet de loi n° 1592 du 15 juin 2011. Des pouvoirs adjudicateurs comme le Ministère de la défense, la Police fédérale ou une zone de police sont susceptibles de relever des deux régimes, le régime prévu par la loi du 15 juin 2006 pour leurs marchés de fournitures de véhicules civils ou de matériel de bureau et le projet de loi n° 1592 du 15 juin 2011 pour leurs achats d'armements militaires ou d'équipements sensibles<sup>9</sup>.

Par équipements militaires, il faut entendre les types de produits repris sur la liste d'armes, de munitions et de matériel de guerre adoptée par la décision n°255/58 du Conseil du 15 avril 1958<sup>10</sup>. Cette liste générique, ne comporte que des équipements conçus, développés et produits à des fins spécifiquement militaires. Elle doit cependant être interprétée largement, à la lumière de l'évolution des technologies, des politiques d'acquisition et des besoins militaires conduisant au développement de nouveaux types d'équipements<sup>11</sup>. Dans le projet de loi, l'expression équipements militaires vise également des produits qui, bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ont ensuite été adaptés à des fins militaires pour pouvoir être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre.

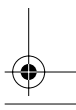
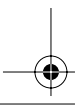
Par équipements sensibles (travaux, fournitures et services), il faut entendre des acquisitions qui ont des caractéristiques similaires à celles des acquisitions de défense<sup>12</sup>, soit en vertu de l'article 1, 7 de la directive 2009/81/CE, des équipements, travaux et services, destinés à des fins de sécurité qui font intervenir nécessairement et/ou comportent des informations classifiées. Ces dernières sont des informations que les dispositions législatives, réglementaires

9. DOC 53 1592/001, spéc. p. 6.

10. Décision définissant la liste des produits (armes, munitions et matériel de guerre) auxquels s'appliquent les dispositions de l'art. 296, § 1<sup>er</sup>, b du Traité CE (aujourd'hui art. 346, § 1, b du T.F.U.E.).

11. DOC 53 1592/001, spéc. p. 16.

12. DOC 53 1592/001, spéc. pp. 16-17.





ou administratives en vigueur dans un État membre imposent, pour des raisons de sécurité, de protéger contre un accès non autorisé <sup>13</sup>.

Par achats civils, il faut entendre des marchés de nature non militaire et qui, en application des conditions prévues par l'article 17, § 2, 4<sup>o</sup> du projet de loi, n'entrent pas dans le champ d'application de celui-ci. Ces marchés sont limités. Ils doivent avoir un but logistique comme le stockage, le transport, la distribution, l'entretien, le transport de personnel qui sont directement liés à l'opération <sup>14</sup>.

Un projet de loi distinct traitera de la protection juridictionnelle dans le domaine de la défense et de la sécurité <sup>15</sup>. Il est aisé de percevoir que d'autres équilibres sont à trouver entre d'une part, l'indispensable continuité du service public dans ces domaines particuliers et d'autre part, les droits des opérateurs économiques. Il semblerait que le Gouvernement se dirige vers le dépôt d'un projet de loi unique en matière de motivation, d'information et des voies de recours, loi censée remplacer la loi du 16 juin 2006 qui restera sans doute dans les annales comme une loi qui n'est jamais entrée en vigueur.

### 5. Le futur cadre normatif : synthèse et perspective temporelle

SECTEURS	DÉFENSE	CLASSIQUE	SPÉCIAUX/PUBLIC	SPÉCIAUX/PRIVÉ
<b>Passation</b>	L. 2011 (projet)	L.15.06.2006/2011	L.15.06.2006/2011	L.15.06.2006/2011
<b>Passation</b>	A.R.spéc. (new)	A.R. 15.07.2011	AR spéc. (new)	AR spéc. (new)
<b>Exécution</b>	RGE (new)	RGE (new)	RGE (new)	Droit commun
<b>Recours</b>	Loi 2011 (new)	Loi 2011 (new)	Loi 2011 (new)	Loi 2011 (new)

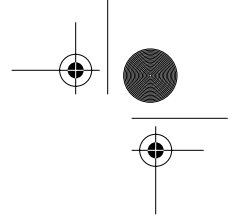
La transposition des directives européennes ne s'est pas faite sans difficultés. Il est vrai que l'architecture générale de la réglementation suppose l'élaboration de normes à valeur législative et que le processus parlementaire peut

13. Considérant 20 de la directive 2009/81/CE. En toute hypothèse, la passation de ces marchés ne doit pas porter atteinte aux obligations découlant de la décision 2001/844/CE, CSCE, Euratom de la Commission du 29 novembre 2001 modifiant son règlement intérieur ou de la décision 2001/264/CE du 19 mars 2001 adoptant le règlement de sécurité du Conseil. Enfin, l'article 346, § 1<sup>er</sup>, point a) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex 296, § 1<sup>er</sup>, point a) du TCE) donne aux États membres la possibilité d'exempter des dispositions de la directive 2009/81/CE des marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité si l'application de ces dispositions les obligerait à fournir des renseignements dont ils estimeraient la divulgation contraire aux intérêts essentiels de leur sécurité. Certains marchés sont à ce point sensibles que leur existence même doit être tenue secrète (DOC 53 1592/001, spéc. p. 18).

14. DOC 53 1592/001, spéc. p. 17.

15. DOC 53 1592/001, spéc. p. 7.





s'avérer particulièrement long, sans compter les difficultés liées à la situation politique belge depuis les dernières élections fédérales. Aussi, une proposition de loi a été déposée en vue de modifier l'habilitation prévue à l'article 75 de la loi du 15 juin 2006, permettant au Roi de prendre les mesures nécessaires, y compris l'abrogation, l'ajout, la modification ou le remplacement de dispositions *obligatoires*<sup>16</sup> résultant du Traité instituant la Communauté européenne et des actes internationaux pris en vertu de celui-ci et concernant les marchés publics visés par la loi, ces mesures devant faire l'objet d'un rapport soumis à la Chambre des représentants. Il s'agit d'habiliter le Roi à prendre les mesures nécessaires à la transposition des mêmes dispositions lorsque ces dernières sont *facultatives*<sup>17</sup>. Très clairement le but de cette proposition de loi est d'accélérer l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure de dialogue compétitif, la Commission européenne faisant pression sur les États membres au motif que l'absence de transposition favoriserait le recours « abusif », selon cette dernière, à la procédure négociée<sup>18</sup>. Dans son avis<sup>19</sup>, le Conseil d'État a suggéré que ces mesures fassent ensuite l'objet d'une confirmation législative, le texte a été adapté en ce sens<sup>20</sup>.

Le processus législatif ne serait pas complet sans une adaptation de la loi du 15 juin 2006 (non encore en vigueur), d'une part, pour ajuster ses dispositions en relation avec le projet de loi en matière de défense et de sécurité, d'autre part, pour ajuster les modalités de l'entrée en vigueur du nouveau régime (modification de l'article 80) afin d'éviter des vides juridiques, et enfin, pour affiner le texte avant son entrée en vigueur, puisque les réglementations européenne et belge ont évolué depuis (par exemple en matière de numérotation des nomenclatures et en matière d'enregistrement)<sup>21</sup>. Compte tenu des délais de transposition, le Gouvernement a demandé l'urgence pour l'ensemble des dispositions législatives, celles-ci étant en fait, liées. Le texte a été adopté par la Commission des finances et du budget<sup>22</sup>, adopté en séance plénière et transmis au Sénat<sup>23</sup>.

16. Souligné par l'auteur.

17. Souligné par l'auteur.

18. DOC 53 1436/001, spéc. p. 3.

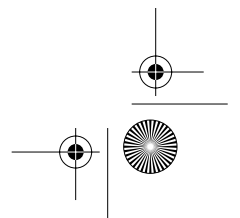
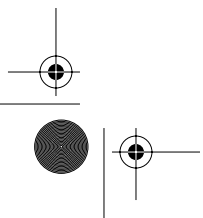
19. DOC 53 1590/001 – 1591/001, avis n° 49.529/1 du 5 mai 2011, pp. 41 et s., spéc. p. 52.

20. DOC 53 1590/001 – 1591/001, spéc. p. 15.

21. DOC 53 1590/004, spéc. pp. 5 et 6.

22. DOC 53 1590/005, le 28 juin 2011.

23. DOC 53 1590/006, le 7 juillet 2011.





## SECTION 2

**L'arrêté royal du 15 juillet relatif à la passation  
des marchés publics dans les secteurs classiques<sup>24</sup>**

2

**6. Présentation et structure.** Parfois, le temps pris pour faire les choses participe à la qualité du résultat. Et il est vrai que la nouvelle réglementation relative aux marchés publics s'inscrit résolument dans la modernité de par la qualité et la lisibilité de l'essentiel des textes qui entreront en vigueur. Commencé en 2005, l'exercice de rédaction aura donc pris six ans !

Deux améliorations méritent d'être soulignées.

La première : à la suite des directives européennes 2004/17/CE et 2004/18/CE, l'arrêté abandonne la structure construite autour des prestations économiques<sup>25</sup> (travaux, fournitures et services) qui amenait lourdeurs et redondances. Désormais, l'arrêté est structuré autour du processus de passation proprement dit, les chapitres 1 à 5 et 11 étant censés s'appliquer à toutes les procédures, sauf dispositions contraires dans la loi et l'arrêté<sup>26</sup>, tandis que les chapitres 6 à 10 s'appliquent à l'attribution en procédure ordinaire, en procédure négociée, aux procédures spécifiques (promotion, acquisition dynamique, enchère électronique, accord-cadre, concours de travaux, concours de projets) et aux concessions de travaux publics.

La seconde amélioration réside dans le souci de définition des notions fondamentales en ouverture du texte, l'article 2 de l'arrêté royal constituant un véritable lexique, bien utile pour la compréhension de l'ensemble des dispositions.

Moins convainquant, selon nous, le déplacement de certaines dispositions figurant auparavant dans l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et son annexe, le cahier général des charges, sous prétexte que ces prescriptions doivent être prises en considération par le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires au stade de la passation du marché<sup>27</sup>. Cette explication ne nous semble guère pertinente. En effet, *a priori*, les parties au contrat doivent tenir compte des futurs engagements contractuels dès la passation. À suivre cette tendance, toute devrait donc figurer dans l'arrêté passation.

24. Ci-après, « l'arrêté », publié dans le *Moniteur Belge* à la date du 9 août 2011, 1<sup>re</sup> éd., pp. 44.862-45.174.

25. Et non de la « nature » du marché comme le présente de manière erronée le rapport au Roi.

26. Rapport au Roi.

27. Rapport au Roi.





La structure de l'arrêté royal n'en reste pas moins logique et particulièrement fluide au regard de son objet. Il s'ouvre (chapitre 1<sup>er</sup>) sur des dispositions générales relatives aux définitions, au champ d'application, à la prospection du marché, aux moyens de communication, aux spécifications techniques, aux variantes, options et lots, aux modalités relatives aux prix, ainsi qu'aux conflits d'intérêts et aux ententes. Viennent ensuite les règles d'estimation du marché (chapitre 2), préalables indispensables aux choix des modalités particulières de passation, les règles de publicité (chapitre 3), les règles relatives aux dépôts des demandes de participation et des offres (chapitre 4), les règles relatives au « droit » d'accès et à la sélection qualitative (chapitre 5). L'attribution des marchés publics en adjudication et en appel d'offres fait l'objet d'un chapitre particulier (chapitre 6), tout comme l'attribution en procédure négociée (chapitre 7) et ensuite d'un dialogue compétitif (chapitre 8). Le chapitre 9 regroupe les règles relatives aux marchés et procédures spécifiques ou complémentaires, comme les marchés de promotion de travaux, le système d'acquisition dynamique, l'enchère électronique, l'accord-cadre, le concours de travaux et le concours de projets, les concessions de travaux publics et les marchés passés par les concessionnaires de travaux publics ayant été isolés dans le chapitre 10. Enfin, le texte se termine par des dispositions modificatives et finales.

**7. Champ d'application.** L'arrêté transpose notamment certaines dispositions de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services<sup>28</sup>. Il va au delà de l'exercice de transposition puisqu'il contient des règles spécifiques au droit belge des marchés publics, à bien des égards plus détaillés que le droit européen. Il est va ainsi des règles précises de comparaison des offres dans le cadre des procédures ouvertes et restreintes.

L'arrêté n'est applicable qu'aux marchés relevant du champ d'application du titre II de la loi<sup>29</sup>, soit les marchés publics dans le secteur classique. Il s'agit, pour faire simple, des marchés publics<sup>30</sup> passés par les pouvoirs adjudicateurs<sup>31</sup>, par les organismes de droit public<sup>32</sup> dont la liste figure en annexe 1 à l'arrêté royal et des marchés passés par des personnes privées mais subventionnés

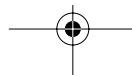
28. Article 1<sup>er</sup>.

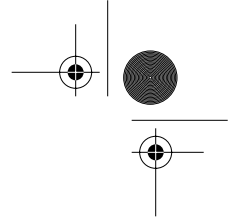
29. Article 3.

30. Tels que définis aux articles 16 à 18 de la loi du 15 juin 2006.

31. Tels que définis par l'article 2, 1<sup>o</sup> de la loi du 15 juin 2006.

32. Tels que définis par l'article 2, 1<sup>o</sup>, c de la loi du 15 juin 2006





par des pouvoirs adjudicateurs, pour autant que les seuils européens<sup>33</sup> soient atteints<sup>34</sup>. La jurisprudence européenne imposait par ailleurs l'application du droit européen aux universités et établissements d'enseignements privés, ainsi qu'aux hôpitaux publics et privés, compte tenu de son interprétation extensive de la notion d'entité créée pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dont la gestion et le financement est étroitement lié aux pouvoirs publics<sup>35</sup>. Le régime particulier prévu par l'article 115 de la loi du 14 janvier 2002 pour le secteur hospitalier sera donc, à terme, formellement abandonné.

Une ambiguïté des règles applicables au secteur scolaire et hospitalier privé persiste en droit belge et en droit européen. En effet, la jurisprudence européenne relative à l'interprétation du concept d'entité créée pour satisfaire un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial est susceptible d'induire l'obligation d'appliquer à l'ensemble des marchés passés par des opérateurs privés qui sont globalement dépendant des pouvoirs publics, le droit européen au dessus des seuils européens et les dispositions du droit interne en dessous des seuils européens. Par contre, le droit dérivé et le droit belge ne prévoient l'application du droit européen que pour leurs marchés subventionnés au dessus des seuils européens lorsqu'ils sont relatifs aux travaux de génie civil et de bâtiments relatifs aux hôpitaux et établissement scolaires et des services qui y sont liés. Une articulation cohérente des textes semble délicate.

## A. Généralités

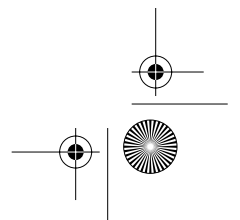
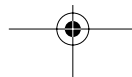
**8. Prospection.** L'arrêté précise qu'avant de lancer une procédure de passation, « le pouvoir adjudicateur peut prospecter le marché en vue d'établir les documents et les spécifications du marché, à condition que cette prospection n'ait pas pour effet d'empêcher ou de fausser la concurrence »<sup>36</sup>. Cette prospection était évoquée dans le 8<sup>e</sup> considérant de la directive 2004/18/CE. Il est assez usuel que des acheteurs se tiennent informés de l'évolution des produits et techniques dans les secteurs qui les intéressent du point de vue industriel ou commercial. Le rapport au Roi le rappelle tout en précisant que cette prospection ne peut conduire à une sorte de pré-négociation et ne

33. Définis à l'article 32 de l'A.R.

34. Assouplissement bienvenu par rapport au régime antérieur.

35. Sur cette jurisprudence voy., A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 138-164.

36. Art. 5.





peut avoir pour effet d'empêcher ou de fausser la concurrence, notamment en imposant une fabrication déterminée ou un procédé particulier<sup>37</sup>. Cette précision a le mérite de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de faire ouvertement ce qu'ils ont toujours fait de manière discrète car redoutant de commettre des indécidables avec le droit des marchés publics, pratique parfois appelée « dialogue technique »<sup>38</sup>. Par contre, les limites posées restent trop vagues. À notre sens, les textes ne prohibent pas des choix techniques pertinents qui pourraient avoir pour effet de réduire le nombre des opérateurs économiques susceptibles de répondre dans le cadre de la procédure de passation, pour autant que ces exigences techniques reposent sur des motifs pertinents – motifs qui pourront le cas échéant être contrôlés par le juge. Toute interprétation plus stricte aurait la fâcheuse conséquence de transformer le droit des marchés publics en un instrument de nivellement par le bas des opérateurs économiques et des prestations fournies. En effet, si les prescriptions techniques doivent permettre la concurrence la plus large possible – sans autre nuance –, elles devraient en effet, toujours reprendre le niveau de qualité le plus bas, soit celui susceptible d'être rencontré par le plus grand nombre d'opérateurs. Ce nivellement par le bas n'entre évidemment pas dans les objectifs du droit européen.

**9. Sous-traitance.** Les documents du marché peuvent demander au soumissionnaire d'indiquer dans son offre la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés<sup>39</sup>. Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité du soumissionnaire<sup>40</sup>. En toute hypothèse, le soumissionnaire respecte l'alinéa premier pour les sous-traitants et les autres entités visées à l'article 74<sup>41</sup> dont la capacité a

37. Proscrit par l'art. 8, § 2, al. 1<sup>er</sup> de l'arrêté.

38. L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'Hooghe (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, pp. 403-405, n<sup>os</sup> 649 à 653.

39. Alors que l'article 25 de la directive 2004/18/CE offre la possibilité d'imposer cette mention, le texte de l'arrêté ne prévoit qu'une simple faculté.

40. Art. 12 de l'arrêté.

41. Cet article dispose que : « Un candidat ou un soumissionnaire peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il prouve, dans ce cas, au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du candidat ou du soumissionnaire. Ces entités sont soumises à l'application de l'article 61. Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités. Le pouvoir adjudicateur peut limiter dans les documents du marché la possibilité pour un candidat ou un soumissionnaire de faire valoir les capacités d'autres entités lorsque le droit d'accès n'est pas accordé à ces dernières sur la base de l'article 21 de la loi ».





été déterminante pour sa sélection dans une procédure comprenant une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation<sup>42</sup>. L'arrêté tend en fait à imposer cette mention aux candidats dans les procédures restreintes ou négociée avec publicité lorsque la capacité des tiers a été déterminante pour la sélection.

2

Il est regrettable que le texte n'ait pas tranché la question de la sanction de l'absence de mention du sous-traitant lorsque le pouvoir adjudicateur l'impose ou lorsque la capacité du sous-traitant est déterminante pour la sélection. Il est tout aussi regrettable que le texte n'exige pas l'indication des sous-traitants envisagés plutôt que l'intention de sous-traiter. En effet, ce n'est qu'avec cette précision que le pouvoir adjudicateur peut réellement opérer un choix et une sélection éclairée.

Le pouvoir adjudicateur avisé veillera donc à préciser dans le cahier spécial des charges son degré d'exigence en terme de précision sur l'identité des sous-traitants, le caractère fermé ou pas de cette liste, la sanction de l'absence de précision sur la validité de la candidature ou de l'offre, les modalités d'acceptation du recours à un sous-traitant ne figurant pas sur la liste en cours d'exécution.

Une certaine flexibilité nous semble devoir être préservée dans la mesure où si le pouvoir adjudicateur peut se soucier légitimement des entreprises qui exécuteront in fine concrètement le marché, les soumissionnaires doivent également avoir la latitude de gérer leurs relations d'affaires au mieux de leurs intérêts, dans un contexte économique changeant.

Enfin, le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter la possibilité de faire valoir les capacités d'autres entités (et donc de sous-traitants) si celles-ci bénéficient du droit d'accès prévu à l'article 21 de la loi du 15 juin 2006, soit des entreprises provenant de pays avec lesquels l'Union européenne ou la Belgique ont conclu des traités.

**10. Marchés à lots.** Plusieurs nouveautés sont à signaler pour les marchés à lots en matière de sélection qualitative d'une part, et en matière de comparaison des offres.

En cas de marchés à lots, le pouvoir adjudicateur peut fixer les niveaux d'exigences minimales en termes de critères de sélection qualitative qui sont requis d'une part, pour chacun des lots séparément et d'autre part, en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire.

---

42. Art. 12, al. 2 de l'arrêté.





Lorsque le pouvoir adjudicateur fait usage de cette dernière faculté, il vérifie lors de l'attribution des lots concernés, s'il est satisfait aux niveaux d'exigences précités<sup>43</sup>. Il s'agit donc de permettre une sélection qualitative en deux étapes : une sélection pour chaque lot et ensuite une sélection en cas d'attribution de plusieurs lots au même soumissionnaire. Cette seconde sélection a lieu au moment de l'attribution du marché, lorsque le classement des différentes offres pour l'ensemble des lots est connu<sup>44</sup>.

Le principe du droit pour les soumissionnaires de remettre une offre pour tous les lots est réaffirmé dans des termes claires : lorsque le marché comporte des lots, « le soumissionnaire peut remettre offre pour un, pour plusieurs ou pour la totalité d'entre eux »<sup>45</sup>. Toutefois, l'arrêté prévoit désormais que : « lorsque la nature d'un marché déterminé le rend nécessaire, et dans les conditions fixées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les documents du marché peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels le soumissionnaire peut faire offre ». Lorsque le pouvoir adjudicateur fait usage de cette dernière faculté, le soumissionnaire indique dans ses offres pour plusieurs lots son ordre de préférence pour l'attribution de ces lots<sup>46</sup>. À défaut, le pouvoir adjudicateur peut procéder par tirage au sort<sup>47</sup>.

Désormais, dans ses offres pour plusieurs lots, le soumissionnaire peut présenter soit un ou plusieurs rabais en adjudication, soit une ou plusieurs propositions d'amélioration en appel d'offres, pour le cas où ces mêmes lots lui seraient attribués, à condition que les documents du marché ne l'interdisent pas<sup>48</sup>. Auparavant, les rabais ou propositions d'amélioration devaient être autorisés par le cahier spécial des charges<sup>49</sup>. Cette modalité peut être délicate à appliquer en cas d'utilisation d'enchère électronique<sup>50</sup>.

En adjudication, lorsque des soumissionnaires ont proposé des rabais, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse est déterminé, pour tout lot, en tenant compte des rabais qui ont été proposés pour certains groupements de lots et du prix le plus bas pour l'ensemble de tous les lots<sup>51</sup>.

43. Art. 58, § 4, de l'arrêté royal.

44. Rapport au Roi.

45. Art. 54, § 2, al. 2, de l'arrêté.

46. Art. 89, al. 2, de l'arrêté.

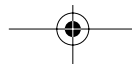
47. Art. 100, § 2, al. 5, et 101, § 2, al. 5, de l'arrêté.

48. Art. 89, al. 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.

49. Art. 101, al. 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

50. Rapport au Roi.

51. Art. 100, § 2, al. 4, de l'arrêté.





En appel d'offres, lorsque des soumissionnaires ont proposé une amélioration de leur offre, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminé, pour tout lot, en tenant compte à la fois des améliorations qui ont été proposées pour certains groupements de lots et de l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux<sup>52</sup>.

La règle est nouvelle. Auparavant, le pouvoir adjudicateur devait tenir compte du « groupement des lots » qui formait soit l'offre la plus basse, soit l'offre économiquement la plus avantageuse<sup>53</sup>.

**11. Emploi des langues.** L'article 102 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996<sup>54</sup> énonce que, dans le cas où le cahier spécial des charges est rédigé en plus d'une langue (nationale), le soumissionnaire indique la langue qu'il choisit pour l'interprétation du contrat. Comme le soulignent B. Schutyser et T. Villé<sup>55</sup>, faute de s'en être exprimé, il est censé avoir choisi la langue dans laquelle il a rédigé son offre, pour autant que cette langue soit l'une de celles dans laquelle le cahier spécial des charges est rédigé. Toutefois, le pouvoir adjudicateur pouvait exiger que l'offre soit rédigée dans une des langues nationales, une telle exigence n'étant pas incompatible avec le droit européen<sup>56</sup>, pour autant que le pouvoir adjudicateur n'aille pas jusqu'à exiger une traduction intégrale de toutes les annexes souvent rédigées en anglais.

La nouvelle disposition en matière d'emploi des langues est plus précise. Elle dispose que : « sans préjudice de l'application des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en son absence, dans les autres documents du marché, la ou les langues dans lesquelles les candidats ou les soumissionnaires peuvent introduire leur demande de participation ou leur offre »<sup>57</sup>. « Dans le cas où les documents du marché sont rédigés en plus d'une langue, l'interprétation des pièces a lieu dans la langue de la demande de participation ou de l'offre, pour autant que les documents du marché soient établis dans cette langue »<sup>58</sup>.

52. Art. 101, § 2, al. 4, de l'arrêté.

53. Art. 113, al. 2, et 115, al. 1<sup>er</sup>, de l'A.R. du 8 janvier 1996.

54. Ainsi que l'art. 90 de l'A.R. du 10 janvier 1996.

55. « Het voorbereiden en indienen van een aanvraag tot deelneming of een offerte door ondernemingen », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 1332, p. 745.

56. M.-F. MARTIN, « Implementation of the EC Public Procurement Rules in Spain : a note on Case C-71/92 », *P.P.L.R.*, 1994, CS82.

57. Art. 53, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.

58. Art. 53, § 2, de l'arrêté.





En vertu de la législation en matière d'emploi des langues, coordonnées le 18 juillet 1966, l'**avis de marché** et les **cahiers spéciaux des charges** doivent être considérés soit comme des « communications adressées au public » (procédures avec publicité) soit des « rapports avec un particulier » (procédures sans publicité)<sup>59</sup>. Les documents doivent donc être établis dans la ou les langues prévues par ces lois<sup>60</sup>. La commission permanente de contrôle linguistique a admis une nuance pour les avis et communication destinés à l'étranger ou effectués à l'étranger. Ces derniers peuvent être rédigés dans une autre langue que les langues employées en Belgique, à condition toutefois que le nom et l'adresse des services concernés soient mentionnés dans les langues officielles que ces services sont supposés utiliser<sup>61</sup>. Les dispositions régissant l'emploi des langues s'imposant aux services des administrations<sup>62</sup>, elles s'appliqueront donc dans le **traitement des offres**, pour les soumissionnaires nationaux<sup>63</sup> et non pour les soumissionnaires étrangers, ceux-ci sortant du champ d'application de la législation sur l'emploi des langues<sup>64</sup>.

Le Conseil d'État a jugé que la décision d'attribution motivée ne peut être considérée comme un « document interne » au sens des Lois sur l'emploi

59. Rapport au Roi.

60. V. la « jurisprudence » constante de la Commission permanente de contrôle linguistique (avis n° 973 du 6 mai 1965, n° 2.040 du 15 février 1968, n° 3.838 du 8 janvier 1976). Voy. également M.-A. FLAMME, Ph. MATHEL, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, 1A, Bruxelles, Confédération de la Construction, 1996-1997, 6<sup>e</sup> éd., 1011 ; F. GOSELIN, *L'emploi des langues en matière administrative*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 68 ; T. DE PELSMAEKER, L. DERIDDER, F. JUDO, J. PROOT et F. VANDENDRIESSCHE, *Taalgebruik in bestuurszaken*, Bruges, La Chartes, 2004, 43, n° 103, cités par L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartes, Bruges, 2009, n° 893, p. 508, note 351.

61. Commission permanente de contrôle linguistique, avis n° 23.038 du 13 juin 1991, n° 27.169 du 18 avril 1996, n° 28.104 du 20 mars 1997, cité par L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartes, Bruges, 2009, n° 894, p. 508, note 352.

62. Art. 10 (pour les services locaux établis dans la région linguistique néerlandaise, française ou allemande), art. 17 (pour les services locaux établis dans la Région de Bruxelles-Capitale), art. 23 et s. (pour les services locaux établis dans les communes de la périphérie), art. 32 et s. (pour les services régionaux) et art. 39 et s. (pour les services dont le champ d'activité s'étend à l'ensemble du pays) des Lois sur l'emploi des langues en matière administrative.

63. Art. 12 (pour les services locaux établis dans la région linguistique néerlandaise, française ou allemande), art. 19 (pour les services locaux établis dans la Région de Bruxelles-Capitale), art. 25 (pour les services locaux établis dans les communes de la périphérie), art. 33, § 1, al. 3, art. 34, § 1<sup>er</sup>, al. 4, art. 35, § 1 et art. 36, § 1<sup>er</sup> (pour les services régionaux) et art. 41, 44, 46 et 47 (pour les services dont le champ d'activité s'étend à l'ensemble du pays) des Lois sur l'emploi des langues en matière administrative.

64. Commission permanente de contrôle linguistique, avis n° 29.188 du 10 décembre 1998.





des langues en matière administrative, de sorte qu'elle doit être notifiée dans la langue du territoire où les candidats ont leur siège. Le Conseil d'État estime que la lettre de notification de la décision motivée est communiquée et la décision motivée doivent être traitées de la même manière, étant entendu que la langue que les candidats ont utilisée (ou la langue du territoire où ils sont établis) est déterminante pour désigner la langue que l'administration doit utiliser <sup>65</sup>.

**L'offre**, et par extension **les demandes de participation**, lorsqu'elles sont rédigées par des entreprises n'entrent pas dans le champ d'application de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative (au sens de l'article 52) <sup>66</sup>. La Commission permanente avait cependant admis que le pouvoir adjudicateur exige l'emploi d'une langue déterminée. Cette solution est désormais reprise dans le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 53, le rapport au Roi indiquant en outre, que la langue peut également être imposée pour les annexes de l'offre. En vertu de l'article 59, 1<sup>o</sup> de l'arrêté, le pouvoir adjudicateur peut également, s'il l'estime nécessaire, leur demander une traduction des documents sauf s'il s'agit d'un document officiel émanant d'une autorité publique et rédigé dans une des langues officielles belges, l'alinéa 2 du § 1<sup>er</sup> de l'article 53 permettant également au pouvoir adjudicateur de demander la traduction des annexes établies dans une langue autre que celle de l'avis de marché, ou en son absence, des autres documents du marché.

Un décret du Parlement flamand du 30 juin 1981 impose aux soumissionnaires établis dans une commune flamande sans facilités d'utiliser le néerlandais dans la rédaction de leur offre et demande de participation <sup>67</sup>.

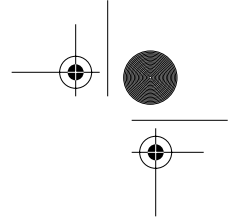
Le paragraphe 2 de l'article 53 porte sur **l'interprétation « des pièces »** <sup>68</sup> **en cas de pluralité de langue**. Doctrine et Commission permanente du contrôle linguistique estiment que les contrats conclus par les pouvoirs publics avec

65. C.E., 30 avril 1996, n° 59.456, Euro Trading Company ; C.E., 28 février 2008, n° 180.177, Mewaf International ; F. JUDO, « Overheidsopdrachten, openbaarheid en taalwetgeving : de meubelen gered ? » (note sous C.E., 28 février 2008, n° 180.177, Mewaf International), *R.A.B.G.*, 2008, 1008-1012, cité par L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 900, p. 510.

66. Rapport au Roi.

67. Décret du 30 juin 1981 complétant les articles 12 et 33 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées par l'arrêté royal du 18 juillet 1966, en ce qui concerne l'emploi des langues dans les rapports entre les services administratifs de la région linguistique néerlandaise et les particuliers, *M.B.*, 10 novembre 1981.

68. Le rapport au Roi indique qu'il s'agit du contrat, des demandes de participation (et par extension de l'offre et de ses annexes).



des entreprises privées (des particuliers) tombent dans le champ d'application de la législation en matière d'emploi des langues <sup>69</sup>.

## B. La sélection des candidats <sup>70</sup>

### 1. Généralités

**12. Le droit d'accès et la sélection qualitative.** La sélection s'opère <sup>71</sup>, comme par le passé <sup>72</sup>, sur la base des dispositions relatives au droit d'accès <sup>73</sup>—expression qui recouvre les anciennes hypothèses d'exclusion —et des critères de sélection qualitative <sup>74</sup>.

**13. Le niveau d'exigence requis et les critères de sélection.** L'arrêté précise désormais que les critères de sélection et leurs niveaux d'exigence doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché <sup>75</sup>. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum devient obligatoire <sup>76</sup>. Il s'agissait, selon le Rapport au Roi, de donner suite à un arrêt du Conseil d'État <sup>77</sup> et de tenir compte de la jurisprudence européenne <sup>78</sup>, lors des procédures en une seule phase, le pouvoir adjudicateur doit sélectionner tous les soumissionnaires répondant aux exigences minimales, sans qu'il puisse sur ce plan opérer un choix entre eux <sup>79</sup>. Cette précision constitue une interprétation erronée de la jurisprudence. En effet, l'arrêt du Conseil d'État a simplement précisé qu'à défaut d'avoir précisé des exigences minimales dans le cahier spécial des charges ou l'avis de marché, le pouvoir

69. Commission permanente de contrôle linguistique, avis n° 26.116 du 22 décembre 1994 ; T. VAN SANTEN, *Het taalprobleem in België*, Bruges, Vanden Broele, 2002, 26 ; F. GOSSELIN, *L'emploi des langues en matière administrative*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 80, cité par L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 901, pp. 510-511.

70. Chapitre 5 de l'arrêté.

71. En vertu de l'art. 58, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté, principes figurant dans les 20 à 22 de la loi du 15 juin 2006, l'art. 20 habilitant le Roi à prendre des règles à cet égard.

72. Art. 16, 42 et 68 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

73. Art. 61 à 66 de l'arrêté.

74. Art. 67 à 79 de l'arrêté.

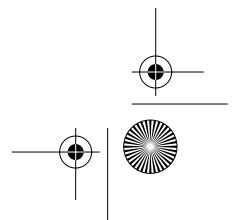
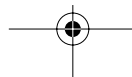
75. Conformément à l'art. 44.2 de la Directive 2004/18/CE ; A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 427 ; C.J.C.E., 9 juillet 1987, aff. n° 27/86 à 29/86, Bellini ; C.J.C.E., 27 février 2003, n° C-327/00, Santex.

76. Art. 58, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de l'arrêté.

77. C.E., n° 159.657, 7 juin 2006, S.P.R.L. Archi+.

78. C.J.U.E., 23 avril 2009, *Commission c/ Belgique*, C-287/09 et C-292/07.

79. Rapport au Roi.





adjudicateur ne pouvait *a posteriori* insérer celles-ci dans le cours de la procédure de passation<sup>80</sup>. Le Conseil d'État avait par ailleurs déjà indiqué qu'à défaut d'avoir précisé des exigences minimales dans le régime antérieur, cela n'empêchait pas le pouvoir adjudicateur de considérer que les capacités n'étaient pas manifestement suffisantes pour réaliser l'ensemble des lots pour lesquels un soumissionnaire avait déposé une offre<sup>81</sup>. À notre sens, cette nuance aurait été utile à préserver dans la nouvelle version de l'arrêté : à défaut d'avoir posé des exigences minimales, le pouvoir adjudicateur aura du mal à justifier la non-sélection d'une entreprise sauf si cette dernière ne présente manifestement pas les capacités suffisantes au regard de l'objet du marché. Par souci de transparence également, le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir<sup>82</sup>.

Nouveauté en procédure négociée avec publicité, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération les candidats déjà sélectionnés lors d'une procédure antérieure (quel que soit le mode de passation) à laquelle il n'a pas été donné suite. Lorsque le marché est soumis à une publicité européenne préalable obligatoire, les noms et adresses des candidats déjà sélectionnés sont mentionnés dans l'avis de marché<sup>83</sup>.

**14. Les nombres minima et maxima de candidats pour les procédures en deux phases.** Pour les procédures en deux phases, l'arrêté<sup>84</sup> reprend le système du nombre minimal de candidats sélectionnés<sup>85</sup> : cinq pour les procédures restreintes, trois pour les procédures négociées avec publicité et le dialogue compétitif. Si le nombre de candidats retenus doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, il est encore précisé que cela n'est le cas que pour autant qu'il y ait suffisamment de candidats appropriés<sup>86</sup>. Pour les marchés soumis à publicité européenne, le pouvoir adjudicateur doit en outre indiquer dans l'avis de marché, le nombre minimal et maximal (le cas échéant) de candidats qu'il envisage de sélectionner<sup>87</sup>. Le rapport au Roi

80. Dans le même sens, voy. P. FLAMEY, J. BOSQUET, « De selectiebeslissing inzake overheidsopdrachten in het licht van het transparantiebeginsel », *Entr. et dr.*, 2010 pp. 345 à 360.

81. C.E., n° 212.507 du 7 avril 2011, BVBA Algemeen Groenbeheer Baart ; C.E., n° 208.493 du 28 octobre 2010, N.V. Telenet.

82. Art. 58, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de l'arrêté.

83. Art. 58, § 2, de l'arrêté.

84. Art. 58, § 3, de l'arrêté.

85. Art. 16, 42 et 68 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

86. Cette disposition fait ainsi écho à : C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Hochtief et Linde Aff.*, C-138/08.

87. Art. 58, § 3, *in fine* de l'arrêté.





précise les modalités d'application de cette disposition en restant au stade des grandes généralités. Il semble, en effet, évident que la logique des procédures en deux phases est de réduire le nombre de candidats invités à remettre une offre, qu'il ne peut inclure des entreprises qui n'ont pas demandé à y participer (!), que le minimum ne peut être un maximum<sup>88</sup>, et que le nombre maximum revêt un caractère contraignant, ce que s'empresse de préciser le Rapport au Roi, tout en indiquant que le caractère contraignant ne l'est pas lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de départager les candidats.

**15. La révision de la sélection qualitative.** Lors de l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur peut revoir la sélection d'un candidat déjà sélectionné si sa situation personnelle ou sa capacité ne répondent plus à ce moment aux conditions de sélection déterminées (droit d'accès et critères de sélection qualitative)<sup>89</sup>. Entre le moment où la sélection qualitative est réalisée et le moment où la décision d'attribution peut être prise, il s'écoule parfois du temps, la situation des entreprises pouvant se détériorer dans l'intervalle. Le texte précise qu'il s'agit d'une faculté, laquelle était d'ailleurs déjà prévue par la circulaire du Premier Ministre du 10 février 1998 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services. Le rapport au Roi précise que cette révision ne peut en aucun cas conduire à une régularisation d'un candidat ou d'un soumissionnaire qui ne remplissait pas les conditions de sélection quant à la période de référence à prendre en considération pour la sélection et qu'un candidat ne peut plus être repêché à un stade ultérieur pour prendre la place d'un candidat sélectionné qui serait écarté.

**16. Les compléments d'information.** Comme par le passé, le pouvoir adjudicateur peut exiger compléments d'informations auprès des candidats et soumissionnaires<sup>90</sup> relatifs au droit d'accès (situation d'exclusion) et aux critères de sélection qualitative. Il peut en outre exiger la traduction de certains documents « sauf s'il s'agit d'un document officiel émanant d'une autorité publique et rédigé dans une des langues officielles belges ; il peut encore, à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, d'une part, s'informer par tous les moyens utiles de la situation des candidats et soumissionnaires<sup>91</sup>,

88. Cette disposition fait ainsi écho à : C.J.C.E, 26 septembre 2000, *Commission c./ République française*, aff. C-225/08.

89. Art. 58, § 5, de l'arrêté ; v. également l'art. 41, § 2, pour la liste de candidats sélectionnés et l'art. 41, § 3, pour le système de qualification.

90. Art. 20, § 3, 46, § 3, 72, § 4, de l'A.R. du 8 janvier 1996 ; art. 17bis, § 3, 43bis, § 3, 69bis, § 3 et 92, de l'A.R. du 8 janvier 1996.

91. Sans préjudice de l'art. 60, voir point suivant. Auparavant, ce n'était prévu que pour les obligations en matière de sécurité sociale.





et d'autre part, exiger la production des statuts et actes de sociétés (éventuellement traduits), ainsi que « de toute modification des informations relatives à ses administrateurs ou gérants »<sup>92</sup>.

Le rapport au Roi indique que le texte consacre une faculté dans le chef du pouvoir adjudicateur et non un droit dans le chef des candidats et soumissionnaires, en ce sens qu'il ne pourrait être reproché au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir procédé à une interrogation<sup>93</sup>. Cette précision doit être nuancée. Le principe de proportionnalité en droit communautaire et, du reste, les principes de bonne administration en droit interne, semblent imposer aux pouvoirs adjudicateurs une certaine pro-activité dans la recherche des documents afin de ne pas multiplier les rejets de candidatures (et des offres). Aussi, ils ne pourraient se contenter de rester passifs lorsqu'une simple précision suffirait à permettre une sélection. C'est du reste ce que préconise le rapport au Roi dans le cas où certains documents ou renseignements sont manquants<sup>94</sup> lorsqu'il précise que le pouvoir adjudicateur en tenant compte des principes fondamentaux de concurrence, de bonne gestion et d'égalité, « devra, pour ce qui concerne la capacité financière et économique, vérifier si le candidat ou le soumissionnaire a justifié qu'il n'était pas en mesure de présenter les références demandées pour prouver sa capacité et s'il demande de pouvoir prouver celle-ci par tout autre document considéré comme approprié » par lui et « pourra, pour ce qui concerne les causes d'exclusion et les capacités financières, économique, technique et professionnelle, demander les renseignements ou documents non remis et inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ou expliciter ceux déjà en sa possession, en vue d'élargir la concurrence ».

Une telle demande ou invitation aura nécessairement lieu à l'égard de tous les candidats ou soumissionnaires se trouvant dans une situation similaire et, en procédure ouverte, ne peut porter atteinte au caractère intangible des offres. En outre, des exigences supplémentaires par rapport à celles initialement prévues ne pourraient être fixées<sup>95</sup>.

**17. Mesures de simplification administrative.** Comme par le passé<sup>96</sup>, le pouvoir adjudicateur qui a accès gratuitement par des moyens électroniques à des renseignements ou des documents émanant d'autorités publiques

---

92. Art. 59 de l'arrêté.

93. Rapport au Roi.

94. Rapport au Roi.

95. Rapport au Roi.

96. Art.s 20, § 4, 46, § 4 et 72, § 4, de l'A.R. du 8 janvier 1996.





lui permettant de vérifier la situation des candidats ou des soumissionnaires concernés, dispense ceux-ci de la communication desdits renseignements ou de la présentation desdits documents. Le pouvoir adjudicateur doit mentionner dans les documents du marché, les renseignements ou documents qu'il va demander par voie électronique. Il procède lui-même à la collecte de ces renseignements ou documents et en consigne les résultats dans le dossier administratif<sup>97</sup>.

Nouveauté introduite par l'arrêté<sup>98</sup>, sauf disposition contraire dans les documents du marché, le candidat ou le soumissionnaire est dispensé de produire les renseignements et documents exigés s'il les a déjà fournis au cours d'une autre procédure organisée par le même pouvoir adjudicateur, à condition d'identifier cette procédure dans sa demande de participation ou dans son offre et pour autant que les renseignements et documents mentionnés répondent aux exigences requises ; il incombe donc au candidat ou au soumissionnaire de respecter ces deux conditions ou, à défaut, d'en assumer la responsabilité.

**18. Mesures diverses.** En matière de sélection qualitative proprement dite<sup>99</sup>, il n'y a guère de nouveautés. Signalons, le modèle de déclaration bancaire figurant en annexe 3 de l'arrêté et certains assouplissements pour les marchés en dessous des seuils européens<sup>100</sup>.

## 2. Droit d'accès

**19. L'accès au marché : exclusion « obligatoire » et exclusion « facultative.** L'arrêté exécute l'article 20 de la loi en ce qu'il détermine des causes « d'exclusions obligatoires »<sup>101</sup>, valables pour toutes les procédures, comme par le passé<sup>102</sup>. Il peut néanmoins y être dérogé pour des exigences impératives d'intérêt général.

Il prévoit également comme par le passé<sup>103</sup> des causes d'exclusions facultatives<sup>104</sup>, sans préjudice de la législation en matière d'agrément, la terminologie ayant été adaptée pour la réorganisation judiciaire<sup>105</sup>. Les pouvoirs

97. Art. 60, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.

98. Art. 60, § 2, de l'arrêté.

99. Art. 67 à 79 de l'arrêté.

100. Art. 73 de l'arrêté.

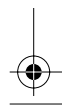
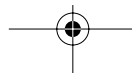
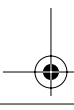
101. Art. 61, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.

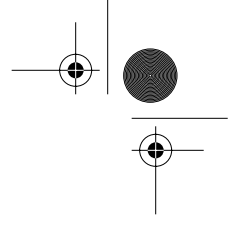
102. Art. 17, 43 et 69 de l'A.R. du 8 janvier 1996

103. Art. 17, § 2, 43, § 2 et 69, § 2, de l'A.R. Du 8 janvier 1996.

104. Art. 61, § 2, de l'arrêté.

105. Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises.





adjudicateurs ne sont pas tenus d'appliquer toutes les causes d'exclusion facultative<sup>106</sup>. Tout en étant « facultatives », les pouvoirs adjudicateurs ne pourront pour des raisons évidentes, ne se lier à une entreprise dans une situation d'exclusion que de manière tout à fait exceptionnelle<sup>107</sup>, en invoquant des raisons précises comme la détention d'un monopole.

2

Selon la jurisprudence de la Cour de justice<sup>108</sup>, le droit européen dérivé applicable<sup>109</sup> doit être interprété en ce sens qu'il énumère, de manière exhaustive, les causes fondées sur des considérations objectives de qualité professionnelle, susceptibles de justifier l'exclusion d'un entrepreneur de la participation à un marché public de travaux. Toutefois, cette directive ne fait pas obstacle à ce qu'un État membre prévoie d'autres mesures d'exclusion visant à garantir le respect des principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence, pourvu que de telles mesures n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Mais le droit communautaire doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition nationale qui, tout en poursuivant les objectifs légitimes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, instaure une **présomption irréfragable d'incompatibilité** entre la qualité de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise exerçant une activité dans le secteur des médias d'information et celle de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise qui se voit confier par l'État ou une personne morale du secteur public au sens large l'exécution de marchés de travaux, de fournitures ou de services<sup>110</sup>.

**20. La déclaration sous serment et la déclaration solennelle.** Si les dispositions en matière de preuves pour les nationaux<sup>111</sup> sont identiques à celles prévues par l'arrêté du 8 janvier 1996, celles relatives aux moyens de preuves alternatifs lorsque les documents et certificats ne sont pas délivrés dans le pays concerné évoluent en ce qu'elles fixent un ordre de priorité : d'abord la déclaration sous serment, en ensuite la déclaration solennelle dans le seul cas où un tel serment n'existe pas dans le pays concerné. La déclaration

106. Rapport au Roi.

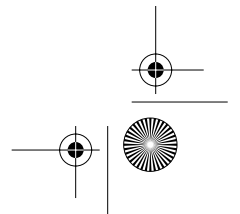
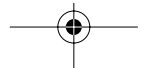
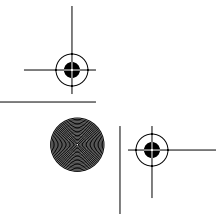
107. Rapport au Roi.

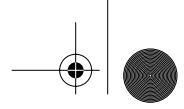
108. C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff.C-213/07.

109. L'art. 24, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, telle que modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997.

110. C.J.C.E., aff.C-213/07, préc., pt 63.

111. Art. 63, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de l'arrêté.





sous serment renvoie à un système spécifique qui existe dans plusieurs pays et par lequel une autorité compétente confère une force probante à certaines déclarations. Ainsi, en Grande-Bretagne, la déclaration relative aux dettes sociales se fait devant un « commissioner of oath »<sup>112</sup>. La déclaration solennelle doit être faite solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance<sup>113</sup>.

**21. La déclaration sur l'honneur.** Dans le cadre de la simplification administrative<sup>114</sup>, le pouvoir adjudicateur peut autoriser dans les documents du marché, les candidats ou les soumissionnaires, à produire une déclaration sur l'honneur confirmant qu'ils ne se trouvent pas dans un des cas d'exclusion visés par l'arrêté (système de déclaration explicite). Les documents du marché peuvent prévoir que par le seul fait de leur participation, les candidats ou les soumissionnaires formulent une telle déclaration (système de déclaration implicite).

Toutefois, la simplification administrative est minime puisque la déclaration sur l'honneur ne peut être assimilée à un moyen de preuve<sup>115</sup>. Le pouvoir adjudicateur devra partant vérifier l'exactitude de la déclaration sur l'honneur pour les candidats entrant en considération pour la sélection, avant de prendre la décision de sélection et, pour les soumissionnaire susceptible d'être désigné adjudicataire, avant de prendre la décision d'attribution<sup>116</sup>. S'il a accès gratuitement par des moyens électronique, le pouvoir adjudicateur pourra procéder lui-même aux vérifications<sup>117</sup>.

**22. Les obligations en matière sociales et fiscales.** Comme par le passé<sup>118</sup>, le candidat ou soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre, une attestation de l'Office national de Sécurité sociale<sup>119</sup> dont il résulte qu'il est en règle en matière de paiement de ses cotisations de sécurité

112. Rapport au Roi.

113. Art. 61, § 3, de l'arrêté.

114. Art. 61, § 4, de l'arrêté.

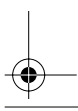
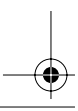
115. Rapport au Roi.

116. Art. 61, § 4, al. 2 de l'arrêté.

117. Art. 60, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté. Pour les moyens de preuve et les autorités nationales compétentes dans les différents États membres, la Commission européenne a mis à disposition les informations utiles sur le site [http://ec.europa/internal\\_market/publicprocurement/2008\\_18/index\\_fr.htm](http://ec.europa/internal_market/publicprocurement/2008_18/index_fr.htm) (Rapport au Roi).

118. Art. 17bis, 43bis et 69bis de l'A.R. du 8 janvier 1996.

119. La référence à la sécurité d'existence est supprimée car ne concernant qu'un nombre restreint de travailleurs et faisant l'objet d'une vérification lors de l'octroi de l'agrément (rapport au Roi).





sociale <sup>120</sup>, selon des modalités différentes s'il emploie du personnel assujetti à la sécurité sociale belge ou à une législation applicable dans un autre État membre (application de la loi du pays d'établissement). Élément de simplification, l'attestation porte sur l'avant-dernier trimestre civil écoulé avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas, quelle que soit la date à laquelle elle est établie <sup>121</sup>. Est considérée en règle par rapport à cette obligation, le candidat ou soumissionnaires qui d'une part, a transmis à l'Office national de Sécurité sociale toutes les déclarations requises jusque et y compris celles relatives au trimestre civil visé ci-dessus, et d'autre part, n'a pas pour ces déclarations une dette en cotisations supérieure à 3.000 euros <sup>122</sup>, ou a obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement. Toutefois, si la dette en cotisations est supérieure à 3.000 euros, le candidat ou le soumissionnaire sera considéré comme étant en règle s'il établit, avant la décision de sélectionner les candidats ou d'attribuer le marché, selon le cas, qu'il possède, à la fin du trimestre civil pertinent, à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique au sens de la loi du 15 juin 2006, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal, à 3.000 euros près, à celui pour lequel il est en retard de paiement de cotisations. Il devra à cet égard produire un document émanant du pouvoir adjudicateur ou de l'entreprise publique <sup>123</sup>.

La production des attestations n'est pas requise lorsque le montant estimé du marché n'excède pas 30.000 euros. Le pouvoir adjudicateur s'enquiert dans ce cas de la situation du candidat ou du soumissionnaire afin de vérifier s'il est en règle par rapport aux obligations prévues au présent article <sup>124</sup>.

Le pouvoir adjudicateur peut <sup>125</sup>, c'est une nouveauté consacrant une pratique bien établie, s'enquérir de la situation du candidat ou du soumissionnaire assujetti à la sécurité sociale des travailleurs indépendants afin de vérifier s'il est en règle avec ses obligations en matière de paiement de ses cotisations de sécurité sociale. Comme par le passé <sup>126</sup>, la production des attestations prévues ci-dessus lors du dépôt de l'offre n'est pas requise si elles avaient déjà été

120. Art. 62 de l'arrêté.

121. Rapport au Roi.

122. Au lieu de 2 500 € dans l'A.R. du 8 janvier 1996.

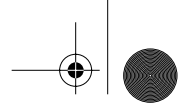
123. Rapport au Roi.

124. Art. 62, § 4, de l'arrêté.

125. Art. 62, § 5, de l'arrêté.

126. Art. 90, § 3, de l'A.R. du 8 janvier 1996.





jointes à la demande de participation, pour autant qu'elles concernent la même période <sup>127</sup>.

Les principes du système ont été étendus aux obligations en matière fiscale <sup>128</sup>. Il s'agit d'une nouveauté. Le candidat ou le soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre, selon le cas, une attestation dont il résulte qu'il est en règle par rapport à ses obligations fiscales professionnelles selon les dispositions légales du pays où il est établi. Elle porte sur la dernière période fiscale écoulée avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas <sup>129</sup>. Ces obligations sont susceptibles de viser la T.V.A., l'I.P.P. ou ISOC mais également les taxes locales et régionales liées à la profession comme la taxe sur la force motrice, sur les ordinateurs, sur les bureaux, le mobilier urbain. Sont exclues les dettes fiscales non professionnelles, comme les droits de succession, de donation, la redevance T.V. <sup>130</sup>. Une dette non supérieure à 3.000 € ne posera pas problème, pas plus d'une dette supérieure pour autant que des délais de paiement aient été accordés et soient respectés strictement ou que le candidat ou le soumissionnaire possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique au sens de la loi du 15 juin 2006, des créances certaines, liquides et exigibles équivalent au montant de son retard de paiement <sup>131</sup>.

**23. L'interdiction d'accès.** Comme par le passé <sup>132</sup>, le candidat ou le soumissionnaire se voit refuser l'accès à la procédure de passation d'un marché lorsqu'il a été chargé de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ce marché s'il retire de ces prestations un avantage qui empêche ou qui fausse les conditions normales de concurrence <sup>133</sup>. Toutefois, avant de rejeter la demande de participation ou l'offre pour ce motif, un débat contradictoire est instauré <sup>134</sup>, avec la possibilité d'adresser des justifications en principe dans les 12 jours, la preuve de l'envoi incombant au candidat ou soumissionnaire. Sont également visées, les entreprises liées à ces derniers <sup>135</sup>. L'exception prévue antérieurement pour les marchés conception-réalisation <sup>136</sup>

127. Art. 62, § 5, de l'arrêté.

128. Art. 63 de l'arrêté.

129. Art. 63, al. 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.

130. Rapport au Roi

131. Art. 63, al. 2 et 3, de l'arrêté.

132. Art. 78 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

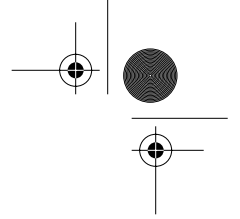
133. Art. 64, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.

134. Art. 64, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de l'arrêté.

135. Art. 64, § 2, de l'arrêté.

136. Article 78, § 3, 1<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.





a été supprimée parce qu'elle n'avait pas beaucoup de sens<sup>137</sup>. L'exception prévue pour les marchés passés par procédure négociée sans publicité ne figure plus dans cette disposition et est prévue ailleurs<sup>138</sup>.

**24. Forme juridique.** Les candidats ou les soumissionnaires qui, en vertu de la législation de l'État membre de l'Union européenne dans lequel ils sont établis, sont habilités à exécuter le marché concerné, ne peuvent être exclus de l'accès à la procédure de passation au seul motif qu'ils devraient être soit une personne physique, soit une personne morale en vertu de la loi belge<sup>139</sup>. La précision est nouvelle mais conforme à une jurisprudence de la Cour de justice bien établie ; elle est prévue à l'article 4.1, alinéa 1<sup>er</sup>, de la directive 2004/18/CE<sup>140</sup>.

### 3. Les mécanismes de liste fermée de candidats sélectionnés et de pré-qualification pour les marchés nationaux

**25. La liste de candidats sélectionnés et le système de qualifications.** Pour les marchés similaires nationaux<sup>141</sup>, en cas de procédure restreinte ou négociée avec publicité, et sans préjudice (pour les marchés de travaux) de la législation relative à l'agrégation, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à un système de liste de candidats sélectionnés<sup>142</sup> ou à un système de qualification<sup>143</sup>, sans que la mise en place de ces deux systèmes n'empêche l'attribution d'un marché en dehors de ceux-ci, moyennant des modalités de sélection qualitative plus classiques<sup>144</sup>.

Ces modes spécifiques de sélection qualitative, qui simplifient le travail administratif pour les pouvoirs adjudicateurs, ne sont pas inconnus. Le premier était déjà prévu aux articles 14, § 2, 40, § 2, et 66, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Le second était déjà pratiqué dans les secteurs spéciaux<sup>145</sup>.

137. Rapport au Roi.

138. Art. 106, al. 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.

139. Art. 65 de l'arrêté.

140. Rapport au Roi.

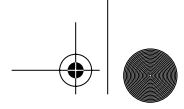
141. Art. 41 de l'arrêté.

142. Le modèle d'avis figurant à l'annexe 9 de l'arrêté.

143. Le modèle d'avis figurant à l'annexe 10 de l'arrêté.

144. L'arrêté ne le précise pas, le Rapport au Roi indiquant qu'il n'a pas donné lieu à la suggestion du Conseil d'État de le préciser de manière expresse, puisque « cela allait de soi ». À notre sens, cela ne va pas de soi, puisqu'il pourrait être plaidé que la logique du système est d'offrir aux candidats sélectionnés dans la liste, la possibilité d'être sollicité régulièrement. S'il est important de simplifier les formalités administratives, il semble tout aussi important de permettre aux opérateurs économiques de gérer leurs affaires avec une certaine prévisibilité, en ajustant leur décision de remettre ou pas des offres en fonction de leurs ressources.

145. Art. 49 et 53 de la directive 2004/17/CE.



Dans les deux systèmes, le mode de passation doit être déterminé au plus tard au moment de l'invitation à remettre une offre <sup>146</sup>.

**26. Les modalités de mise en œuvre : nouveautés.** Les modalités de leur mise en œuvre ont cependant évolué.

La liste de candidats sélectionnés, dont la validité passe à trois ans <sup>147</sup> est désormais fermée à de nouveaux candidats. Si le rapport au Roi précise que la sélection doit s'opérer en tenant compte de la nature et de l'objet du marché, il ne précise pas comment gérer l'absence de précision sur le volume des prestations censées être confiées dans le cadre de ce système alors que cette donnée est très souvent prise en considération lors de l'élaboration des critères de sélection qualitative. Lorsqu'il est fait usage de la liste, le pouvoir adjudicateur doit inviter tous les candidats sélectionnés à remettre une offre <sup>148</sup>.

Le système de qualification reste, quant à lui ouvert, en ce sens que les opérateurs économiques peuvent à tout moment demander à y être repris. Il fait l'objet d'une publication annuelle ou après chaque actualisation des critères et règles du système, conforme au chapitre 5 de l'arrêté (relatif à la sélection et au droit d'accès). Seconde différence, le pouvoir adjudicateur peut en outre opérer une seconde sélection, sur la base des articles 67 à 79 de l'arrêté, à l'intérieur du système, pour choisir les candidats auxquels il va demander de remettre une offre, en tenant compte des minimas imposés <sup>149</sup> (5 pour les procédures restreintes, 3 pour la procédure négociée).

Le système doit répondre à plusieurs conditions <sup>150</sup> : « 1° le pouvoir adjudicateur ne peut imposer à certains demandeurs des conditions administratives, techniques ou financières qui n'auraient pas été exigées pour d'autres, ni exiger des essais ou des justifications si des preuves objectives sont déjà disponibles ; 2° les règles et critères concernant le droit d'accès visés aux articles 61 à 66 et les critères de sélection qualitative visés aux articles 67 à 79 ainsi que les renseignements et documents demandés à ce sujet sont communiqués aux entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services intéressés ; le pouvoir adjudicateur procède de la même façon après une éventuelle actualisation de ces éléments ; 3° le pouvoir adjudicateur prend sa décision quant à la qualification dans un délai de quatre mois à compter de l'introduction de la demande ; 4° la décision motivée d'acceptation ou de rejet d'une

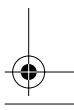
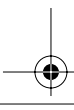
146. Art. 41, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de l'arrêté.

147. Au lieu d'un an dans le régime antérieur.

148. Art. 41, § 2, de l'arrêté.

149. Par l'art. 58 de l'arrêté.

150. Art. 41, § 3, 1° à 5°.





demande de qualification est fondée sur les critères et règles de qualification visés au 2° et est immédiatement communiquée au demandeur ; 5° en cas de retrait d'une qualification, celui-ci est fondé sur les critères et règles de qualification visés au 2°. L'intention motivée de retrait est communiquée préalablement par écrit à l'intéressé, qui peut introduire une réclamation écrite dans les quinze jours, après quoi une décision est prise ».

Ces nouvelles modalités de sélection qualitative ont été vivement critiquées par la Confédération de la Construction qui défendait la thèse selon laquelle les deux systèmes faisaient double emploi avec l'agrément des entrepreneurs de travaux et qui redoutait l'émergence de systèmes de qualification régionaux concurrents, tout en critiquant le caractère fermé de la liste de candidats sélectionnés.

### C. Attribution

**27. Délai d'engagement.** « Les soumissionnaires restent engagés par leur offre, telle qu'elle a été éventuellement rectifiée par le pouvoir adjudicateur, pendant un délai de nonante jours à compter de la date limite de réception. Les documents du marché peuvent fixer un autre délai » <sup>151</sup>.

Par rapport au régime antérieur <sup>152</sup>, trois modifications méritent d'être soulignées. D'une part, le délai est allongé de 30 jours afin de tenir compte de la réalité, les administrations prenant souvent d'ailleurs beaucoup plus de temps pour comparer les offres compte tenu des contrôles internes et externes imposés à ces dernières, sachant que la durée du délai se répercute dans les prix <sup>153</sup>. D'autre part, la disposition est étendue à toutes les procédures de passation à l'exception des procédures négociées, pour lesquelles les documents du marché doivent prévoir l'application de l'article 57 <sup>154</sup>. Enfin, il n'est plus permis aux soumissionnaires de préciser eux-mêmes le délai de validité de leurs offres sur invitation du cahier spécial des charges comme par le passé <sup>155</sup>, afin de faciliter les opérations de comparaison des offres <sup>156</sup>.

Dernière nouveauté, il est désormais prévu qu'« avant l'expiration du délai d'engagement, le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires une prolongation volontaire de ce délai, sans préjudice de l'application

---

151. Art. 57, al. 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.

152. Art. 116 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

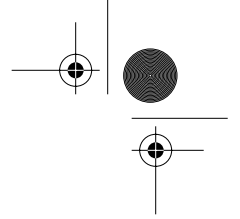
153. Rapport au Roi.

154. Art. 106 de l'arrêté.

155. Art. 116, al. 2, de l'A.R. du 8 janvier 1996.

156. Rapport au Roi.





des articles 103 ou 104 dans le cas où, en adjudication ou en appel d'offres, les soumissionnaires ne donnent pas suite à cette demande »<sup>157</sup>. Cette disposition consacre une pratique administrative répandue. Les pouvoirs adjudicateurs veilleront toutefois, en cas d'absence de réponse des entreprises, à l'application des articles 103 et 104<sup>158</sup> en cas de notification du marché après l'expiration des délais de validité des offres. Certains pourraient s'étonner de cette application cumulative des dispositions des articles 57, aliéna 2, 103 et 104 et considérer qu'elle n'est guère logique dans la mesure où, en ne confirmant pas la validité de son offre, il peut être déduit que le soumissionnaire se désintéresse du marché. Toutefois, les articles 103 et 104 sont des dispositions protectrices des intérêts des entreprises, dans la mesure où elles leur permettent dans des circonstances précises de demander une majoration ou une modification de leur offre, souplesse qui semble indispensable lorsque la comparaison des offres s'éternise.

**28. Contenu de l'offre : adjudication et appel d'offres.** Comme par le passé<sup>159</sup>, le contenu de l'offre en adjudication et en appel d'offres est précisé par l'arrêté<sup>160</sup>. De nouvelles mentions sont introduites comme celles relatives à l'ordre de préférence des lots<sup>161</sup> et aux prix<sup>162</sup> : le montant total de l'offre, s'il y a lieu taxe sur la valeur ajoutée comprise, tel que détaillé le cas échéant dans le métré récapitulatif ou l'inventaire, les suppléments de prix ; le cas échéant, les rabais ou améliorations pour tout ou partie de l'offre ; les rabais ou améliorations en cas de marché à lots ; toute autre donnée relative au prix tel que prévu dans les documents de marché.

**29. Contradiction des documents : adjudication et appel d'offres.** Reprenant et élargissant à tous les marchés<sup>163</sup> – et non plus simplement aux marchés de travaux à prix global – l'ordre de priorité des documents du marché en cas de contradiction de ceux-ci est désormais fixé par l'arrêté<sup>164</sup> et non plus dans le cahier général des charges<sup>165</sup>. En principe, puisqu'un ordre différent peut être prévu par le cahier spécial des charges, il faut se référer d'abord aux plans,

157. Art. 57, al. 2, de l'arrêté.

158. Reprenant les dispositions des art. 116 et 117 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

159. Art. 90 et 93, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de l'A.R. du 8 janvier 1996.

160. Art. 81 de l'arrêté.

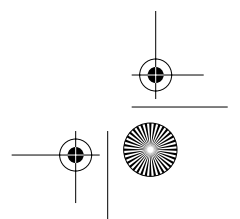
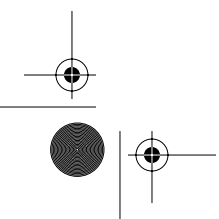
161. Art. 89, al. 2, de l'arrêté.

162. Art. 81, 2<sup>o</sup>, de l'arrêté.

163. Rapport au Roi.

164. Art. 85 de l'arrêté.

165. Art. 24, §§ 1<sup>er</sup> et 3, du Cahier général des charges (annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996).





ensuite au cahier spécial des charges et enfin, au métré récapitulatif ou à l'inventaire. Lorsque les plans contiennent des contradictions, le soumissionnaire peut se prévaloir de l'hypothèse la plus avantageuse pour lui, à moins que les autres documents du marché ne donnent des précisions à cet égard.

2

**30. Variantes.** Le principe de l'unicité de l'offre était inscrit dans la réglementation de longue date<sup>166</sup> et a toujours été considéré comme une exigence qui tendait à lutter contre les manipulations des uns et des autres tout en assurant le respect du principe d'égalité des soumissionnaires<sup>167</sup>. Cette exigence et partant la jurisprudence du Conseil d'État, semblent contraires au droit européen. Le principe de proportionnalité, tel qu'interprété par la Cour de justice pourrait impliquer dans l'hypothèse de la remise d'une pluralité d'offres, qu'un soumissionnaire (ou son offre) ne puisse être écarté que pour autant qu'il soit établi dans les faits que la concurrence a été faussée d'une manière ou d'une autre *in concreto*<sup>168</sup>. Le président du tribunal de Liège a suivi ce raisonnement dans une ordonnance inédite relative à une hypothèse de pluralité d'offres<sup>169</sup>, en s'écartant du prescrit de la réglementation belge au motif qu'elle est contraire au droit européen.

Quoi qu'il en soit, la seule exception au principe de l'unicité de l'offre en droit belge, réside, hier et aujourd'hui encore (l'article 54 de l'arrêté reprenant le principe énoncé dans l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 – contraire selon nous à la jurisprudence européenne) dans la possibilité de remettre des variantes.

Dans le régime de 1993, le cahier spécial des charges pouvait autoriser la remise de variantes (facultatives) ou l'imposer (obligatoires). La jurisprudence et la doctrine avaient une conception restrictive de la variante limitant celle-ci à des modes d'exécution alternatifs par rapport à la solution de base mais qui ne pouvaient concerner que l'exécution technique du projet établi par le pouvoir adjudicateur à l'exclusion de sa conception<sup>170</sup>, tirant à notre sens à

166. Voy., notamment, l'art. 103 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

167. C.E., 13 décembre 1995, n° 42.117, *N.V. Drager Ballings* ; C.E., 15 juillet 1999, n° 81.861, *N.V. JC Decaux Belgium Publicité* ; C.E., 3 juin 2003, n° 120.103, *S.P.R.L. Aelteman et al.* ; C.E., 7 mars 2007, n° 168.570, *S.P.R.L. Uniform Diffusion*, cités par L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 805, p. 467, note 238.

168. C.J.U.E., 19 mai 2009, *Assitur*, aff.-538/07 ; C.J.U.E., 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07 ; C.J.U.E., 15 mai 2008, *Secap*, aff. C-147/06 et 148/06 ; C.J.U.E., 3 mars 2005, *Fabri-com*, aff. C-21/03 et 34/03.

169. Réf. Liège, 1<sup>er</sup> décembre 2009, Rôle 09/913/C, *Altiplan et autre c/ Centre Hospitalier Chrétien*.

170. D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, p. 331, n° 830 ; C.E., 30 juin 1988, n° 30.567, *Mewaf*.



tort des enseignements généraux d'un cas d'espèce<sup>171</sup>. La remise de variante était autorisée tant en adjudication (à l'exclusion des variantes libres) qu'en appel d'offres, et pouvait être autorisée ou imposée en procédure négociée<sup>172</sup>.

Si les directives européennes n'autorisent pas de manière explicite la remise de variantes dans le cadre d'une procédure où le choix a lieu en vertu du prix le plus bas (selon la terminologie belge, en adjudication), la possibilité de tenir compte de variantes libres n'étant consacrée que lorsque la procédure implique de choisir sur la base du critère de l'offre économique la plus avantageuse, le régime de droit interne nous semble parfaitement conforme au droit européen dans la mesure où les variantes autorisées en adjudication ne sont pas des variantes libres<sup>173</sup>. Au demeurant, l'interdiction de remettre des variantes libres en adjudication n'est guère logique. En effet, des solutions innovantes peuvent également dans certaines circonstances conduire à des économies<sup>174</sup>.

La notion de « variante libre » a été introduite dans la loi de 1993 sur les marchés publics. Elle était censée remplacer la notion belge de « suggestion » utilisée par la Loi du 14 juillet 1976 et condamnée par la Cour de justice<sup>175</sup>, afin de se rapprocher de la terminologie des directives européennes et des avis de marché standardisés, où le terme de « variante » était utilisé. L'adjectif « libre » a été ajouté afin de distinguer cette notion de la « variante » proposée ou imposée par l'administration. L'art. 60 de la Loi de 1993 sur les marchés publics parle toujours à propos des critères d'attribution en matière de marchés

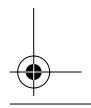
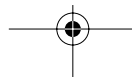
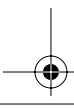
171. C.E., 13 décembre 1995, n° 57.019, *N.V. Drager Ballings*. Le Conseil d'État a précisé dans cet arrêt que la notion de variante impliquait l'exécution du marché selon un autre procédé technique ou avec d'autres matériaux (que ceux prévus dans le cahier spécial des charges), ce qui ne signifie pas encore qu'il puisse s'agir d'autre chose (voy., A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier 2006, n°s 442 à 446, pp. 487 à 492).

172. En adjudication, voy. les art. 113, al. 1<sup>er</sup>, de l'A.R. du 8 janvier 1996 et art. 101, al. 1<sup>er</sup>, de l'A.R. du 10 janvier 1996 et, en appels d'offres, les art. 115, al. 4, de l'A.R. du 8 janvier 1996 et art. 103, al. 4, de l'A.R. du 10 janvier 1996.

173. Voy. dans le même sens, D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 1997, p. 333, n° 833.

174. *Contra* : L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Charte, Bruges, 2009, n° 818, p. 471, qui cite C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten (klassieke sectoren)*, Livre I, Algemene inleiding – Gunning van overheidsopdrachten, Anvers, Maklu, 2004, p. 208 ; E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND et J.F. NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, SDU, 2004, 335 ; S. VERBEKE, « Een vrije variante op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State », *Entr. et dr.*, 1999, (17) 19.

175. C.J.C.E., 25 avril 1996, C-87/94, *Commission c. Belgique*, considérant 90.





dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, du transport et des télécommunications de « variantes » alors qu'il concerne en réalité des « variantes libres »<sup>176</sup>. Elle n'est ni proposée ou imposée par le pouvoir adjudicateur mais émane des soumissionnaires puisque les articles 16 et 60 de la loi du 24 décembre 1993 disposent qu'en appel d'offres, sous réserve de disposition contraire du cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des « variantes libres » proposées par les soumissionnaires. La possibilité de remettre des variantes libres est donc ici la règle, et l'interdiction de telles variantes l'exception. La Cour de justice impose en outre que les variantes libres soient conformes aux exigences minimales énoncées par le cahier spécial des charges<sup>177</sup>, précision qui a été insérée dans la dernière version des directives<sup>178</sup>. Pour les marchés européens, en l'absence de mention dans le cahier spécial des charges, les variantes libres n'étaient pas autorisées<sup>179</sup>. Les variantes libres peuvent également porter sur des aspects liés à la conception<sup>180</sup>, le pouvoir adjudicateur ayant intérêt à élargir la responsabilité du soumissionnaire à la conception dans cette hypothèse, par une clause explicite du cahier spécial des charges. Il existait cependant une controverse sur la question de savoir si les variantes pouvaient porter sur les conditions financières du marché. Certains soutenaient que seuls les aspects techniques pouvaient être concernés, sans argument très convainquant, l'innovation ne pouvant en soi être se limiter aux aspects techniques<sup>181</sup>. D'autres, plus pragmatiques, estiment que rien dans les textes ne limite la possibilité de remettre une variante libre sur des aspects financiers<sup>182</sup>.

176. Voy. à ce sujet : D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, pp. 331-333, n<sup>os</sup> 830-832.

177. C.J.C.E., 16 octobre 2003, C-421/01, *Traunfellner GmbH*, considérants 25-30.

178. Art. 24 de la Directive 2004/18/CE, l'article 24.2 énonce qu'à défaut d'indication, les variantes libres ne sont pas autorisées. Comp. art. 36 de la Directive 2004/17/CE qui ne prévoit pas quant à lui la même sanction.

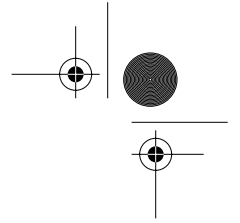
179. V. BERTRAND, « La réforme européenne des marchés publics dans les secteurs classiques », *J.T.-dr. eur.*, 2005, (1) 10, n<sup>o</sup> 54 ; F. MOISES et A. VANDEBURIE, « Éléments délicats de la décision d'attribution. Contrôle des prix anormaux, variantes, sanction du conflit d'intérêts, publicité des critères d'attribution », *Mouv. comm.*, 2008, (490) 494 ; L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n<sup>o</sup> 813, pp. 468-469.

180. Dans le même sens : L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n<sup>o</sup> 815, p. 469.

181. M. DISCHENDORFER, « The assessment of variants under the EC Public Procurement rules : the Traunfellner case », *P.P.L.R.*, 2004, (67) 72.

182. S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 530 ; A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, 491.





La variante est désormais définie dans l'arrêté comme « un mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire <sup>183</sup> » <sup>184</sup>. Elle ne l'était ni dans la directive 2004/18/CE, ni dans la réglementation antérieure <sup>185</sup>.

Cette absence de définition donnait lieu dans la pratique à de nombreuses approximations, les pouvoirs adjudicateur n'étant pas toujours suffisamment précis avec les termes employés, ne distinguant pas les options des variantes. Le critère de distinction entre les options et les variantes est proposé : les secondes sont nécessaires à l'exécution du marché alors que les options ne le sont pas <sup>186</sup>. Les variantes financières – controversées dans l'ancien régime – sont évoquées dans le rapport au Roi, suite à la suggestion du Conseil d'État <sup>187</sup>, comme celles qui soit s'inscrivent dans le cadre d'un marché financier, soit sont relatives au financement.

L'arrêté consacre désormais l'existence de trois type de variantes <sup>188</sup> : la **variante obligatoire** est celle pour laquelle « le pouvoir adjudicateur décrit dans les documents du marché l'objet, la nature et la portée d'un projet de base et d'une ou plusieurs variantes ; les soumissionnaires sont obligés de présenter une offre à la fois pour le projet de base et pour chaque variante » ; la **variante facultative** est celle pour laquelle « le pouvoir adjudicateur décrit dans les documents du marché l'objet, la nature et la portée de plusieurs variantes, dont une peut être désignée comme solution de base. Les soumissionnaires peuvent présenter une offre pour une ou plusieurs variantes. Le pouvoir adjudicateur peut imposer dans les documents du marché la remise d'une offre pour la solution de base » ; et enfin, la **variante libre** est qui « peut être présentée d'initiative par les soumissionnaires. Pour les marchés pour lesquels une publicité européenne préalable est obligatoire, le pouvoir adjudicateur mentionne dans l'avis de marché s'il en autorise l'introduction et, dans l'affirmative, dans les documents du marché les exigences minimales auxquelles elle doit répondre ». Les variantes libres sont toujours interdites en adjudication <sup>189</sup>. Le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter une variante libre

183. Uniquement dans l'hypothèse d'une variante libre.

184. Art. 2, 10°, de l'arrêté.

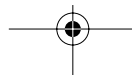
185. Rapport au Roi.

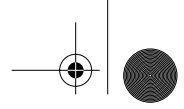
186. Rapport au Roi.

187. Avis n° 48.803/1 du 2 décembre 2010, spéc. pp. 15 et 16.

188. Définies à l'art. 9, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.

189. Art. 10, § 2, de l'arrêté.





pour la seule raison qu'un marché de services deviendrait un marché de fournitures ou inversement <sup>190</sup>.

Le régime juridique de la variante obligatoire est identique à celui qui prévalait dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Par contre, le régime est nouveau pour les variantes facultatives <sup>191</sup> et quelque peu assoupli pour les variantes libres.

L'objectif poursuivi déclaré est de permettre davantage de souplesse et tout en élargissant la concurrence <sup>192</sup>. Il s'agit aussi de clarifier les modalités de remises d'offres pour combattre les effets dévastateurs d'une jurisprudence sans doute trop subtile pour les acteurs de la commande publique.

En synthèse, si la variante est obligatoire, le soumissionnaire doit remettre une offre pour la solution de base et pour la variante, sous peine d'irrégularité complète de son offre.

Si le pouvoir adjudicateur prévoit des variantes facultatives, le soumissionnaire pourra remettre une offre pour plusieurs variantes facultatives sans nécessairement remettre une offre pour la solution de base, sauf si le pouvoir adjudicateur l'exige dans les documents du marché. L'absence de remise d'une offre pour une des variantes facultatives ne compromet donc pas la régularité de l'offre.

La variante libre proposée par le soumissionnaire, requiert de sa part une plus grande vigilance. Il doit en effet, veiller à préciser quelle est son offre de base et les éléments qui constituent « sa » variante libre. Ainsi, selon le rapport au Roi, il peut y avoir plusieurs variantes libres pour un ou plusieurs postes du marché, sauf si les documents du marché ont limité cette possibilité <sup>193</sup>.

Si le marché atteint les seuils européens, le pouvoir adjudicateur doit autoriser la remise de variante libre dans l'avis ou les documents de marché et déterminer les exigences minimales auxquelles ces variantes doivent répondre. Le rapport au Roi précise qu'il peut simplement s'agir de se référer aux exigences minimales des documents du marché <sup>194</sup>. Les pouvoirs adjudicateurs

---

190. Art. 10, § 3, de l'arrêté ; art. 24, § 4, de la directive 2004/18/CE. Le rapport au Roi donne l'exemple d'un marché de service qui porterait sur le développement d'un logiciel par le biais d'un marché de service tandis qu'un concurrent présenterait en variante un progiciel répondant aux exigences du pouvoir adjudicateur.

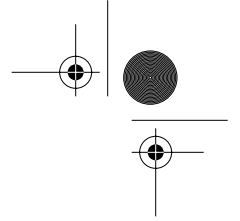
191. Rapport au Roi.

192. Rapport au Roi.

193. Rapport au Roi.

194. Rapport au Roi.





seront prudents de ne pas suivre ce conseil, au risque de violer la jurisprudence de la Cour de justice, singulièrement son arrêt *Traunfellner*<sup>195</sup>.

Le rapport au Roi précise qu'en dessous des seuils européens, la remise de variante libre est toujours possible sauf interdiction du pouvoir adjudicateur et qu'en outre, sauf précision dans le cahier spécial des charges prévoyant une nullité absolue, la violation de l'interdiction est une cause de nullité relative de l'offre<sup>196</sup>.

Il aurait sans doute été utile d'aller au bout de la clarification dans le texte même de l'arrêté, dans un paragraphe distinct consacré au régime des variantes libres sous les seuils européens et à la problématique générale de la régularité des offres et des variantes, bien que le Conseil d'État n'en ait rien dit<sup>197</sup>.

En adjudication, en cas de variantes obligatoires ou facultatives, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse est déterminé d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes<sup>198</sup>.

En appel d'offres, sauf disposition contraire dans les documents du marché, en cas de variante obligatoire ou facultative, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes en fonction des avantages économiques qu'elles offrent du point de vue du pouvoir adjudicateur<sup>199</sup>. Si des variantes libres peuvent être proposées, le pouvoir adjudicateur décide de celles qu'il ne retiendra pas. Ce qui précède s'applique aux variantes libres que le pouvoir adjudicateur retient<sup>200</sup>.

**31. Options.** L'article 9, 1<sup>o</sup>, de la directive 2004/18/CE évoquait la notion en prévoyant que « Le calcul de la valeur estimée d'un marché public est fondé sur le montant total payable, hors T.V.A., estimé par le pouvoir adjudicateur. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles ». Ni le droit européen ni le droit belge ne définissaient cependant la notion d'option,

195. C.J.C.E., 16 octobre 2003, *Traunfellner GmbH contre Österreichische Autobahnen-und-Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (ASFINAG)*, aff. C-421/01, Rec., 2003, pp. I-11941 et s. ; sur cet arrêt, voy. A. BREVILLE, « Le point sur les variantes après l'arrêt Traunfellner », *A.C.C.P.*, 2004, n<sup>o</sup> 29, pp. 56-58 ; M. DISCHENDORFER, « The Assessment of Variants under the EC Public Procurement Rules : The Traunfellner Case », *P.P.L.R.*, 2004, NA 67-73 ; MÉNÉSIS, « Le droit communautaire des variantes », *Dr. adm.*, 2004/2, pp. 21 et s.

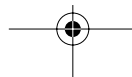
196. Rapport au Roi.

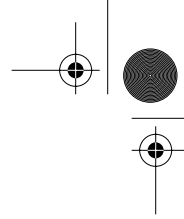
197. Rapport au Roi.

198. Art. 100, § 2, de l'arrêté.

199. Art. 101, § 2, de l'arrêté.

200. Art. 101, § 2, al. 2, de l'arrêté.





ni la manière dont elle devait être prise en considération lors de la comparaison des offres. En pratique, il s'agit de prestations pour lesquelles le pouvoir adjudicateur demande un prix ou pour lesquelles un prix est proposé d'initiative par le soumissionnaire<sup>201</sup>. La directive précisait simplement qu'il fallait tenir compte des options dans le cadre de l'estimation du marché.

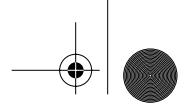
Cette absence de définition, et de régime juridique, a suscité bien des difficultés alors que l'utilité de l'option dans un processus d'achat semble évidente ; son utilisation par les pouvoirs adjudicateurs pouvait paraître quelque peu désordonnée<sup>202</sup>.

Dans le cadre d'une adjudication, le Conseil d'État avait précisé que « les offres à classer sont celles recueillies lors de l'ouverture des soumissions et qui ont donc été établies sur la seule base du cahier des charges. Les offres comportant des variantes doivent être intégrées au classement unique destiné à déterminer l'offre la plus basse. Les "autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter les débours" sont exclusivement ceux qui apparaissent comme tels à cette date. Il ne peut donc être question d'admettre parmi ces "autres éléments chiffrables" des débours dont le caractère certain n'apparaîtrait qu'ultérieurement, car dépendant d'un aléa, fût-il objectif, qui ne se résoudrait qu'après l'ouverture des soumissions. Ne peuvent pas être considérés comme des éléments "qui viendront d'une manière certaine augmenter les débours" les postes qualifiés d'options par le pouvoir adjudicateur : ces postes représentent, par rapport à l'offre de base, des travaux supplémentaires dont le pouvoir adjudicateur ne savait pas s'il aurait les moyens de les faire réaliser et, partant, s'ils feraient en définitive partie du marché »<sup>203</sup>. La doctrine avait critiqué cette manière de considérer les options au motif qu'il convenait d'appliquer par analogie, les règles qui s'appliquent à l'appréciation des marchés publics avec des tranches fixes et variables, où la passation du marché a lieu sur la base de l'appréciation tant des tranches fixes que des tranches variables. Dans les deux cas, il est en effet question d'une partie conditionnelle dont l'exécution dépend d'une décision du pouvoir adjudicateur, alors que le soumissionnaire s'engage par contrat à exécuter cette partie également. Selon

201. C.E., 23 décembre 2002, n° 114.127, *S.A. Goessens et fils* ; F. MOISES et A. VANDEBURIE, « Éléments délicats de la décision d'attribution. Contrôle des prix anormaux, variantes, sanction du conflit d'intérêts, publicité des critères d'attribution », *Mouv. comm.*, 2008, (490) 493.

202. C.E., n° 93.099 du 6 février 2011 ; C.E., n° 176.478, 6 novembre 2007 ; C.E., 207.981, 7 octobre 2010 ; C.E., 200.069, 26 janvier 2010 ; C.E., 114.127, 23 décembre 2002, *A.P.M.*, 2003 (somm.), liv. 1, 10 ; *Rev. dr. commun.*, 2003 (somm.), liv. 3, 88 ; *Entr. et dr.*, 2003, liv. 2, 162, rapport P. NIHOUL, note.

203. C.E., 23 décembre 2002, n° 114.127, *S.A. Goessens et fils*.



cette approche, l'option devait être prise en compte pour l'appréciation des offres<sup>204</sup>.

Cette jurisprudence semblait sacrifier la technique de l'option en voulant préserver la transparence et de l'impartialité du processus de choix : en effet, si seuls peuvent être pris en considération les éléments certains à l'ouverture des offres, l'option introduite qui consiste à précisément vérifier que le budget disponible est bien suffisant semblait condamnée, puisque le calcul se fait nécessairement après ouverture des offres et analyse de celle-ci.

Le nouvel arrêté a amélioré singulièrement la situation des acteurs de la commande publique en établissant un nouvel équilibre entre la transparence et la flexibilité indispensable aux processus d'achats.

L'option est désormais définie comme « un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit, soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire »<sup>205</sup>. Les options sont présentées dans une partie séparée de l'offre<sup>206</sup>. En adjudication, les soumissionnaires ne peuvent attacher ni supplément de prix, ni aucune autre contrepartie à la présentation d'une option libre<sup>207</sup>. Le pouvoir adjudicateur n'est jamais obligé de lever une option, ni lors de la conclusion ni pendant l'exécution du marché<sup>208</sup>.

L'option doit être distinguée de la tranche conditionnelle<sup>209</sup>, soit celle prévue dans un marché fractionné comportant une ou plusieurs tranches fermes et une ou plusieurs tranches conditionnelles, la conclusion du marché portant sur l'ensemble du marché mais n'engageant le pouvoir adjudicateur que pour les tranches fermes, les tranches conditionnelles étant subordonnées à une décision particulière du pouvoir adjudicateur portée à la connaissance

204. L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'Hooghe (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 826, p. 475.

205. Art. 2, 11°, de l'arrêté.

206. Art. 10, § 2, de l'arrêté.

207. Art. 10, § 2, al. 2, de l'arrêté. Si l'option libre est aurotisée en adjudication alors que la variante libre ne l'est pas, c'est en raison, selon le rapport au Roi, de son caractère accessoire. Le rapport au Roi est clair, la levée d'une option en adjudication ne peut donner lieu à aucun supplément de prix. A vrai dire, ce passage n'est pas tout à fait clair. L'option libre ne pourrait être dans ces conditions, qu'une précision des entreprises que tel élément est compris dans le prix de tel poste, puisqu'il ne peut y avoir de supplément de prix. Cette hypothèse limitée ne présente que peu d'intérêt dans la pratique.

208. Art. 10, § 3, de l'arrêté.

209. Prévue à l'art. 37, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 15 juin 2006.





de l'adjudicataire selon les modalités prévues par le marché. Cette pratique se justifie essentiellement par des motifs budgétaires <sup>210</sup>.

Il existe deux type d'options <sup>211</sup> : l'option obligatoires soit celle pour laquelle « le pouvoir adjudicateur décrit dans les documents du marché l'objet, la nature et la portée de l'option et les soumissionnaires sont obligés de faire offre pour cette option » et l'option libre « qui peut être présentée d'initiative par les soumissionnaires ».

En adjudication, en cas d'options obligatoires, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse est déterminé suivant l'ordre de classement des offres majorées du prix offert pour l'ensemble de ces options <sup>212</sup>. Lorsqu'en contradiction avec l'article 10, § 2, alinéa 2, un soumissionnaire a lié un supplément de prix ou une autre contrepartie à une option libre, celle-ci n'est pas prise en considération pour autant que ce soit possible, à défaut de quoi l'offre est irrégulière <sup>213</sup>.

En appel d'offres, le pouvoir adjudicateur retient les options obligatoires et décide des options libres qu'il retient pour déterminer le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse <sup>214</sup>.

**32. Modalités de dépôt des offres et offres tardives.** Les modalités pour le dépôt des offres et l'acceptation des offres tardives ont été légèrement adaptées <sup>215</sup>.

L'offre établie sur papier doit être glissée sous pli définitivement scellé mentionnant la date de la séance d'ouverture, le numéro du cahier spécial des charges ou l'objet du marché et éventuellement les numéros des lots. Elle peut être envoyée par service postal ou remise par porteur <sup>216</sup>. La formalité de la double enveloppe n'est requise que lorsque l'offre est envoyée par service postal et non lorsqu'elle est envoyée par porteur. Le porteur doit en effet, soit remettre l'offre à la personne désignée à cet effet par le pouvoir adjudicateur, soit déposer cette offre dans la boîte prévue à cette fin. Ces modalités sont rendues applicables à l'offre électronique.

---

210. L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'Hooghe (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 800, p. 465.

211. Art. 10, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.

212. Art. 100, § 2, al. 2, de l'arrêté.

213. Art. 100, § 2, al. 3, de l'arrêté.

214. Art. 101, § 2, al. 3, de l'arrêté.

215. Art. 104, § 2, de l'A.R. du 8 janvier 1996.

216. Art. 90, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.





Toute offre doit parvenir au président de séance avant qu'il ne déclare la séance ouverte. La pratique consistant à séparer le moment ultime de dépôt des offres et celui de l'ouverture des offres n'est plus permis<sup>217</sup>. Toutefois, et comme auparavant, une offre « tardive » peut-être acceptée pour autant que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore conclu le marché et que l'offre ait été envoyée sous pli recommandé, au plus tard le quatrième jour de calendrier précédant la date de l'ouverture des offres. Deux exceptions supplémentaires pour les offres électroniques sont ajoutées (double envoi<sup>218</sup> – envoi simplifié suivi de la demande de participation ou de l'offre complète – et de la copie de sauvegarde).

En matière de sanction, l'arrêté adopte une position tranchée en prévoyant que « quelle qu'en soit la cause, les offres parvenues tardivement auprès du président sont refusées ou conservées sans être ouvertes »<sup>219</sup>. La jurisprudence du Conseil d'État était sur ce point plus souple puisqu'il admettait la régularité de l'offre tardive si « l'égalité des soumissionnaires n'était pas compromise », évaluation toujours délicate à mener pour un pouvoir adjudicateur singulièrement dans ce cas d'espèce. La section législation du Conseil d'État a critiqué la solution retenue par l'arrêté<sup>220</sup>. Elle estimait en effet, que si le pouvoir adjudicateur était à l'origine du problème, la sanction pouvait être considérée comme contraire aux principes d'égalité et de non discrimination. En outre, si l'objectif était de priver les soumissionnaires de la possibilité d'invoquer la force majeure, il estimait que la loi du 15 juin 2006 ne constituait pas un fondement légal suffisant à une telle habilitation. En dépit de ces critiques, apparemment fondées, la disposition de l'arrêté n'a pas été modifiée.

**33. Examen et régularité des offres.** La régularité des offres en procédure ouverte et restreinte est appréciée à l'aune des mêmes principes que ceux figurant dans la réglementation ancienne<sup>221</sup> : distinction entre irrégularités substantielles et non substantielles d'une part, et nullité absolue et relative d'autre part.

La formulation de la nouvelle disposition ne clarifie pas les éléments de distinction pourtant si importants pour la transparence du processus, la jurisprudence

217. Rapport au Roi.

218. Art. 52, § 3, de l'arrêté.

219. Art. 90, § 2, al. 2, de l'arrêté.

220. Avis n°48.803/1 du 2 décembre 2010, pp. 23-24.

221. Art. 95 de l'arrêté reprend les règles prévues dans les articles 89 et 110, §§ 1<sup>er</sup> et 2, de l'A.R. du 8 janvier 1996.





du Conseil d'État n'étant pas, sur cette question, suffisamment prévisible pour les acteurs de la commande publique. En synthèse, le non-respect de certaines formalités prescrites par la réglementation<sup>222</sup> et par les documents du marché, ouvre une hypothèse d'irrégularité substantielle – si et seulement si – celle-ci « revêt un caractère substantiel », à défaut, l'irrégularité est non substantielle, le prescrit normatif ressemblant à une lapalissade.

Une offre est également « matériellement irrégulière et partant nulle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions essentielles des documents du marché concernant notamment les prix, les délais et les spécifications techniques ou en cas de prix anormal au sens de l'article 99 »<sup>223</sup>.

Enfin, le pouvoir adjudicateur peut (nullité relative) considérer une offre comme matériellement irrégulière lorsque celle-ci n'est pas conforme aux dispositions du chapitre 1<sup>er</sup>, sections 6 à 11 (spécifications techniques et normes, variantes, options et lot, sous-traitance, détermination, composante et révision des prix, vérification des prix, conflit d'intérêt et ententes) et du chapitre 6, sections 2 à 4 (métré et inventaire, interprétation, erreurs et omissions, énoncé des prix), ainsi que lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité.

**34. Procédure négociée directe.** La procédure négociée directe avec publicité est « la procédure négociée avec publicité dans laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services intéressé peut présenter une offre. Cette forme de procédure n'est autorisée que pour les marchés qui n'atteignent pas les seuils fixés à l'article 32, sans préjudice de la limite fixée à l'article 105, § 2, 1<sup>o</sup> »<sup>224</sup>.

Cette « nouvelle modalité » de la procédure négociée avec publicité définie par l'arrêté permet de réaliser une procédure négociée avec publicité<sup>225</sup> en une seule phase regroupant le contrôle des conditions d'accès, de sélection qualitative et l'analyse des offres. Il s'agit de simplifier la procédure négociée avec publicité pour permettre des achats rapides<sup>226</sup>. Comme elle n'est pas prévue par la directive 2004/18/CE, il n'est permis d'y recourir que pour les marchés passés sous les seuils européens.

Il faut encore tenir compte de plusieurs « seuils spécifiques »<sup>227</sup>.

222. Par les art. 6, § 1<sup>er</sup>, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 de l'arrêté.

223. Art. 95, al. 3, de l'arrêté.

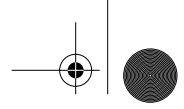
224. Art. 2, 3<sup>o</sup>.

225. Telle que définie dans l'art. 3, 8<sup>o</sup>, de la loi du 15 juin 2006.

226. Rapport au Roi.

227. Prévu à l'art. 105 de l'arrêté, en exécution.





Dans l'hypothèse de l'article 26, § 2, 1<sup>o</sup>, d) de la loi du 15 juin 2006, la procédure avec publicité « directe » peut être utilisée lorsque le montant estimé du marché de travaux n'atteint pas 600.000 € ou les seuils européens pour les marchés de fournitures et les services (193.000 € pour tous les pouvoirs adjudicateurs autre que les pouvoirs adjudicateurs fédéraux visé à l'annexe 2 de l'arrêté pour lequel il est de 125.000 – sauf pour certains services de télécommunication, les services de recherche et développement et l'ensemble de services de l'annexe II.B de la loi pour lesquels le seuil à retenir est de 193.000 € également). Dans les autres hypothèses prévues par l'article 26, § 2 (autre que le 1<sup>o</sup>, d), de la loi du 15 juin 2006, le montant estimé du marché de travaux doit être inférieur au seuil européen, soit 4.845.000 €. La procédure négociée avec publicité directe est possible pour les services de l'annexe II B de la loi du 15 juin 2006, sans considération de seuils, ces services n'étant régis que très partiellement par la directive.

Il eut d'ailleurs été plus explicite de la nommer « procédure négociée ouverte avec publicité », dans un souci d'uniformisation de la terminologie, compte tenu de ses nombreux points communs avec la procédure ouverte : elle se réalise en une seule phase, le pouvoir adjudicateur fixe un niveau d'exigences minimales du point de vue des capacités techniques, économiques et financières<sup>228</sup> pouvant se limiter pour les marchés de travaux à l'exigence du certificat d'agrégation<sup>229</sup>, les documents du marché doivent être adressés dans les 6 jours de la demande<sup>230</sup>. Le délai de réception des offres est cependant plus court (22 jours au lieu de 36 pour les procédures ouvertes) et la séance d'ouverture des offres n'est pas requise.

**35. Attribution en procédure négociée en général.** Les hypothèses dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut passer un marché par procédure négociée avec (§ 2) ou sans (§ 1) publicité sont définies à l'article 26 de la loi du 15 juin 2006.

Il existe des seuils spécifiques en matière de procédure négociée<sup>231</sup>.

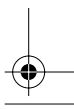
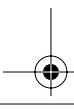
Les seuils requis pour pouvoir passer un marché par procédure négociée **sans publicité** (article 26, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, a – anciennement fixé à 67.000 € htva) ont été augmentés. Il s'agit du montant de la dépense à approuver (et non de l'estimation du marché). Le nouveau seuil est de 85.000 € pour tous les marchés sauf pour certains services. Le seuil pour les services financiers (A, catégorie 6) est de

228. Art. 58, § 1, 2<sup>o</sup>, de l'arrêté.

229. Art. 70 de l'arrêté.

230. Art. 43 de l'arrêté.

231. Art. 105 de l'arrêté.





125.000 € pour certains pouvoirs adjudicateurs fédéraux et de 193.000 € pour les autres pouvoirs adjudicateurs, pour les services de R&D (1, catégorie 8) et pour l'ensemble des services de l'annexe II.B de la loi du 15 juin 2006, il est 193.000 €. Il est de 30.000 € pour chacun des lots d'un marché dont le montant estimé n'atteint pas le seuil européen, à condition que le montant cumulé de ces lots ne soit pas supérieur à vingt pour cent du montant estimé du marché. Les marchés passés sur simple facture acceptée est passé à 8.500 €.

2

Clarification importante, l'arrêté indique que : « en procédure négociée, le marché est attribué soit au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus basse, soit au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur »<sup>232</sup>. Dans cette dernière hypothèse lorsque les seuils européens sont atteints, le pouvoir adjudicateur précise dans les documents du marché la pondération relative de chaque critère d'attribution. Cette pondération peut éventuellement s'exprimer dans une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Si, pour des raisons démontrables, une telle pondération s'avère impossible, les critères sont mentionnés par ordre décroissant d'importance, sauf pour les services de l'annexe IIB de la loi du 15 juin 2006 et aux différentes hypothèses de procédure négociée sans publicité pour lesquels un seul opérateur économique peut être consulté<sup>233</sup>.

En ce qui concerne le déroulement de la procédure négociée, l'ensemble de l'arrêté est applicable (à l'exception des chapitres 6, 8 et 10 relatifs à des procédures ou marchés spécifiques) sauf les dispositions que l'article 106 énumère<sup>234</sup>, soit pour la procédure négociée sans publicité, les articles 6 et 52 relatifs aux règles à respecter lorsque des moyens électroniques sont utilisés, l'article 54 qui impose la remise d'une seule demande de participation et de la remise d'une seule offre et le chapitre 5 relatif au droit d'accès et la sélection qualitative à l'exception des cas d'exclusion « obligatoires » et les exigences en matière de dettes sociales<sup>235</sup> pour autant que le marché soit supérieur à 8500 € (qu'il soit constaté ou non par simple facture acceptée) ; pour la procédure négociée avec publicité, seul l'article 57 relatif au délai d'engagement ne s'applique pas.

**36. Attribution ensuite d'un dialogue compétitif.** Grande nouveauté introduite par la directive 2004/18/CE, du moins présenté comme tel par ses

---

232. Art. 107 de l'arrêté.

233. Art. 107, al. 2, de l'arrêté.

234. Revenant en cela pour partie l'art. 122, al. 4 et 5 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

235. Art. 61, §§ 1<sup>er</sup> et 2, 5<sup>o</sup> et 62 de l'arrêté.





auteurs<sup>236</sup>, le dialogue compétitif est la procédure de passation à laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats sélectionnés à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats retenus seront invités à remettre une offre<sup>237</sup>.

Un pouvoir adjudicateur ne peut recourir à la procédure de dialogue compétitif que dans le cas d'un marché particulièrement complexe lorsqu'il n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques.

Le Roi était censé fixer les règles à respecter lors d'un dialogue compétitif. Celles-ci devaient imposer notamment : d'une part, l'égalité de traitement de tous les participants au cours du dialogue et d'autre part, la non-divulgateur aux participants des solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un participant au dialogue sans l'accord de celui-ci<sup>238</sup>. C'est chose faite dans les articles 111 à 114 de l'arrêté.

Le rapport au Roi averti les pouvoirs adjudicateurs que « la décision de recourir à cette procédure ne peut être prise à la légère mais doit, au contraire être murement réfléchie »<sup>239</sup>. Pourtant, l'arrêté s'est en quelque sorte borné à faire une transposition très légère des contraintes prévues par la directive 2004/18/CE puisqu'il ne contient aucune règle relative à l'établissement des offres (initiales ou finales), à leur dépôt, leur ouverture, leur comparaison et au choix final, et très peu d'indications pour interpréter les notions « chaussetrapes » qui émaillent cette nouvelle procédure tant attendue.

Le dialogue compétitif suppose la publication d'un avis de marché comportant à tout le moins les conditions de sélection qualitative<sup>240</sup> et implique l'établissement d'un document descriptif comportant les besoins et exigences du pouvoir adjudicateur ainsi que les critères d'attribution. Lorsque le seuil européen est atteint, le pouvoir adjudicateur précise la pondération relative de chacun des critères d'attribution, celle-ci pouvant éventuellement être exprimée dans une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Si

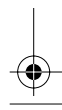
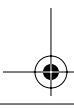
236. Pour des appréciations critiques plus élaborées, v. A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire...*, op. cit., spéc., nos 456 à 461, pp. 509 à 516.

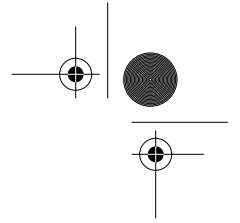
237. Art. 3, 9<sup>o</sup>, de la loi du 15 juin 2006.

238. Art. 27 de la loi du 15 juin 2006.

239. Rapport au Roi.

240. Un modèle d'avis est repris à l'annexe 7 de l'arrêté.





une telle pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, les critères sont mentionnés dans un ordre décroissant d'importance<sup>241</sup>. Pour les marchés n'atteignant pas le seuil précité, ainsi que pour les marchés de services de l'annexe II, B, de la loi, le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative des critères d'attribution, soit leur ordre décroissant d'importance. À défaut, les critères d'attribution sont réputés avoir la même valeur<sup>242</sup>.

Les éléments essentiels – non autrement caractérisé- de l'avis et du document descriptif ne peuvent pas être modifiés au cours de la procédure d'attribution, lorsque cette modification est susceptible de fausser la concurrence – non autrement explicité – ou d'avoir un effet discriminatoire<sup>243</sup>. Cette solution ne lasse pas d'étonner par sa rigidité. En effet, par définition, les pouvoirs adjudicateurs lancent le processus en dépit des nombreuses incertitudes entourant le projet au départ. Comment dans ce contexte, poser des choix intelligents en matière de sélection qualitative ?

Le pouvoir adjudicateur peut prévoir que le dialogue se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter sur la base des critères d'attribution mentionnés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Le recours à cette faculté est indiqué dans les documents du marché. Dans la phase finale, le nombre doit avoir été réduit de telle manière qu'une concurrence effective – non autrement précisée<sup>244</sup> – puisse être assurée, pour autant qu'un nombre suffisant de solutions appropriées existe<sup>245</sup>.

Après réception des demandes de participation, le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats qui seront admis au dialogue. Les candidats sélectionnés sont invités simultanément et par écrit à participer au dialogue<sup>246</sup>.

Le pouvoir adjudicateur entame avec les candidats sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux à ses besoins. Il accorde aux participants un délai suffisant afin de préparer le dialogue<sup>247</sup>. Le dialogue a lieu individuellement avec chacun

241. Art. 111, § 2, de l'arrêté.

242. Art. 111, § 2, *in fine* de l'arrêté.

243. Art. 111, § 4, de l'arrêté.

244. Le rapport au Roi indique à titre d'exemple, les critères de sélection et d'attribution, l'indication des phases et totu autre élément susceptible d'influencer la concurrence.

245. Art. 111, § 3, de l'arrêté.

246. Art. 112 de l'arrêté qui détermine en outre, le contenu de l'invitation.

247. Article 113, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.





des participants. Au cours de ce dialogue, le pouvoir adjudicateur peut discuter de tous les aspects du marché avec les participants. Il assure au cours de celui-ci l'égalité de traitement de tous les participants. En particulier, il ne donne pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains participants par rapport à d'autres. Il ne peut pas non plus communiquer aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles fournies par un participant sans l'accord de celui-ci, et ce, aussi bien pendant qu'après la procédure.

Le pouvoir adjudicateur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure, après les avoir comparées et sur la base des critères d'attribution – une des seules précisions appréciables de l'arrêté par rapport au prescrit de la directive –, de déterminer la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins et à ses exigences. Il déclare le dialogue conclu <sup>248</sup>.

Le pouvoir adjudicateur invite simultanément et par écrit chaque participant dont une ou plusieurs solutions ont été retenues, à remettre une offre finale pour une ou plusieurs des solutions retenues qu'il a présentées <sup>249</sup>. Le pouvoir adjudicateur mentionne dans son invitation les conditions qui seront d'application durant l'exécution du marché. Les offres comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour l'exécution du marché.

Le pouvoir adjudicateur évalue les offres finales reçues en fonction des critères d'attribution et choisit l'offre économiquement la plus avantageuse de son point de vue <sup>250</sup>. Le pouvoir adjudicateur peut demander aux participants de clarifier, préciser ou compléter leur ou leurs offres finales. Cependant, ces clarifications, précisions ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments essentiels de l'offre ni ceux du document descriptif, lorsque cette modification est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire <sup>251</sup>.

Le marché est conclu par la signature d'une convention entre les parties <sup>252</sup>. Le pouvoir adjudicateur peut prévoir l'octroi d'indemnités au profit des participants au dialogue, selon les modalités prévues dans le document descriptif <sup>253</sup>.

248. Art. 113, § 2, de l'arrêté.

249. Art. 114, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté.

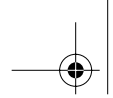
250. Art. 114, § 2, de l'arrêté.

251. Art. 114, § 2, *in fine* de l'arrêté.

252. Art. 114, § 3, de l'arrêté.

253. Art. 114, § 4, de l'arrêté.

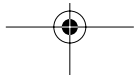
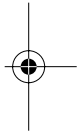


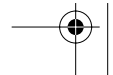
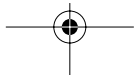
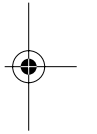
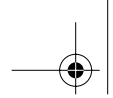


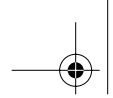
## D. Conclusions

**37. En ouverture.** L'arrêté relatif aux principes de passation des marchés publics dans le secteur classique constitue une amélioration sensible pour les acteurs de la commande publique. Sa très grande lisibilité doit être soulignée. Il aurait gagné encore en qualité s'il avait été plus précis sur certaines questions sensibles comme les irrégularités substantielles et la procédure du dialogue compétitif. Espérons que ces mises au point viendront rapidement.

2







# 3

## L'immobilier et la consommation : deux mondes à part ?

Jean Pierre RENARD

*avocat*

*juge suppléant au tribunal de commerce de Nivelles*

Ariane JORIS

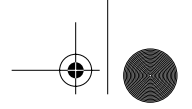
*avocat*

*Entre le fort et le faible, ... c'est la liberté qui opprime  
et la réglementation qui affranchit*

Henri LACORDAIRE

### SOMMAIRE

Introduction	82
SECTION 1	
Application <i>ratione personae</i> du droit de la consommation à l'immobilier	85
SECTION 2	
Application <i>ratione materiae</i> du droit de la consommation à l'immobilier	90
SECTION 3	
Les obligations découlant du droit de la consommation sur les professionnels de l'immobilier	94
SECTION 4	
Les sanctions attachées aux violations des règles du droit de la consommation	114
Conclusions	119



## Introduction

**1.** Pendant longtemps, l'on pensa que le droit de la consommation n'avait pas vocation à croiser le monde de l'immobilier et de la construction.

Des opérations immobilières, qu'elles soient ventes ou contrats d'entreprise n'intéressèrent que peu, dans un premier temps, le droit de la consommation, partant du principe qu'une opération immobilière était exceptionnelle dans le chef du particulier/consommateur qui n'en réaliserait qu'une fois dans sa vie et encore pour les plus privilégiés d'entre eux, à savoir l'achat ou la construction d'une maison familiale après avoir loué pendant un certain temps l'immeuble qui lui servait de résidence principale.

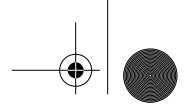
**2.** Cette conception a cependant changé sous l'influence de deux facteurs distincts.

D'une part le droit de la consommation s'est petit à petit intéressé au droit immobilier et les autorités prirent de en plus des dispositions spéciales visant à régler certaines situations spécifiques où il y avait lieu de protéger le consommateur face au professionnel avec qui il contractait. On pense ainsi notamment à :

- la loi Breyne du 21 octobre 1971 telle que réécrite en 1993 ;
- la loi du 7 décembre 1998 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur en (ci-après la « **L.P.C.C** ») étendant la liste noire des clauses abusives aux opérations immobilières ;
- la loi du 1<sup>er</sup> septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005, qui a inséré dans le Code civil les articles 1649*bis* à 1649*octies* sous une section intitulée « Dispositions relatives aux ventes à des consommateurs »<sup>1</sup> ;
- l'arrêté royal du 14 novembre 2006 portant approbation des règles applicables à la négociation par le notaire de vente amiable ou judiciaire de bien immeuble ;
- l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats intermédiaires d'agent immobilier ;

1. Comme nous l'expliquerons *infra*, il s'agit là qu'une avancée importante du droit de la consommation dans le monde immobilier qui passa relativement inaperçue lors de sa promulgation.





- la loi du 5 juin 2007 modifiant la L.P.C.C. en étendant le chapitre relatif à la publicité et les pratiques commerciales déloyales aux opérations immobilières ;
- etc.

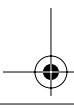
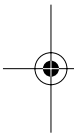
D'autre part et surtout sous l'influence du droit européen, le droit de la consommation a eu de plus en plus tendance à supplanter le droit civil en vue de protéger au mieux les consommateurs dans toutes leurs relations avec un « professionnel ». Il a ainsi créé au-dessus des règles du Code civil<sup>2</sup> qui règlent, de manière supplétive pour la majorité d'entre elles, les rapports entre les deux contractants, des dispositions que doit respecter impérativement le professionnel lors de la négociation, la conclusion et l'exécution du contrat quel qu'il soit, faisant en quelque sorte fi des distinctions essentielles (« *summa divisio* ») que le droit civil faisait entre les différents contrats nommés, tels le contrat de vente et le contrat d'entreprise pour ne citer que deux des plus importants.

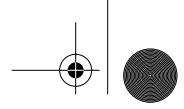
**3.** Ainsi, la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur<sup>3</sup> (ci-après la « **L.P.M.C** ») qui a remplacé la L.P.C.C. définit désormais le terme « produit » comme « les biens et les services, les biens immeubles<sup>4</sup>, les droits et les obligations ».

*C'est donc l'ensemble de la L.P.M.C. qui a donc désormais vocation à s'appliquer au droit immobilier<sup>5</sup>.* Par la loi du 6 avril 2010, le législateur a, tacitement mais certainement, marqué la fin définitive du cloisonnement entre le droit immobilier et le droit de la consommation, mais cette étape bien que symbolique n'est finalement que l'aboutissement d'une « invasion » du droit de la consommation dans le monde de l'immobilier, commencée il y a plusieurs années.

**4.** À ce jour, on peut véritablement parler de « droit immobilier de la consommation » qui impose le respect de certaines règles, contraintes et formalités dans la négociation, la conclusion et l'exécution du contrat immobilier, distinctes des obligations du droit civil, et assujetties à des sanctions propres.

2. Qui lui-même connaît l'influence du droit de la consommation puisqu'à ce jour les articles 1649*bis* à 1649*octies* comprennent les dispositions impératives relatives aux ventes à des consommateurs.
3. Parue au *Moniteur belge* du 12 avril 2010, p. 20.803. Elle est entrée en vigueur le 12 mai 2010.
4. C'est nous qui le soulignons.
5. Sous réserve que certaines pratiques ne visent que les « biens » et les « services » et non les « produits », ce qui ne rend pas les choses faciles quand il faut apprécier la situation du professionnel dans le cadre du commerce « B to C » (*Business to Consumer*). Ainsi, par exemple, les dispositions concernant la publicité comparative ne visent que les « biens » et non les « produits » (art. 19 L.P.M.C.).





Le droit immobilier de la consommation offre un corps de règles et de sanctions distincts du droit civil, fondé sur une logique propre et indépendante des classifications et sanctions classiques du droit civil.

Parallèlement au droit civil, le consommateur bénéficie donc d'une protection spécifique à laquelle le professionnel (l'« entreprise »), sera attentive si elle ne veut pas voir le contrat conclu avec le consommateur touché par les importantes sanctions prévues par les différentes réglementations visant à protéger le consommateur (voir *infra* n° 61 et suivants).

La difficulté du droit immobilier de la consommation réside cependant dans le fait qu'il se compose de différentes législations particulières, certaines plus générales que d'autres, qui diffèrent toutes tant par leur champ d'application que par leur contenu.

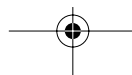
**5.** Dans la présente étude, nous nous efforcerons d'examiner les principales conséquences de ce que l'on peut appeler le « droit immobilier de la consommation » a sur les rapports précontractuels et contractuels qui existent *entre un professionnel et un particulier*.

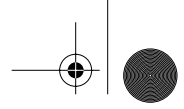
À cet égard, nous nous fonderons essentiellement sur la loi du 6 avril 2010 (la L.P.M.C.) et ses applications, que nous comparerons, le cas échéant, à d'autres lois particulières dont le champ d'application *ratione personnae* ou *ratione materiae* ainsi que le corps de règles sont chaque fois propres.

Au contraire, ne seront pas examinés dans le cadre de cette étude les rapports entre deux professionnels (le « B to B ») ou les rapports entre deux particuliers (« C to C »), sous certaines réserves.

Nous n'examinerons pas non plus la question intéressante de l'influence du droit administratif, qu'il soit urbanistique ou environnemental, sur « les contrats immobiliers », qui dépasseraient largement le cadre de notre exposé.

★  
★ ★





## SECTION 1

**Application *ratione personae* du droit de la consommation à l'immobilier****A. Définition du « consommateur »**

3

**6.** L'article 2, 3<sup>o</sup>, de la L.P.M.C définit le consommateur comme :

« Toute personne physique qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits mis sur le marché ».

Le consommateur se limite donc désormais aux seules **personnes physiques**, à la différence de la définition antérieure de la L.P.C.C. qui visait également les personnes morales. Ceci s'explique par le fait que le législateur a souhaité faire correspondre la notion de consommateur avec les autres législations belges<sup>6</sup> et est inspirée par des directives européennes en matière de protection du consommateur.

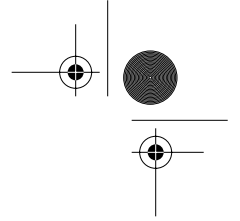
**7.** Comme par le passé, la notion de consommateur **exclut tout caractère professionnel**, de sorte que la personne physique doit agir à des fins exclusivement privées pour pouvoir bénéficier de la protection de la L.P.M.C. Si la personne physique destine le « produit acquis » à des fins professionnelles ou des fins « mixtes »<sup>7</sup>, il s'exclut du champ d'application de la loi<sup>8</sup>, ce qui n'est pas sans importance dans la pratique.

En outre, c'est au moment de la formation du contrat que le caractère privé doit être examiné, et ce de manière objective. Pour les professionnels de l'immobilier, il est dès lors conseillé de prévoir, lors de la signature du contrat, une clause par laquelle son co-contractant déclare agir dans le cadre de son activité professionnelle, en tout ou en partie afin d'exclure l'application de la L.P.M.C.

**8.** Cette nouvelle définition du « consommateur » pose problème par rapport à d'autres réglementations en droit de la consommation plus anciennes.

- 
6. Voir, par exemple, l'article 1, 1<sup>o</sup> de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation.
  7. L'exemple du véhicule automobile ou encore du PC est fréquent. En matière immobilière, l'on peut penser à la maison construite par un avocat pour y loger sa famille et y installer son cabinet.
  8. J. STUYCK, « Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché de la protection du consommateur, et leurs conséquences », in X. *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Anthemis, 2010, p. 27 ; Travaux parlementaires, DOC 52 2340/001, p. 14.





Ainsi l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats intermédiaires d'agent immobilier stipule en son article 1, 1<sup>o</sup>, que :

« Le présent arrêté s'applique aux contrats d'intermédiaire de vente, achat et location conclus entre les agents immobiliers, visés par l'arrêté royal du 6 septembre 1993 protégeant le titre professionnel et l'exercice de la profession d'agent immobilier, et les **consommateurs** ».

L'arrêté royal ne définit cependant pas la notion de consommateur. Toutefois, dans la mesure où l'arrêté royal se fonde sur l'article 34 de la L.P.C.C., la doctrine<sup>9</sup> considérait qu'il y avait lieu de comprendre la notion de consommateur de la même manière que celle qui résultait de l'article 1, 7<sup>o</sup>, de la L.P.C.C., c'est-à-dire « Toute personne physique *ou morale* qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur le marché ».

Dans la mesure où la L.P.C.C. a été remplacée par la L.P.C.M. et où le législateur a expressément indiqué vouloir harmoniser la L.P.C.C. aux « autres lois belges et de la législation européenne en matière du consommateur » désormais la notion de consommateur visée dans l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats intermédiaires d'agent immobilier, doit, à notre estime, être interprétée de la même manière que l'article 2, 3<sup>o</sup>, de la L.P.M.C. c'est-à-dire que le consommateur ne peut plus être qu'une personne physique dans le cadre du champ d'application de ce arrêté royal.

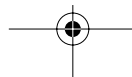
**9.** La loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et la publicité comparative aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales<sup>10</sup> qui s'applique notamment aux architectes et aux notaires, ne reprend pas, quant à elle, la notion de consommateur, mais de « **client** ». La définition reprise en son article 2, 2<sup>o</sup>, était cependant proche de celle du consommateur au sens de la L.P.C.C.

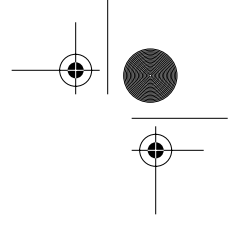
Ainsi, est « client » au sens la loi du 2 août 2002 :

« Toute personne physique *ou morale* qui, dans les contrats visés par la présente loi, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

9. J. STICHELBAUT, « Négociation immobilière – L'agent immobilier ou le notaire et son client : un couple sans histoire ? », in *Actualité du droit immobilier*, Anthémis, 2009, p. 24.

10. *M.B.*, 20 novembre 2002.





Ici, la définition n'a pas été adaptée, et vise dès lors toujours tant les personnes physiques que les personnes morales mais toujours exclusivement dans le cadre de leurs activités privées. Compte tenu de la spécialité de la personnalité morale qui a pour conséquence que cette personne n'existe que pour son objet social et ne peut accomplir valablement des actes qu'en vue de la réalisation de cet objet, l'on aperçoit mal comment parler d'« activités privées » dans le chef de ces personnes morales qu'elles aient été constituées à but de lucre ou non.

3

**10.** Au contraire, *l'arrêté royal du 14 novembre 2006* portant approbation des règles applicables à la négociation par le notaire de vente amiable ou judiciaire de bien immeuble, prévoit qu'il s'applique aux contrats de négociations conclus par le notaire avec « ses clients » sans que cette notion ne soit définie. L'A.R. s'appliquera donc quelle que soit la qualité de son client, qu'il soit personne morale ou physique, agissant dans le cadre de ses activités professionnelles ou privées<sup>11</sup>, et ce donc même si ce dernier n'est pas un client au sens de la loi du 2 août 2002 relative aux professions libérales.

## B. Définition du « professionnel »

**11.** Comme l'indiquent les travaux préparatoires de la L.P.M.C., l'une des principales modifications par rapport à la L.P.C.C. consiste en l'abandon de la notion de « vendeur » au profit de la notion d'« entreprise »<sup>12</sup>. L'on ne peut que s'en féliciter.

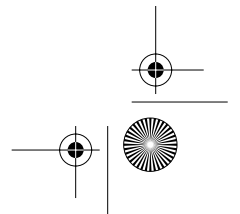
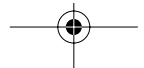
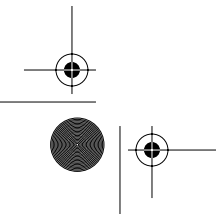
Bien que le législateur de 2010 ait choisi la notion d'« entreprise » et non de professionnel, ce dernier s'est en fait référé à la notion de « professionnel » au sens du droit européen pour définir la notion d'entreprise<sup>13</sup>. Il convient donc d'avoir finalement égard à la notion de « **professionnel** », telle que définie par la directive européenne 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (ci-après

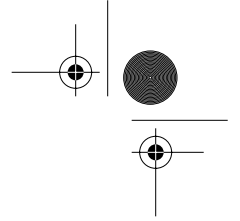
---

11. Cette distinction ne nous paraît devoir être faite que pour les personnes physiques, comme nous l'indiquons *supra*, n° 9.

12. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, Doc 52 2340/001, p. 12.

13. Dans ses travaux parlementaires (notamment *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, Doc 52 2340/005, p. 7 et 2310/001, p. 13, le législateur se réfère à la loi sur la protection de la concurrence économique. Il faut cependant avoir égard à la Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur qui traite de la même matière que la L.P.M.C.





appelée la « Directive de 2005 »<sup>14</sup>, pour interpréter la notion d'« entreprise »<sup>15</sup> dans la L.P.M.C.<sup>16</sup>.

Ainsi, la notion de « professionnel » est définie en l'article 2 b) de la Directive comme

« toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel ; »

**12.** La L.P.M.C. définit, de son côté, en son article 2, 1<sup>o</sup>, l'entreprise comme :

« toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ».

Les travaux préparatoires précisent à cet égard qu'une entreprise est une **organisation indépendante et durable** au centre de laquelle une ou plusieurs personnes produisent ou distribuent des biens ou des services à l'aide de moyens matériels et immatériels. Ainsi, le critère de l'entreprise tient compte exclusivement de l'organisation de l'activité, un simple acte isolé ne suffit pas pour bénéficier de la qualité d'entreprise<sup>17 18</sup>.

Les travaux préparatoires précisent ainsi encore qu'est soumis à la L.P.M.C. celui qui participe aux échanges commerciaux *au sens large du terme*, et exclusivement ceux-là. Les actes des particuliers et leurs relations entre eux, en dehors de l'exercice de toute activité professionnelle, ne sont donc pas visées par la L.P.M.C.<sup>19</sup>.

**13.** Vu le public auquel s'adresse ce recyclage, nous ne pouvons clore cette partie de notre étude sans aborder l'arrêt rendu ce 6 avril 2011 par la Cour constitutionnelle<sup>20</sup>, même s'il ne concerne pas directement notre propos.

14. *J.O.*, 10 juin 2005, L 149/22.

15. Bien que la notion d'entreprise au sens de la L.P.M.C. ne couvre pas le même champ d'application que celle du professionnel au sens de la directive, notamment en ce qu'elle exclut les professions libérales ainsi que les personnes qui agissent au nom ou pour le compte d'un professionnel.

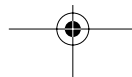
16. *C. const.*, n° 55/2011, 6 avril 2011, *M.B.*, 8 juin 2011 ; A. PUTTEMANS, R. GYORY, « Qu'y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur la protection du consommateur (ex-LPCC) et qu'en est-il de sa compatibilité avec le droit européen ? », *Dr. banc. fin.*, 2011/1, p. 7.

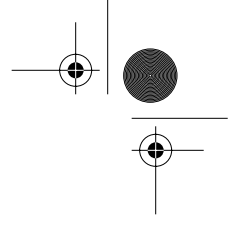
17. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, Doc 52 2340/001, p. 13.

18. Il est intéressant de constater que cette définition se rapproche de celle de l'article 1<sup>er</sup> de notre Code de commerce de 1804, tel que modifié en 1872 qui définit le commerçant qui fait « *une profession habituelle* » dans laquelle il exerce des actes réputés commerciaux à l'article 2 de ce même Code.

19. *Ibidem* note infrapaginale 17.

20. Arrêt n° 55/2011 du 6 avril 2011, publié au *Moniteur belge* du 8 juin 2011.





Au contraire du droit européen, l'article 3, § 2, de la L.P.M.C précise que la loi ne s'applique **pas au titulaire d'une profession libérale, au dentiste, et au kinésithérapeute**. En son article 2, 2<sup>o</sup>, la loi définit le titulaire d'une profession libérale comme :

« Toute entreprise qui n'est pas commerçante au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Code du commerce et qui est soumis à un organe disciplinaire créé par la loi ».

En effet, depuis 2002, les titulaires d'une profession libérale sont soumis à une loi spéciale, la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse, la publicité comparative, les clauses abusives et les contrats à distance, propre aux professions libérales qui est considérée dans les travaux préparatoires de la L.P.M.C. comme similaire à la L.P.M.C. <sup>21</sup>.

Cependant, dans son arrêt précité du 6 avril 2011, la Cour constitutionnelle en a décidé autrement. En effet, sur base d'une motivation qui fera sûrement l'objet de nombreux commentaires, la Cour a décidé que la L.P.M.C. s'applique à l'ensemble des professions libérales.

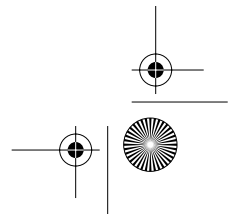
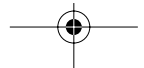
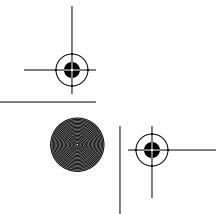
En application de cet arrêt et contrairement à que prévoit la loi elle-même les professions libérales, tels les architectes et les notaires tombent donc désormais dans le champ d'application de la loi.

**14.** En conclusion, la L.P.M.C. couvre tout professionnel quel qu'il soit, en ce compris les professions libérales, pour autant qu'il exerce son activité de manière durable et organisée. Cette loi concerne donc tant les entrepreneurs, que les architectes, le cuisiniste, l'électricien, le « toiturier », le poseur de châssis, etc.

3

---

21. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, Doc 52 2340/001, p. 13.





## SECTION 2

**Application *ratione materiae* du droit de la consommation à l'immobilier****A. Définition des « produits » et des « biens »**

**15.** Une autre des grandes innovations de la L.P.M.C. par rapport à la L.P.C.C. consiste dans la nouvelle définition de produits.

En effet, alors qu'auparavant les produits étaient définis comme les « biens meubles corporels », désormais, l'article 2,4°, de la L.P.M.C. stipule que sont des produits « les biens et les services, **les biens immeubles**, les droits et les obligations ».

Au contraire de la L.P.C.C., et conformément à la nouvelle définition du « produit », la L.P.M.C. a donc désormais vocation à s'appliquer également aux biens immeubles. Le législateur s'est ainsi volontairement inspiré de la notion de produit telle que définie à l'article 2 c) de la Directive de 2005<sup>22</sup>. Il convient donc, conformément à la volonté du législateur, de se référer, pour l'interprétation cette notion, à cette disposition de droit européen ainsi qu'à la jurisprudence qui l'applique.

**16.** La L.P.M.C. définit ensuite en son article 2,5°, les **biens** comme étant « les biens meubles corporels », ce qui correspond à la définition de produit tel qu'elle existait auparavant dans la L.P.C.C.

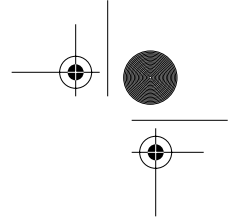
**17.** Au contraire de la notion de biens et services qui est définie dans la L.P.M.C., le législateur n'a pas défini la notion de **biens immeubles**. Si l'on devait procéder par analogie avec la notion « de bien » définie comme un *meuble corporel* (article 2,5°, L.P.M.C.), la L.P.M.C. ne devrait s'appliquer qu'aux immeubles corporels...

Cependant, dans la mesure où la notion de produit doit être interprétée conformément à l'article 2 c) de ladite Directive de 2005 qui prévoit qu'elle s'applique à « tout bien (...) y compris les biens immobiliers », doivent être compris dans la notion de biens immeubles, les immeubles par nature, les immeubles par destination, les immeubles par incorporation ainsi que les droits et obligations liés à ceux-ci<sup>23</sup>.

22. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, Doc 52 2340/001 p. 39.

23. A. PUTTEMANS, R. GYORY, « Qu'y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur la protection du consommateur (ex-L.P.C.C.) et qu'en est-il de sa compatibilité avec le droit européen ? », *Dr. banc. Fin.*, 2011/I, p. 9 ; P.-Y. ERNEUX, « La protection des consommateurs dans les ventes immobilières : questions d'actualité », in *X. la vente immobilière, Aspects civils, administratifs et fiscaux*, CUP 121, Anthemis, Liège, 2010, p. 285.





## B. Définition du « service »

**18. Les services** sont désormais définis comme :

« toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire »<sup>24</sup>.

Le législateur précise à cet égard que dans la mesure où ce terme n'est pas défini dans la Directive de 2005, il y a lieu de l'interpréter « dans la signification la plus large possible qui y est donnée dans le langage de tous les jours, à savoir toute prestations effectuées au profit de tiers dans le cadre d'une activité professionnelle »<sup>25</sup>.

Cette notion est **donc** désormais beaucoup plus large que celle de la L.P.C.C. qui définissait les services comme « toutes les prestations qui constituent un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi sur le registre de l'artisanat ».

En outre, il n'est plus renvoyé à la notion d'acte de commerce mais au contraire à une notion plus neutre et plus large qui englobe en tout état de cause le louage d'ouvrage ou d'industrie.

**19.** Une importante jurisprudence s'est développée entre 1999 et 2010 au sujet d'opérations de plus en plus fréquentes que l'on pourrait appeler de « construction mobilière », qui touchaient à l'installation de vérandas, de cuisines équipées, de piscine, ...) et une polémique est née quant à la question de savoir s'il s'agissait d'un contrat d'entreprise et dès lors de services, ou au contraire d'une vente d'immeubles par destination ou incorporation. Cette distinction faite dans le Code civil, avait son intérêt au regard du droit la consommation dans la mesure où si ces contrats étaient considérés comme des contrats de service, même s'ils portaient sur des biens immeubles par destination, ils tombaient sous le champ d'application de la L.P.C.C. alors que la vente de biens immeubles étaient en tout état de cause exclue de son champ d'application (ou de moins pour la plupart de ses dispositions<sup>26</sup>).

La jurisprudence<sup>27</sup> et la doctrine<sup>28</sup> majoritaires considéraient, à bon droit, que le louage d'industrie et dès lors le contrat d'entreprise, compris

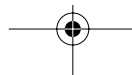
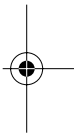
---

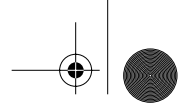
24. Article 2,6°, L.P.M.C.

25. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, Doc 52 2340/001, p. 39.

26. Les biens immobiliers étaient expressément visés par les articles 80 (concernant la vente à distance de services), 88 à 89 (concernant la vente aux consommateurs en dehors de l'entreprise du vendeur) et 32 (les clauses abusives dites « noires »).

27. Liège 9 octobre 2003, *R.D.C.*, 2004, pp. 1004 et s. ; Gand (12<sup>e</sup> ch. bis), 8 février 2006, *R.D.D.C.*, 2006, n° 72, p. 51.





dans la notion de « service », était visée par la L.P.C.C. qu'il ait pour objet des biens meubles ou immeubles. L'intégration et l'interprétation de la notion de « services » dans les législations protectrices des consommateurs ont ainsi donné un essor particulier à ce concept précisément par rapport à la vente de biens immeubles, quant à elles exclues de la L.P.C.C., sous réserve de certaines dispositions<sup>29</sup>.

La question de savoir si l'installation d'une cuisine équipée, d'une véranda, d'une piscine, était un contrat de services ou au contraire un contrat de vente était une question de fait appréciée par le juge en fonction des circonstances de la cause. La distinction opérée par la jurisprudence entre un contrat de vente et un contrat d'entreprise n'était cependant pas tellement fonction de l'importance du prix de vente des matériaux par rapport à la valeur du marché, mais plutôt fonction d'un critère psychologique, à savoir l'importance pour les parties, du travail et services proposés par rapport aux matériaux vendus<sup>30</sup>. Si pour les parties ce qui est essentiel ce sont les travaux, il s'agira d'un contrat d'entreprise, au contraire s'il s'agit des matériaux vendus, il s'agira d'une vente. Pour trancher cette question il convient notamment d'avoir égard (i) au type de matériaux placés (s'agit-il de biens standards, de séries ou au contraire de biens spécifiquement conçus pour l'usage de celui qui a passé commande) (ii) ainsi qu'à ce qu'attendaient les parties (souhaitaient-elles un résultat précis ou au contraire la manière et la technique d'atteindre un certain résultat était-il essentiel)<sup>31</sup>.

Par arrêt du 7 janvier 2009 la cour d'appel de Gand<sup>32</sup>, après avoir examiné l'intention des parties au regard de ces différents critères, a décidé que bien que la livraison et le placement d'une cuisine sur plans de type standard avec certaines options spécifiques sur plans pouvait aussi bien être qualifiée d'entreprise que de vente, en l'espèce il convenait de retenir cette dernière qualification dès lors que les parties avaient intitulé leur contrat « vente ». En effet, la cour a estimé que les éléments de faits dont elle avait à connaître

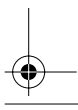
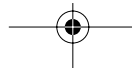
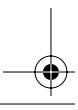
28. J. LAFFINEUR, « L'application de la L.P.C.C. aux produits et aux services immobiliers », *D.C.C.R.*, 2002, n° 54, pp. 5 et s. ; DE CALUWÉ, DELCORDE et LEUREQUIN, *Les pratiques du commerce*, Larcier, Bruxelles, 1990, 12.20.2 ; DE PAEPE, *La loi sur les pratiques du commerce*, Bruxelles, Ced.Sansom, 1971.

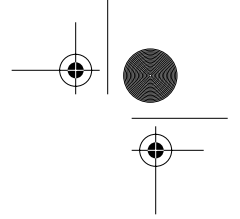
29. C. MARR, « Le contrat d'entreprise hors construction et la protection des consommateurs », in *X. Droit des contrats*, Recyclage en droit, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2007, p. 147, n° 2.

30. L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A., « Examen de jurisprudence (1981-1991) », *RCJB*, 1999, n° 176, p. 790.

31. J.H. Herbots, X. « Overzicht van Rechtspraak, Bijzondere Overeenkomsten », *T.P.R.*, 2002, n° 547, p. 491.

32. Gand, 7 janvier 2009, RG 2007/AR/2019 – p. 11, inéd.





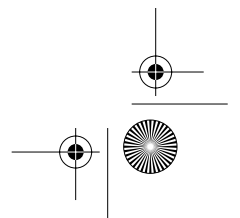
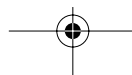
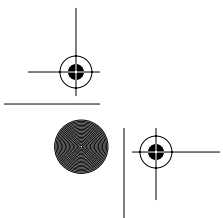
n'étaient pas de nature à exclure cette qualification, de sorte qu'il n'y avait pas de raison pour requalifier le contrat.

À ce jour, étant donné que la L.P.M.C. comprend désormais également les biens immeubles cette dernière distinction a perdu beaucoup de son intérêt mais pas totalement. En effet, comme indiqué si après (voir *infra* n° 20), certaines dispositions de la loi utilisent les termes de « biens et services » (ce qui exclut les biens immeubles) alors que d'autres concernent les « produits » (ce qui inclut les biens immobiliers et les droits et obligations portant sur ceux-ci). Lorsqu'une disposition exclut les biens immobiliers, il est dès lors toujours intéressant de voir dans quelle mesure le contrat ne peut pas être qualifié de « services » et non de vente afin de le faire entrer de cette façon dans le champ d'application de la L.P.M.C.

**3**

### C. Conclusions

**20.** Si le champ d'application *ratione materiae* de L.P.M.C. est donc plus large que ce qu'il était sous l'empire de la L.P.C.C. dans la mesure notamment où elle a vocation à s'appliquer – pour autant qu'on soit en présence d'un consommateur et d'une entreprise – également aux biens immeubles, il conviendra cependant d'être vigilant dans la lecture et l'application de la loi. En effet, seule la notion de « produits » comprend également les biens immeubles. Or, certains chapitres de la loi n'ont parfois vocation à s'appliquer qu'aux *biens* et/ou aux *services*. Il conviendra dès lors, chapitre par chapitre de la loi, de vérifier si ceux-ci s'appliquent aux *produits*, soit aux biens meubles et immeubles et aux services, ou uniquement aux *biens* et/ou aux *services*.





## SECTION 3

**Les obligations découlant du droit de la consommation  
sur les professionnels de l'immobilier****A. Introduction**

**21.** Sous l'empire de la L.P.C.C., plusieurs auteurs se sont déjà livrés à l'exercice qui consistait à vérifier les dispositions du droit de la consommation qui s'appliquaient à l'immobilier, pris en son sens large<sup>33</sup>.

Qu'il nous soit permis de citer en particulier l'ouvrage<sup>34</sup> de Madame Stichelbaut dans lequel elle a examiné avec rigueur et clarté les rapports entre le consommateur, le notaire et l'agent immobilier dans le cadre de la L.P.C.C. et de l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats intermédiaires d'agent immobilier.

Depuis l'avènement de la L.P.C.M., Monsieur Erneux a brillamment décrit l'influence de la L.P.C.M. sur les ventes immobilières<sup>35</sup>.

Grâce à ces deux auteurs, de nombreuses questions concernant l'intrusion du droit de la consommation dans les rapports entre les professionnels de la vente immobilière (notaire et agent immobilier principalement) nous paraissent recevoir solutions et nous ne pouvons mieux faire que nous y référer.

Par contre les autres professionnels de l'immobilier, c.-à-d. de la construction, tels que les entrepreneurs généraux, carreleurs, menuisiers, cuisinistes, toituriers, piscinistes... (la liste de ces professions de la « construction mobilière » est longue) ne nous paraissent pas encore avoir eu l'attention suffisamment attirée sur cette réalité.

Le but de cette courte étude est d'attirer l'attention de ces derniers sur le fait qu'ils sont, depuis l'entrée en vigueur de la L.P.C.M., clairement visés par le droit de la consommation avec toutes les obligations qui en découlent, lorsque leurs activités touchent, ou même risquent de toucher, un consommateur.

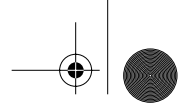
**22.** Nous examinerons ces obligations, nouvelles pour la plupart d'entre elles, en commençant par les dispositions qui visent la publicité destinée aux

33. Voir notamment J. LAFFINEUR, « L'application de la L.B.C.C. aux produits et services immobiliers », *D.C.C.R.*, 2002, p. 5 ; C. MARR, « Le contrat d'entreprise hors construction et la protection des consommateurs », in *Le Droit des contrats*, Anthemis 2007, p. 143.

34. J. STICHELBAUT, « Négociations immobilière – L'agent immobilier ou le notaire et son client : un couple sans histoire ? », Anthemis, 2009.

35. P.-Y. ERNEUX, « La protection des consommateurs dans les ventes immobilières : questions d'actualité », in X., *La vente immobilière : aspects civils, administratifs et fiscaux*, Anthemis 2010, p. 275.





consommateurs. Dans une deuxième étape, nous examinerons les obligations qui pèsent sur le professionnel dans la phase précontractuelle et contractuelle pour terminer par l'exécution et la fin des contrats.

Nous avons choisi ce critère, en quelque sorte, chronologique, car les obligations dérivant du droit de la consommation transcendent la nature du contrat (vente, entreprise, location, mandat...) de sorte qu'un examen de ces obligations en suivant la typologie des contrats nommés telle qu'elle ressort du Code civil nous paraissait inopportune.

**3**

## **B. L'obligation de « pratiques commerciales » loyales**

### **1. Définition de la pratique commerciale**

**23.** Le législateur de 2010 a voulu viser toutes pratiques commerciales<sup>36</sup> et a donc donné à cette notion une définition extrêmement large. Selon l'article 2, 29°, de la L.P.M.C.<sup>37</sup>, est une pratique commerciale :

« Toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'une entreprise en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit »<sup>38</sup>.

La notion de pratique commerciale vise donc tout comportement actif ou passif (les « omissions » sont également visées) d'une entreprise qui a pour but final la délivrance d'un produit au consommateur. Seule une publicité qui n'aurait aucun lien avec ce but pourrait être considérée comme ne rentrant pas dans le champ d'application de la L.P.M.C.<sup>39</sup>. L'hypothèse peut exister mais elle est relativement rare, du moins en matière immobilière, et particulièrement dans le domaine de la « construction mobilière ».

L'article 83 de la L.P.M.C. ne fait que préciser ce qu'il faut entendre par lesdites pratiques commerciales déloyales puisqu'il stipule que la section concernant les pratiques commerciales déloyales s'appliquent « aux pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs avant, pendant et après l'offre en vente et la vente de produits ». En d'autres termes que si les « pratiques commerciales » visent déjà le professionnel dès le début de sa recherche du client consommateur, elles continuent à s'appliquer même dans

---

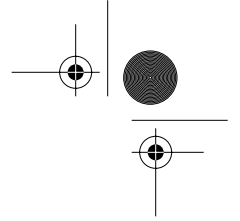
36. La L.P.C.C. visait de manière plus restrictive la « publicité » en ses articles 22 et s.

37. Le législateur de 2010 a eu l'excellente idée, à l'instar de la Directive de 2005, de rassembler en son article 2, 37° définitions de termes clés utilisés dans la L.P.M.C.

38. Ce texte n'est en fait que la transposition littérale de l'article 2 d) de la Directive de 2005

39. Voir I. FERRANT, « Les pratiques commerciales déloyales à l'égard du consommateur », in *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Anthemis, 2010, p. 105.





les relations précontractuelles et contractuelles avec ce dernier. Les autres obligations que nous évoquerons *infra* (n° 45 et suivants) viendront se superposer à ces pratiques qui devront rester loyales.

## 2. Définition de la pratique commerciale déloyale

**24.** Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous voudrions vous livrer ce que nous considérons comme la meilleure définition de ce qui est « déloyal », car elle nous permettra chaque fois de trouver la ligne de démarcation entre la pratique commerciale qui peut être admise sans tomber dans un angélisme naïf et celle qui doit être prohibée.

Ce qui est « **déloyal** », c'est **ce qui trompe la confiance légitime de l'autre**.

Le législateur de 2010 a utilisé, dans l'article 84 de la L.P.M.C., deux critères pour décréter qu'une pratique commerciale est déloyale :

1. *1<sup>er</sup> critère* : une pratique commerciale est déloyale tout d'abord lorsqu'elle est « **contraire aux exigences de la diligence professionnelle** »<sup>40</sup>.

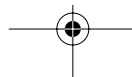
**25.** Pour savoir ce qu'il faut entendre par diligence professionnelle, il faut se référer à l'article 2, 32°, de L.P.M.C. qui définit la diligence professionnelle comme étant

« Le niveau de compétence spécialisé et de soin dont l'entreprise est raisonnablement sensée faire preuve dans son domaine d'activité vis-à-vis du consommateur, conformément aux usages honnêtes en matière commerciale ».

L'on ne saurait trop insister sur ce premier critère puisqu'il oblige le professionnel, sous peine des graves sanctions que nous verrons *infra* (voir n° 61 et suivants), à être « compétent et consciencieux », comme le précisent les travaux préparatoires.

Le fait, pour un entrepreneur de travaux, de faire de la publicité ou d'accepter un chantier qu'elle sait ne pas savoir accomplir au moment où elle fait l'offre, le fait pour un architecte de se présenter comme un spécialiste dans la conception de complexes industriels, qui le dépasse, le fait pour un pisciniste de faire de la publicité pour un système de couverture de piscine qu'il ne maîtrise pas, ... sont autant de pratiques qui seront déloyales sans que le consommateur ne doive apporter d'autre preuve d'une quelconque faute dans le chef du professionnel.

40. Art. 84, a), L.P.M.C.





Certes, comme il sera rappelé *infra* (voir n° 26), le professionnel peut encore mentir caricaturalement et tomber dans la vantardise à la *Tartarin de Tarascon* qui ne convaincra personne et fera tout au plus sourire mais le mensonge calculé, par commission ou même par omission, du faux spécialiste trompant ainsi la légitime confiance du consommateur n'est plus admis.

2. 2<sup>e</sup> critère : altération substantielle du comportement du consommateur moyen ou particulièrement vulnérable <sup>41</sup>.

**26.** Est également considérée comme une pratique commerciale déloyale, celle qui

« **altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle** le comportement économique du **consommateur moyen** qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou si elle s'adresse à un groupe de consommateurs déterminés, le comportement économique du membre moyen de ce groupe, par rapport au produit concerné ».

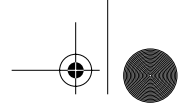
Pour ne laisser aucun doute quant à sa volonté de protéger le consommateur, le législatif ajoute, à l'article 84 b), 2<sup>e</sup> alinéa, qu'il considère que :

« Une pratique commerciale qui est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un seul groupe clairement identifiable de **consommateurs**, parce que ceux-ci sont **particulièrement vulnérables** à la pratique utilisée ou aux produits qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre de l'entreprise qu'elle prévoit cette conséquence, est évaluée du point de vue du membre moyen de ce groupe. Cette disposition est sans préjudice de la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral ».

Comme nous l'avons indiqué au n° 25, il résulte de la dernière phrase de l'article précité que si, comme par le passé, l'on peut encore « mentir dans le vague » en annonçant par exemple « qu'on est le meilleur » sans faire aucun point de comparaison, la L.P.M.C. entend sanctionner de manière plus stricte qu'auparavant, tout comportement d'une entreprise qui a pour but (i) d'altérer le comportement économique (ii) d'un consommateur moyen (iii) en veillant à apporter une protection particulière aux consommateurs particulièrement vulnérables.

---

41. Art. 84 b), L.P.M.C.



Revenons sur ces trois notions utilisées par la L.P.M.C.

(i) « L'altération d'un comportement économique » :

**27.** Pour savoir ce que le législateur entend par « altération substantielle du comportement économique » d'un consommateur, il faut se référer à l'article 2, 30°, de la L.P.M.C. qui la définit comme suit :

« l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'attitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et **l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement** ».

Pour savoir alors ce que le législateur de 2010 a entendu par « décision commerciale », il faut se transporter jusqu'au n° 35 du même article 2, où il est précisé qu'est une décision commerciale :

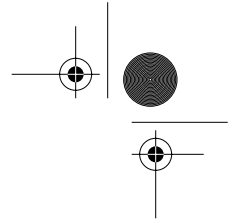
« **toute décision prise par un consommateur** concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter, de faire un paiement intégral ou partiel, de conserver, de se défaire ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit, qu'elle l'ait amené soit à agir, soit à s'abstenir d'agir »<sup>42</sup>.

Voici un premier exemple éclatant de ce que nous indiquions en notre introduction, à savoir que le droit de la consommation supplante et court-circuite les dispositions du Code civil. Lorsqu'on lit, en effet, l'article 84 b) et les définitions qui s'y rapportent à l'article 2 de la L.P.M.C, l'on ne peut s'empêcher de penser aux vices de consentement des articles 1109 et suivants du Code civil. Il est clair cependant que par rapport à leurs conditions précises, telle par exemple celles qui découlent du dol principal par rapport à celle du dol incident, la L.P.M.C. vise de manière beaucoup plus large tout comportement de quelque nature que ce soit qui influence le consommateur tant dans la phase précontractuelle et contractuelle, que dans l'exécution du contrat. En outre, au point de vue des conséquences que l'on peut en tirer, l'article 2, 35°, de la L.P.M.C. fait expressément état de la possibilité de « se défaire du produit » (ce qui suppose qu'on l'ait acquis) au contraire de la sanction prévue pour le dol principal qui est la nullité.

À nouveau seul le fait d'altérer la décision du consommateur suffit, l'élément requis en notre Code civil dans le dol est totalement absent.

42. Ces deux définitions, l'une concernant l'altération du comportement économique et l'autre la décision commerciale, viennent en droite ligne de la Directive de 2005 (voir ses articles 2.e) et k)).





(ii) Le consommateur moyen » :

**28.** Contrairement aux autres notions déjà rencontrées, la L.P.M.C. ne définit pas ce qu'il faut entendre par consommateur moyen, mais la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes est suffisamment claire à ce sujet.

Il s'agit « du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques »<sup>43</sup>. Une publicité pour l'acquisition d'un appartement en time-sharing ou pour la pose d'une installation photovoltaïque devra être compréhensible par le consommateur lambda et non par le titulaire d'un diplôme universitaire ou d'une haute école.

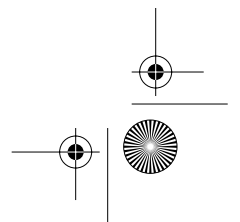
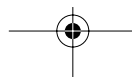
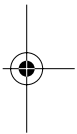
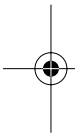
(iii) Le consommateur (particulièrement) vulnérable » :

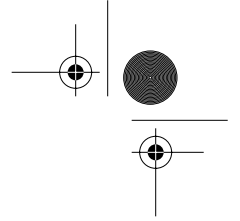
**29.** C'est la Directive de 2005 qui a créé cette nouvelle catégorie de consommateurs, à savoir le consommateur vulnérable à qui est accordée à juste titre une protection supplémentaire. Le texte vise les personnes âgées, les enfants ou les personnes handicapées, etc vis-à-vis desquels le professionnel de l'immobilier ou de la construction veillera particulièrement à ne pas être déloyal en profitant de sa faiblesse ou ses besoins particuliers. Vendre un système domotique à une personne de 75 ans sera évidemment plus facile qu'à un jeune homme de 25 ans qui ne manquera pas de poser les questions auxquelles ne pensera pas son aîné.

### 3. Interdiction des pratiques déloyales trompeuses ou agressives

**30.** Le législateur de 2010, après avoir par défaut défini la norme de la pratique commerciale loyale c'est-à-dire celle qui provient d'un professionnel normalement diligent, et qui ne vise pas à altérer de manière substantielle le comportement du consommateur moyen ou particulièrement vulnérable, a souhaité sanctionner deux pratiques déloyales particulières à savoir les pratiques commerciales trompeuses, visées aux articles 88 et suivants de la L.P.M.C., et les pratiques commerciales agressives, visées aux articles 92 et suivants de la L.P.M.C.

43. Voir I. FERRANT, *op.cit.*, p. 109 et doctrines et jurisprudences citées par cet auteur.





a) Les pratiques commerciales trompeuses

1° *Les pratiques commerciales trompeuses par commission* <sup>44</sup>

**31.** Le souci du législateur est de nouveau de viser large puisqu'après avoir rencontré à l'article 88 de la L.P.M.C. les pratiques commerciales trompeuses qui supposent donc une attitude active dans le chef de l'entreprise, l'article 90 de la L.P.M.C. vise les « omissions » trompeuses. Un mensonge n'est-il pas finalement dire ce qui n'est pas ou ne pas dire ce qui est ?

La pratique commerciale est réputée trompeuse selon l'article 88 L.P.M.C., lorsque

« elle contient des **informations fausses** et qu'elle est donc mensongère, ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle **induit ou est susceptible d'induire en erreur** le consommateur moyen en ce qui concerne un ou plusieurs des éléments suivants, même si les informations présentées sont factuellement correctes et que, dans un cas comme dans l'autre, elle amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. »

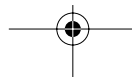
Comme on le constate, cette définition vise non seulement les informations simplement trompeuses, comme par exemple faire une publicité pour l'achat d'un terrain à bâtir alors qu'il se trouve dans une zone agricole, mais également ce que l'on peut appeler de la désinformation c'est-à-dire un ensemble d'éléments qui, pris isolément, sont corrects mais qui donnent globalement une mauvaise information qui trompera le consommateur dans sa « décision commerciale ». Noyer un consommateur sous un flot d'informations, souvent inutiles ou tendancieuses, est parfois plus pervers et plus efficace pour endormir son attention.

**32.** L'article 88 de la L.P.M.C. cite sept éléments d'information qui sont, aux yeux du législateur, essentiels par rapport à la décision commerciale que doit prendre le consommateur. Nous citerons ceux qui nous paraissent relevant par rapport aux opérations immobilières ou de construction :

1. L'existence ou la nature du produit

Que nous soyons en matière de vente d'un terrain ou d'un bien immobilier construit, Dieu sait si la définition du produit est importante. Il y sera fait allusion dans le cadre de l'examen des clauses noires (*infra* n° 35). L'existence du produit peut être également importante dans le cadre des ventes sur plan ou terrains à lotir. Les contours d'un contrat d'entreprise,

44. Par opposition aux pratiques commerciales par omission. Voir *infra* n° 33.





de ce que comprendra l'installation d'une cuisine équipée,...sont évidemment toujours aussi essentiels.

2. Les caractéristiques principales du produit

Ces caractéristiques visent plutôt le bien meuble corporel et nous renvoyons le lecteur à la lecture de l'article 88, 2°.

3. L'étendue des engagements de l'entreprise

Bien que le législateur n'y ait peut-être pas pensé, voilà une disposition qui peut se révéler importante dans le cadre d'une offre d'un contrat d'entreprise où il faudra expliquer au consommateur si nous sommes dans le cadre d'un forfait absolu ou relatif et ce qu'incluent les éventuels travaux en régie.

4. Le prix ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix

À nouveau, le mode de calcul du prix s'avèrera évidemment essentiel dans le cadre d'un contrat d'entreprise générale ou d'un travail plus particulier pour éclairer le consommateur sur l'engagement qu'il prendra sur le plan financier.

L'on peut également penser aux baux dont l'offre serait faite par une société immobilière qui devra, également, veiller à définir de façon précise non seulement les loyers mais toutes les charges y afférentes, pour donner au consommateur une idée précise quant au coût réel auquel il s'engage par la conclusion du bail dont il est fait la publicité.

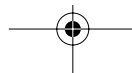
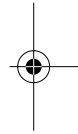
5. La nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation.

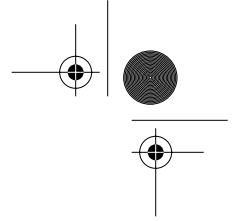
Ce point nous paraît moins important.

6. La nature, les qualités, les droits de l'entreprise ou de son intermédiaire, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications, son statut, son agrément, son affiliation ou ses liens et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle, ou ses récompenses et distinctions.

À nouveau, en matière immobilière, l'on peut évidemment penser à l'identité réelle du vendeur qui se cache parfois derrière l'agent immobilier, à la qualification et même à l'agrégation de l'entrepreneur pour tels ou tels travaux...

7. Le septième élément cité ne nous paraît pas toucher les produits en matière immobilière.





## 2° Les omissions trompeuses

**33.** Aux termes de l'article 90, § 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C., est considérée comme une pratique commerciale déloyale l'omission trompeuse qui existe :

« si, dans son texte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres aux moyens de communication utilisés, elle **omet une information substantielle** dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. »

Outre ce que l'on peut appeler la réticence dolosive sans qu'à nouveau aucun élément intentionnel ne soit retenu dans la définition, l'article 90, §2, de la L.P.M.C. retient l'omission faite de manière plus subtile et perfide dans la mesure où l'entreprise

« dissimule une information substantielle visée au paragraphe 1<sup>er</sup> ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou n'indique pas son intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte... »,

attitude qui amènera à nouveau le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

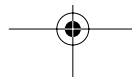
À nouveau, les exemples d'omission ou d'absence d'informations claires dans le cadre de contrats de vente immobilière, de contrats d'entreprise, de baux, de contrats d'architecture, de contrats d'agence immobilière, ne sont malheureusement pas rares. Par exemple la technique de la signature d'une promesse d'achat que le professionnel fait passer pour un compromis de vente est manifestement visée par les dispositions citées.

**34.** L'article 90, §4, de la L.P.M.C. précise en outre les **éléments substantiels** qui doivent impérativement être contenus dans une « **invitation à l'achat** ». Cette notion est à nouveau définie à l'article 2,33°, de la L.P.M.C. qui la définit l'invitation à l'achat comme :

« une communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat ».

Comme le rappelle à juste titre Isabelle Ferrant, nous ne sommes pas encore à la notion d'offre en vente mais nous sommes plus non plus dans l'hypothèse de la simple publicité <sup>45</sup>.

45. Isabelle Ferrant, *op. cit.*, p. 113.





En vertu de l'article 90, §4, de la L.P.M.C., cette invitation à un achat doit impérativement contenir les éléments suivants :

1. *Les caractéristiques principales du produit, (...)*
2. *L'adresse géographique et l'identité de l'entreprise, (...)*
3. *Le prix toutes taxes comprises ou lorsque la nature du produit implique que le prix ne peut raisonnablement être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires, (...)*
4. *Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution, (...)*
5. *Le cas échéant, l'existence d'un droit de rétractation ou d'annulation.*

3

À nouveau, tous les professionnels de l'immobilier sont concernés par cette disposition de sorte qu'ils veilleront à respecter celle-ci, compte tenu des graves sanctions qui s'attachent à leur non-respect et sur lesquelles nous reviendrons ci-après.

### 3° *La liste noire des pratiques commerciales trompeuses*

**35.** Comme pour les pratiques commerciales déloyales en général, après avoir fixé la norme de ce qu'on peut entendre par pratique commerciale trompeuse (par action ou omission), l'article 91 de la L.P.M.C. définit ce qui, **en toutes circonstances**, sera considérée **en soi** comme une **pratique commerciale trompeuse**, et dès lors déloyale.

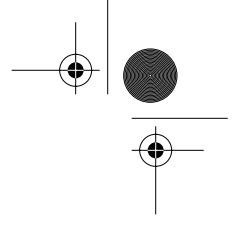
Vingt-trois situations différentes sont visées par cet article 91 sans qu'il n'y ait de suite logique dans l'énumération des différentes hypothèses visées.

Messieurs de Brouwer et Sorreaux<sup>46</sup> ont eu l'excellente idée de classer, en six catégories, les pratiques citées par le législateur et nous nous permettrons de nous y référer, en mettant l'accent sur les principales pratiques pertinentes par rapport au sujet qui nous occupe :

1. « *Les fausses qualités ou fausses références* »

**36.** Sont ici visées les 4 premiers numéros de l'article 91 dont nous retiendrons dans la matière de l'immobilier essentiellement le n° 4. Ainsi est considérée comme pratique commerciale trompeuse interdite, le fait d'« affirmer qu'une entreprise, y compris ses pratiques commerciales, ou qu'un produit a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé, alors que ce n'est pas le cas ou sans respecter les conditions de l'agrément, de la probation ou de l'autorisation reçue ».

46. L. DE BROUWER et G. SORREAUX, « La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur : une occasion manquée », *R.D.C.*, 2008, p. 392.



Les autorisations, agrégations, agréments, à obtenir sont nombreuses dans le secteur de l'immobilier et la construction.

À titre d'exemple, le placeur de panneaux photovoltaïques qui annonce être agréé pour pouvoir placer des panneaux pour que le client reçoive une réduction voulue est bien entendu visée par cette disposition.

2. « *Publicité – appât* »

**37.** Messieurs de Brouwer et Sorreaux ont, sous cette catégorie, rangé les numéros 5, 6, 7, 15 et 22 de l'article 91 de la L.P.M.C.

Les 5 cas visés sont des pratiques connues et déjà partiellement visées par la L.P.C.C. Il s'agit notamment de proposer l'achat de produits en indiquant qu'ils ne seront plus disponibles que pendant une période très limitée ou encore de proposer des produits sans indiquer que ce n'est pas l'entreprise elle-même qui lui fournira ceux-ci mais une autre entreprise, ou éventuellement même un produit équivalent.

Est également sanctionné le fait de refuser de présenter un produit que l'on propose à l'achat.

Enfin, et en matière immobilière le cas n'est pas rare non plus, se présenter faussement comme un consommateur est également interdit. Qui n'a pas été confronté au candidat bailleur qui est en fait un agent immobilier tendant de placer la maison ou l'appartement à louer pour son client ?

3. « *L'exploitation de la crédulité* »

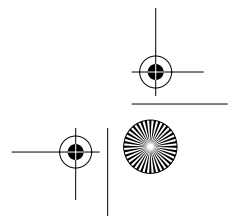
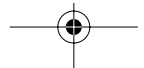
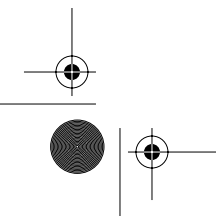
**38.** Pour ce qui concerne notre sujet, il faut par exemple retenir que le cas où le vendeur professionnel prétend que la vente d'un produit est licite alors qu'elle ne l'est pas (article 91, 9°), ou encore le fait de « communiquer des informations factuellement inexactes sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver le produit dans le but d'inciter le consommateur à acquérir le produit à des conditions moins favorables que les conditions normales du marché » (article 91, 18°).

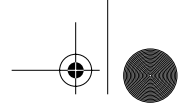
Le fait d'annoncer qu'on est le seul en Belgique à vendre des panneaux solaires est évidemment visé par cette disposition.

4. « *L'exploitation de certains sentiments* »

**39.** Sont repris sous ce titre les n° 12, 16 et 17 de l'article 91 dont nous retiendrons, en ce qui nous concerne, « formuler des informations factuellement inexactes en ce qui concerne la nature et l'ampleur des risques auxquels s'expose le consommateur sur le plan de sa sécurité personnelle ou celle de sa famille s'il n'achète pas le produit » (article 91, 12°).

Tous ceux qui doivent s'occuper de la sécurité d'un chantier ou d'un immeuble seront attentifs à cette disposition.





Tous ceux qui annonceront à un consommateur qu'il faut impérativement remplacer son toit plat parce qu'il va s'effondrer alors qu'il n'en est rien, feront bien de s'abstenir...

5. « *Pratiques trompeuses liées au service après-vente* »

**40.** Cette catégorie, si elle n'est pas étrangère à notre matière, nous intéresse moins.

6. « *Offre de prix et d'avantages gratuits* »

**41.** Est visée ici l'offre d'un produit soit disant gratuit alors qu'en fait le consommateur le paie (article 91, 20°).

b) Les pratiques commerciales agressives

1° *Définition de la pratique commerciale agressive*

**42.** L'article 92 de la L.P.M.C. répute la pratique commerciale comme agressive, celle qui :

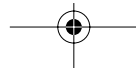
« Dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, ... altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard de produits et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

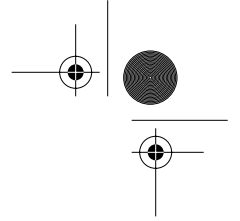
On pense évidemment ici à la violence bien connue dans notre Code civil comme vice de consentement mais si peu appliquée. Ainsi, on constate à nouveau que le droit de la consommation supplante le Code civil dans la mesure où la notion de « pratique commerciale agressive » a un spectre d'application bien plus étendu avec la violence du Code civil.

2° *Caractéristiques de la pratique commerciale agressive.*

**43.** Tout comme la pratique commerciale trompeuse, l'article 93 de la L.P.M.C. invite le praticien et éventuellement le Juge qui devra en juger de tenir compte de cinq éléments :

1. *le moment, l'endroit, la nature et la persistance de la pratique querellée ;*
2. *le recours à la menace physique ou verbale ;*
3. *l'exploitation en connaissance de cause par l'entreprise de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur dans le but d'influencer la décision du consommateur concernant le produit ;*





4. tout obstacle non contractuel, payant ou disproportionné, imposé par l'entreprise lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou d'entreprise ;
5. toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible.

### 3° La liste noire des pratiques agressives

**44.** Tout comme pour les pratiques trompeuses, l'article 94 de la L.P.M.C. prévoit les pratiques qui seront **en tout état de cause et prises isolément**, considérées comme agressives.

Pour reprendre à nouveau la « codification » faite par Messieurs de Brouwer et Sourreaux<sup>47</sup>, il y a d'une part les pressions physiques et d'autre part les pressions psychologiques sur lesquelles il nous paraît ne pas devoir nous appesantir tellement ces pratiques qui nous paraissent excessives et même susceptibles d'être pénalement qualifiées.

## C. La Protection du Consommateur dans la phase précontractuelle et contractuelle

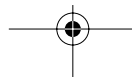
### 1. Les Principes

**45.** Comme nous l'avons vu, le consommateur est protégé par la L.P.M.C. face aux pratiques commerciales déloyales que peuvent développer certaines entreprises, ces pratiques touchant la communication, qui a pour but de promouvoir la vente (article 2, 19°, L.P.M.C.) jusqu'à l'invitation à l'achat (article 2, 33°, L.P.M.C.).

*En résumé*, il ressort de ce que nous avons déjà examiné, que dans la **phase précontractuelle**, le consommateur est protégé de **trois façons différentes** :

1. l'entreprise doit veiller à *informer* complètement le consommateur (voir les pratiques commerciales trompeuses, *supra* nos 31 et s.) ;
2. il faut que ces informations soient fournies avec des explications données dans une langue que comprend le consommateur moyen ;
3. il faut que l'entreprise exerce une certaine *diligence professionnelle* c'est-à-dire qu'elle soit « compétente et consciencieuse » dans cette phase précontractuelle, comme elle devra l'être d'ailleurs dans l'exécution du contrat qui sera signé.

47. L. de BROUWER et G. SORREAU, « La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur : une occasion manquée », *R.D.C.*, 2008, p. 397.





**46.** Outre ces premières protections, au stade de la **conclusion du contrat**, la L.P.M.C. vise à protéger le consommateur de **trois manières** :

1. si le contrat est par écrit, celui-ci devra être rédigé « de manière claire et compréhensible » (article 40, § 1<sup>er</sup>) ;
2. « en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut » (article 40, § 2) ;
3. enfin, toute clause abusive est interdite et nulle (article 75, § 1<sup>er</sup>).

3

## 2. *Le contrat écrit doit être écrit de manière claire et compréhensible*

**47.** Comme le souligne, à juste titre, Monsieur Erneux, « la première protection du consommateur réside dans le plein exercice de son consentement »<sup>48</sup>.

La question est évidemment de savoir pourquoi, après avoir utilisé l'adjectif « claire » le législateur a voulu y ajouter le terme « compréhensible ». Le législateur a voulu ainsi ajouter un critère subjectif en plus du critère objectif qu'est la clarté. Il nous semble qu'ainsi le législateur ait voulu insister sur le fait que la clarté du texte devra être adaptée en fonction de chaque consommateur et de son âge, son niveau d'éducation, sa formation professionnelle, etc pour que le texte soit compréhensible au consommateur qui est appelé à signer le contrat.

## 3. *En cas de doute, l'interprétation « la plus favorable au consommateur » vaudra*

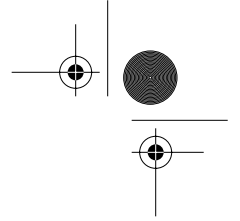
**48.** À nouveau, il faut faire le constat que le droit de la consommation vient court-circuiter le droit civil. Les règles d'interprétation des contrats existant aux articles 1156 et suivants du Code civil ne doivent plus être prises en compte puisque la règle est simple : en cas de doute, l'interprétation sera toujours en faveur du consommateur et pour grossir le trait, le législateur de 2010 utilise un superlatif (« le plus favorable »).

Comme l'écrit, avec raison, Monsieur Erneux

« les professionnels de la rédaction des contrats immobiliers doivent prendre garde à ce dispositif. Il est en effet possible que l'intervention d'un juge relève l'existence d'une carence dans l'exercice de leur mission même si chacun sait que l'ambiguïté est parfois la résultante de la négociation des parties elles-mêmes »<sup>49</sup>.

48. P.-Y. ERNEUX, « La protection des consommateurs dans les ventes immobilières : questions d'actualité », in *La vente immobilière, aspects civils, administratifs et fiscaux*, Anthemis 2010, p. 293.

49. Voir P.-Y. ERNEUX, *op. cit.*, p. 303.



#### 4. Toute clause abusive est interdite et nulle

##### a) Le principe de l'interdiction des clauses abusives

**49.** Si en vertu de l'article 1134 du Code civil, la convention fait la loi des parties (ce qui veut dire que sauf les sanctions liées à l'abus de droit, le juge ne peut intervenir dans les relations contractuelles), il en va tout autrement dans le droit de la consommation puisque l'article 75 de la L.P.M.C. érige en principe que toute clause abusive est « interdite et nulle », le contrat restant « contraignant pour les parties s'il peut subsister dans les clauses abusives » (article 75, § 1<sup>er</sup>, al. 2).

Cette règle est impérative. Comme le précise l'article 75, alinéa 3, toute renonciation que ferait le débiteur à son sujet sera sans effet.

**50.** Comme nous le verrons en examinant la liste noire des clauses abusives (voir n° 53), le critère premier retenu par le législateur pour déclarer une clause abusive est le **déséquilibre manifeste** qu'elle crée au profit de l'entreprise et au détriment du consommateur.

Nous voyons à nouveau que le droit de la consommation vient ainsi évincer le Code civil car cette notion de déséquilibre manifeste fait penser à la lésion et la notion de « lésion qualifiée »<sup>50</sup>, tout en ayant à nouveau un spectre plus large que celle du Code civil.

L'article 73 de la L.P.M.C. ajoute d'ailleurs à l'attention du juge que pour apprécier le caractère abusif de la clause, celui-ci devra tenir compte de

« ...la nature des produits qui font l'objet du contrat et (...) toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même que toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.(...) ».

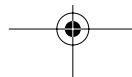
Si on applique ces règles au monde de l'immobilier et de la construction, il ne fait pas de doute, comme le relève, à bon escient, M. Erneux, que « les juges doivent inclure dans leur analyse tant le contenu de l'acte juridique lui-même que le déséquilibre économique, probable ou avéré, créé entre les droits et obligations réciproques des parties »<sup>51</sup>.

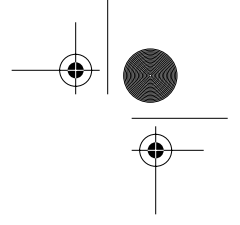
Allons même plus loin puisque la loi parle non seulement du contrat lui-même mais « d'autres contrats dont il dépend ». Ainsi, l'équilibre d'une clause peut être examinée au regard de l'ensemble de l'économie du groupe de contrats auquel il appartient<sup>52</sup>.

50. Voir à ce sujet, V. SIMONART, *La loi sur les pratiques du commerce et le droit des obligations*, op. cit., n° 18.

51. P.-Y. ERNEUX, op. cit., p. 306.

52. Voir à propos de cette notion, P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Larcier, collection Contrats & Patrimoine, 2006.





L'on peut penser à examiner ensemble le contrat d'architecture, les contrats de sous-traitance, les contrats du coordinateur de chantier, etc pour apprécier si certaines clauses du contrat d'entreprise sont abusives.

Pour examiner de telles implications, nous nous retrouvons en quelque sorte dans ce que, dans les années 80, les professeurs Alexis Jacquemin et Guy Schrans avaient appelé de leurs vœux, à savoir une « magistrature économique » qui devait faire entrer dans l'application de la loi toutes les conséquences économiques qui pouvaient en dépendre.

**51.** Par ailleurs, comme nous l'avons indiqué *supra* (voir n° 47) le contrat doit être écrit en **termes clairs et compréhensibles**.

Ainsi, fort logiquement, le législateur rappelle à l'article 73, 2<sup>e</sup> alinéa, de la L.P.M.C., que dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause, le juge tiendra également compte de l'exigence de « clarté et compréhension » qu'il a par ailleurs édictée.

**52.** Par contre, l'interdiction des clauses abusives vise ainsi spécifiquement ces clauses et non l'ensemble du contrat.

C'est la raison pour laquelle l'article 75, § 2, de la L.P.M.C. stipule que le contrat peut rester contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les autres clauses abusives.

Le législateur précise encore, à l'article 75, § 3, de la L.P.M.C., que

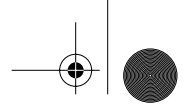
« L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part et les biens et services à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible ».

Il en découle que le droit de la consommation laisse encore aux parties la liberté de négocier pour autant que le professionnel puisse prouver que le consommateur ait fait un choix sur les éléments essentiels du contrat, en toute connaissance de cause, après avoir été parfaitement éclairé.

b) La liste des clauses abusives « noires »

**53.** En son article 74, la L.P.M.C. a repris, en la développant, la *black list* des clauses abusives que contenait déjà la loi du 14 juillet 1971 et la L.P.C.C.

Sur les **33 clauses** considérées comme **noires** c'est-à-dire abusives comme telles et même prises séparément, seule une clause ne doit pas être examinée dans le cadre de cette étude, car elle ne concerne pas le droit



immobilier puisqu'elle vise uniquement des « biens ». Il s'agit de la clause de l'article 74, 1<sup>er</sup> 53.

Monsieur Erneux a longuement examiné ces clauses abusives dans le cadre de la vente immobilière et nous ne pouvons que conseiller le lecteur de se référer à cette étude fouillée 54.

Pour notre part, nous diviserons les clauses en **trois catégories** et essentiellement sur base du critère de « **déséquilibre** ».

1° *Première catégorie de clauses abusives : les clauses qui restreignent les droits du consommateur*

**54.** Cette catégorie comprend les clauses interdites en vertu de l'article 74, 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C. qui prévoient l'engagement irrévocable du consommateur alors que l'entreprise fait dépendre ses propres prestations de sa seule volonté.

Nous sommes là dans le cadre d'une clause qui, sur base du Code civil, nous paraît pouvoir également être sanctionnée puisque nous sommes en face d'une obligation prise sous une condition purement potestative.

**55.** Est également considérée comme abusive la clause qui fixe, que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée, le prix des produits non au moment de l'accord des parties mais au moment de la livraison ou qui permet à l'entreprise d'augmenter unilatéralement son prix ou de modifier les conditions au détriment du consommateur (article 73, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> L.P.M.C.).

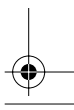
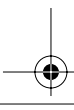
Deux exceptions sont cependant admises :

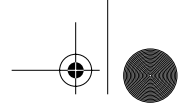
- la clause d'indexation de prix pour autant qu'elle soit licite. On pense par exemple au bail qui ne peut être indexé que sur base de l'indice santé. Faut-il rappeler que les prix commerciaux et industriels ne peuvent pas, en principe être indexés, sauf si c'est à raison de 80 % et sur la base de paramètres réels 55 ;
- les clauses concernant les entreprises de services financiers qui se réservent de modifier le taux d'intérêt dû à certaines conditions.

53. Qui interdit la prorogation du contrat à durée déterminée de livraison successive de biens pour une durée déraisonnable – si le consommateur ne résilie pas à temps ledit contrat (technique bien connue dans le cadre des ventes forcées par correspondance).

54. P.-Y. ERNEUX, *op. cit.*, p. 307.

55. Voir art. 57, §§ 1<sup>er</sup> et 2 de la loi du 30 mars 1976 sur la réorientation économique et notamment Cass. 10 novembre 1994, www.cass.be, rôle n° C940068F.





**56.** L'article 74, 7°, 8°, 9°, de la L.P.M.C. sanctionne la clause qui interdit au consommateur de demander la résolution du contrat dans le cas où l'entreprise n'exécute pas ses obligations ou restreint les droits du consommateur de résilier ledit contrat, ou encore oblige le consommateur à exécuter ses obligations alors que l'entreprise n'exécute pas les siennes.

Ce dernier type de clause qui n'est que l'application du vieil adage *exemptio non adimpleti contractus* avait déjà été mis en place dans la loi Breyne pour régler les paiements effectués par le client au promoteur.

**57.** Sera également abusive, en vertu de l'article 74, 14° et 15°, celle qui supprime ou diminue la garantie légale des vices cachés prévue aux articles 1641 à 1649 du Code civil ou celle qui fixe un délai déraisonnable pour signaler les défauts du produit livré.

Faut-il rappeler que la loi du 1<sup>er</sup> septembre 2004<sup>56</sup> a inséré dans le Code civil des règles particulières lors de la vente aux consommateurs. En résumé ces nouvelles dispositions, les articles 1649*bis* à 1649*octies* du Code civil instituent une obligation de délivrance d'une chose conforme au contrat et garantie de tout vice pendant deux ans.

Il n'est donc que normal que la L.P.M.C. confirme le caractère impératif de ces dispositions.

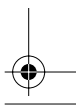
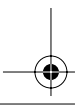
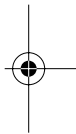
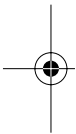
Pouvons-nous également profiter de l'occasion pour indiquer une nouvelle mise à l'épreuve du Code civil. En effet, il ressort clairement de l'article 1649*ter*, § 4, du Code civil, que ces nouvelles dispositions ne visent pas que la vente et ce malgré le titre sous lesquelles elles se trouvent. En effet l'article précité assimile le défaut de conformité qui peut toucher un bien, celui qui « qui résulte d'une mauvaise installation du bien ». Comme en outre l'article 1649*bis*, §3, assimile à la vente, la « fourniture de biens de consommation à fabriquer ou à produire », la doctrine autorisée en a conclu que les contrats de « construction mobilière » (cuisinistes, piscinistes...) étaient sans aucun doute visés par cette loi<sup>57</sup>.

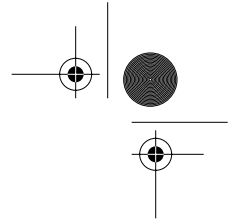
**58.** Sont également considérées comme abusives par l'article 74. 21°, 22°, 23° : la clause qui limite le consommateur dans ses moyens de preuve ou qui le fait renoncer en cas de conflit à tout recours ou qui oblige une clause de for désignant bien naturellement le juge de l'entreprise et non son juge naturel sur base de l'article 624, 1°, 2° et 4°, du Code judiciaire.

---

56. Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005.

57. C. MATHIEU-BIQUET, « La garantie des biens de consommation – présentation générale », in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, La Chartre, 2005, p. 61.





Dans le même ordre d'idées, sont encore considérées comme abusives les clauses qui fixent des montants de dommages et intérêts à charge du consommateur manifestement surfaits par rapport au dommage causé à l'entreprise, la clause qui limite la responsabilité légale de l'entreprise ou celle qui constate de manière irréfragable la décision du consommateur aux conditions de l'entreprise (article 74, 24°, 25°, 26°).

Ces derniers types de clauses visés par l'article 74, 24°, 25° et 26°, sont moins utiles dans la mesure où l'article 1231 du Code civil avait déjà prévu une limitation de la clause pénale en cas de caractère déraisonnable de celle-ci. Il est vrai que dans le cas qui nous occupe, elle devient nulle. Les deux autres cas visés (l'exonération totale de responsabilité et l'adhésion aux conditions générales hors consentement du consommateur) avaient également fait l'objet de doctrines et de jurisprudences unanimes protégeant le consommateur.

2° *Deuxième catégorie de clauses abusives : les clauses qui permettent au professionnel de modifier ses obligations*

**59.** La L.P.M.C interdit une série de clauses qui laissent à l'entreprise la possibilité d'exécuter ses obligations « selon son bon vouloir ». Ainsi sont « noires » les clauses qui permettent à l'entreprise de :

- fixer les prix au moment de la livraison ;
- augmenter unilatéralement ses prix, modifier ses conditions au détriment du consommateur (article 74, 2°) ;
- modifier unilatéralement les caractéristiques du produit à livrer (74, 4°). Cette clause nous paraît pouvoir s'appliquer aux villas ou appartements vendus sur plan ;
- modifier le délai de livraison (art. 74, 5°) ; ou
- modifier le service qui ne serait ainsi pas conforme au contrat conclu (art. 74,6°).

Il est également interdit à l'entreprise de retenir des sommes versées par le consommateur si celui-ci renonce à conclure ou exécuter le contrat, à permettre à l'entreprise de retenir les sommes versées lorsque c'est l'entreprise elle-même qui résilie le contrat, ou encore de restreindre les obligations de respecter les engagements pris par ses mandataires (article 74, 27°, 28°, 29°).

Tout ce qui tourne autour de la résiliation du contrat avec les éventuelles pertes d'acomptes et autres rétentions de sommes, est ici visé. Il nous semble donc que la clause type qui permet, en cas de résiliation de la vente d'un bien immobilier, de garder un acompte de l'ordre de 20 % est remis en question





lorsque la vente a lieu entre une société immobilière ou un agent immobilier le représentant et un consommateur.

Un dernier type de clauses est considéré abusif. C'est celle qui prévoit la possibilité de la cession du contrat dans le chef de l'entreprise qui va diminuer les garanties du consommateur<sup>58</sup>. L'interdiction de céder le contrat si elle apporte moins de garantie au consommateur, paraît également important de souligner dans le cadre de l'immobilier et de la construction.

3

3° *Troisième ensemble de clauses abusives : les clauses abusives qui ont une influence sur la fin du contrat*

**60.** Sont considérées comme abusives les clauses qui autorisent :

- l'entreprise à mettre fin unilatéralement au contrat à durée déterminée, sans dédommagement pour le consommateur et sans préjudice de l'article 1184 du Code civil. (article 74, 10°) ;
- l'entreprise à mettre fin unilatéralement au contrat à durée indéterminée sans un préavis raisonnable et ce sans préjudice de l'article 1184 du Code civil (art. 74, 11°) ;
- l'entreprise à demander des dommages-intérêts au consommateur qui rompt un contrat à la suite d'un cas de force majeure (art. 74, 12°).

Enfin, deux types de clauses sont considérées abusives : celle qui engage le consommateur pour une durée indéterminée sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation et celle qui proroge pratiquement un contrat à durée déterminée en l'absence de notification de contraire de la part du consommateur (art. 74, 18° et 20°). Elles nous paraissent moins intéresser le monde de l'immobilier.

58. 74. 31, 32, 33.



## SECTION 4

**Les sanctions attachées aux violations des règles  
du droit de la consommation**

**61.** Après avoir examiné les différentes obligations qui pèsent sur l'entreprise lorsqu'elle se trouve face à un consommateur, de la phase de la simple publicité jusqu'à la phase contractuelle, il nous faut bien sûr, pour être complets, passer aux sanctions que l'entreprise encourt en cas de violation des dites obligations.

**A. Les sanctions en cas de violation des pratiques commerciales loyales****1. Les sanctions administratives**

a) La demande de renseignements (article 103 L.P.M.C.)

**62.** Le ministère des Affaires économiques, qui a pour mission de faire appliquer la L.P.M.C., a le pouvoir de vérifier le respect de la loi et peut donc effectuer des inspections et/ou recevoir des informations de tiers. S'il apprend à la suite d'une inspection ou d'une information qui lui est apportée par un « vent favorable », qu'une entreprise commet une pratique commerciale déloyale, il peut écrire à celle-ci pour lui demander

« qu'elle apporte les preuves concernant l'exactitude matérielle des données factuelles qu'elle communique dans le cadre d'une pratique commerciale. »

Face à cette demande, l'entreprise a un délai d'*un mois maximum* pour apporter les preuves de l'exactitude matérielle de ses données. Il y a donc, dans ce cas, un *retournement de la charge de la preuve* puisque c'est à l'entreprise de démontrer qu'elle a des pratiques commerciales loyales. Si elle n'apporte pas la preuve demandée, le ministre des Affaires économiques peut alors considérer cette pratique déloyale, au sens de la L.P.M.C. et peut alors soit agir en cessation soit transmettre le dossier au Procureur du Roi.

b) La procédure d'avertissement (article 123 L.P.M.C.)

**63.** Une autre procédure, instituée par l'article 123 de la L.P.M.C., est la une procédure d'avertissement.

Lorsque le ministère des Affaires économiques constate une infraction à la présente loi, il peut, soit après être passé par la procédure de demande de renseignement précitée, soit directement, adresser dans les trois semaines de la constatation des faits, un avertissement au contrevenant par une lettre recommandée avec accusé de réception, par lequel il est précisé :



1. les faits imputés et les dispositions légales violées ;
2. le délai dans lequel il doit être mis fin à cette violation ; L'engagement du contrevenant pourra être rendu public ;
3. l'indication que si cet avertissement reste sans suite, le ministère des Affaires économiques a le choix entre :
  - a) introduire une action en cessation,
  - b) déposer une plainte,
  - c) proposer une transaction au contrevenant sur la base de l'article 136 de la L.P.M.C.

3

## 2. Les sanctions civiles

**64.** La Directive de 2005 donnait aux États un ordre de mission très clair quant aux sanctions civiles qu'ils devaient édicter dans leur législation nationale. La sanction devait être « effective, proportionnée et dissuasive »<sup>59</sup>.

Le législateur belge de 2010 a donc suivi cette ferme recommandation dans le cadre de l'article 41 de la L.P.M.C.

**Trois types de sanctions** sont en effet édictés dans cet article.

- a) La première sanction en cas d'infraction grave : le remboursement intégral sans restitution<sup>60</sup>

**65.** Si le contrat conclu avec le consommateur l'a été à la suite des **six pratiques** commerciales suivantes, jugées d'une **gravité particulière** :

- article 91, 12° :  
« Formuler des affirmations factuellement inexactes en ce qui concerne la nature et l'ampleur des risques auxquels s'expose le consommateur sur le plan de sa sécurité personnelle ou celle de sa famille, s'il n'achète pas le produit » ;
- article 91, 16° :  
« Affirmer d'un produit qu'il augmente ses chances de gagner aux jeux de hasard » ;
- article 91, 17° :  
« Affirmer faussement qu'un produit est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations » ;

59. Art. 13 de la Directive de 2005.

60. Art.e 41, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup> alinéa L.P.M.C.



- article 94, 1<sup>o</sup> :  
« Donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu » ;
- article 94, 2<sup>o</sup> :  
« Effectuer les visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir l'entreprise quitter les lieux ou ne pas y revenir sans préjudice des dispositions légales et réglementaires l'autorisant en vue d'assurer l'exécution d'une obligation contractuelle » ;
- article 94, 8<sup>o</sup> :  
« Donner une fausse impression que le consommateur a déjà gagné ou gagnera moyennant ou non l'accomplissement d'une formalité à un prix ou un autre avantage équivalent dans les conditions décrites à l'article 94.8 ».

Le consommateur pourra « dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance », exiger le **remboursement des sommes payées sans restitution du produit livré**.

Il faut insister sur le fait que dans ce premier cas, le juge saisi de la demande du consommateur n'a *aucun pouvoir d'appréciation*. Pour autant qu'il ait été saisi dans un « délai raisonnable »<sup>61</sup>, le juge ne pourra que, s'il constate l'existence du fait reproché, condamner l'entreprise à rembourser au consommateur le prix sans aucune obligation dans son chef de restituer le produit livré.

On peut donc envisager l'hypothèse d'un entrepreneur « un peu insistant » qui pourrait se voir condamner à rembourser le prix de l'entreprise alors que le consommateur pourrait conserver la maison ainsi construite.

b) La deuxième sanction dans les autres cas :  
le remboursement modulé sans restitution<sup>62</sup>

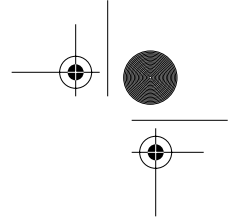
**66.** En cas de commission par une entreprise d'une autre pratique commerciale déloyale, que cette dernière soit visée spécifiquement dans la liste noire ou non, le consommateur pourra demander au juge, « sans préjudice des sanctions de droit commun »<sup>63</sup>, le remboursement des sommes payés à ce professionnel, sans restitution du produit livré mais en ce cas, *le juge conserve un pouvoir d'appréciation*. Il pourra donc accorder un remboursement partiel en fonction du manquement constaté.

61. On peut regretter cette imprécision du législateur dans la mesure où on connaît déjà, notamment en matière de vices cachés, les errements de la jurisprudence en la matière.

62. Art. 41, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, L.P.M.C.

63. L'on pense à la nullité ou la résolution du contrat, à l'allocation de dommages-intérêts...





- c) La troisième sanction : la vente forcée. La rétention du produit sans paiement<sup>64</sup>

**67.** Pour être complet, nous citons le cas de la vente forcée d'un produit qui peut être conservé par le consommateur sans bourse déliée. Le cas nous paraît en effet peu imaginable en matière immobilière.

### 3. Les sanctions pénales

**68.** Les pratiques commerciales déloyales peuvent également être sanctionnées pénalement.

Pour les plus graves d'entre elles (voir *supra* n° 65), l'article 127 de la L.P.M.C. prévoit des peines d'emprisonnement d'un mois à cinq ans et des amendes de 26 à 2.000 €.

Pour les autres pratiques visées au n° 66, une peine d'amende de 1.000 à 20.000 € est prévue.

Nous ne nous faisons cependant que peu d'illusions quant à l'application que la justice pénale fera de ces infractions, vu sa surcharge de travail et sa relative ignorance des législations nouvelles spéciales, en ce domaine comme en d'autres.

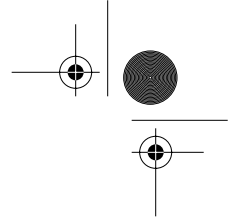
### 4. L'action en cessation<sup>65</sup>

**69.** L'action en cessation fut introduite dans notre arsenal législatif dès 1971. Elle n'a donc rien de nouveau.

Ce qui est nouveau, c'est que l'action en cessation, ouverte sous le régime de la L.P.C.C. aux seules entreprises, est dorénavant accessible aux consommateurs. En effet l'article 113 de la L.P.M.C. précise que l'action en cessation est ouverte à tous « intéressés », ce qui inclut les consommateurs ainsi que les associations et groupements professionnels.

64. Article 41 § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, L.P.M.C.

65. L'action en cessation fait l'objet d'une autre loi du 6 avril 2010. Cette loi s'intitule : loi concernant le règlement de certaines procédures dans le cadre de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. Elle est parue au *Moniteur belge* du 12 avril 2010, p. 20.841.



## B. Les sanctions en cas de violation de la L.P.M.C. dans la phase précontractuelle et contractuelle (article 75 L.P.M.C.)

**70.** Outre ce qui vient d'être décrit à propos des pratiques commerciales déloyales dont toutes les sanctions sont également applicables au stade contractuel, il existe une sanction spécifique de nature civile, lors de la présence d'une clause abusive dans un contrat conclu entre une entreprise et un consommateur : il s'agit de la **nullité de la clause abusive**, qu'elle soit dans la liste des clauses noires ou non, **sans que le contrat ne soit pour autant nécessairement atteint**.

En effet « s'il peut subsister sans les clauses abusives »<sup>66</sup>, le contrat restera contraignant pour les parties.

Ainsi le consommateur pourra demander que la convention concernant le placement de sa cuisine équipée soit exécutée par le cuisiniste mais sans que celui-ci puisse appliquer un certain nombre de clauses qu'il avait introduites dans la convention pour se protéger, telles : une variation des prix à la livraison, un délai non contraignant, une absence de garantie sur les quantités ou la qualité des fournitures... L'on pourrait multiplier les exemples dans le secteur de l'immobilier et plus particulièrement des contrats de construction mobilière.

**71.** Rappelons toutefois qu'en dehors des clauses abusives noires, le juge ne devra sanctionner une clause abusive qu'en cas de « déséquilibre manifeste ».

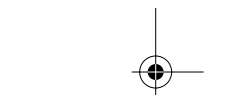
Comme le rappelle l'article 73 de la L.P.M.C., le juge saisi d'une demande d'une nullité d'une ou de plusieurs clauses abusives d'un contrat devra tenir compte

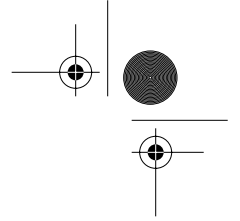
« de la nature des produits..., (de) toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend ».

Le juge devra donc agir avec circonspection dans l'appréciation du déséquilibre manifeste, il ne pourra sanctionner celui-ci que s'il saute aux yeux<sup>67</sup>.

66. Art. 75, al. 3, L.P.M.C.

67. En ce sens, P. WOLFCARIUS, « La protection du consommateur en matière contractuelle : la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information du consommateur », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur*, Éditions Jeune barreau de Bruxelles, 1991, p. 319.





## Conclusions <sup>68</sup>

**72.** En forme de conclusions, nous voudrions tout d'abord émettre quelques idées sur l'évolution de ce que certains appellent le déclin de la liberté contractuelle entre professionnels et consommateurs.

La L.P.M.C. et l'arrêt du 6 avril 2011 de la Cour constitutionnelle vont en effet en ce sens, réduisant encore la marge de manœuvre qui subsistait dans l'exercice de certaines professions, soit les professions « immobilières », soit les professions libérales.

Il est difficile de ne pas voir derrière le raisonnement du législateur de 2010 et de la Cour constitutionnelle une poussée encore un peu plus importante de la théorie du solidarisme contractuel. Cette vision sociale du contrat, défendue en France en particulier par Denis Mazeaud et Christophe Jamin, trouve de plus en plus d'échos dans les différents pays européens.

Ainsi, en application de cette vision particulière du contrat, il ne faut plus considérer les conventions comme des batailles rangées d'où il ressort forcément un vainqueur, mais plutôt comme un acte d'intérêt commun, duquel chaque partie doit retirer un bénéfice ou un avantage.

En outre, la contractualisation croissante de la société, aujourd'hui amplifiée par l'expansion d'Internet, requiert que la vision individualiste du contrat soit en recul, sans quoi l'économie ne saurait se développer paisiblement. En effet, si les consommateurs sont persuadés de faire mauvaise fortune à la conclusion de chaque contrat, nul doute que c'est toute l'activité économique qui finira par en pâtir à moyen ou long terme. Or dans la vision européenne, la confiance du consommateur se gagne par un développement sain de la concurrence.

Ce courant de pensée, ayant pris sa source de l'autre côté de l'Atlantique, préconise un développement toujours plus important de la concurrence, comme un moyen au service du progrès économique. Ce développement de la concurrence passe par un encadrement de la logique contractuelle, et, partant, par la protection des consommateurs, qui produira *de facto* un marché plus lisible pour ces derniers.

**73.** La directive de 2005 s'inscrit dans ce courant et n'est qu'un premier pas, puisque l'on sait qu'en matière de protection des droits de consommateurs, la Commission européenne prépare un projet de Règlement, qui sera

---

68. Les auteurs voudraient remercier Monsieur Simon Recher, étudiant en droit à l'Université de Strasbourg, qui a participé à cette conclusion.

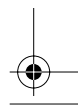
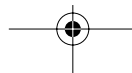
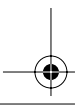
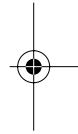


d'« *harmonisation maximale* » : il ne sera plus donné aucune latitude aux États dans la réglementation du droit de la consommation.

Pour ce qui est de notre sujet, l'on verra avec intérêt comment les nouvelles « entreprises », aux regard de la L.P.M.C., c.-à-d. les professionnels de l'immobilier s'adapteront aux nouvelles obligations qui s'imposent à eux.

Comment la doctrine et la jurisprudence appliqueront à ce nouveau domaine d'application les règles qui, au départ, furent pensées pour être appliquées essentiellement dans un commerce touchant les meubles et non les immeubles ? Certaines pratiques commerciales déloyales ou pratiques abusives ne devront-elles pas être adaptées à ce nouveau secteur et à ses pratiques propres ?

L'essentiel de notre propos, sans juger le bien-fondé de l'évolution actuelle de l'invasion du droit de la consommation dans notre droit civil national était d'attirer l'attention des praticiens sur cette réalité, car, ici comme ailleurs « un homme averti en vaut deux » !





# 4

## L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées

Laurent-Olivier HENROTTE

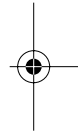
*avocat*

*assistant à l'U.Lg.*

Alexandre CRUQUENAIRE

*avocat*

*maître de conférences aux F.U.N.D.P. et chargé de cours invité à l'U.C.L.*



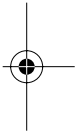
### SOMMAIRE

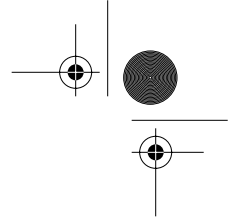
Introduction	123
SECTION 1	
Un rappel préalable : les éléments caractéristiques du mécanisme de l'action directe	125
SECTION 2	
Le champ d'application de l'action directe de l'article 1798 du Code civil	126
SECTION 3	
Les créances susceptibles d'être invoquées (les créances-causes)	130
SECTION 4	
Les créances constituant l'assiette de l'action directe (les créances-objets)	133





SECTION 5	
Modalités d'exercice de l'action directe	135
SECTION 6	
Les effets de l'action directe	138
SECTION 7	
Les moyens de défense du maître de l'ouvrage contre l'action directe	139
SECTION 8	
L'action directe et les situations de concours	141
SECTION 9	
Les clauses dérogatoires à l'article 1798 du Code civil	145
SECTION 10	
L'action directe dans un contexte européen	147
SECTION 11	
Quelles perspectives pour le mécanisme de l'action directe ?	154





## Introduction

**1.** Le principe de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage est inscrit à l'article 1798 du Code civil qui dispose que :

« Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée.

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier »<sup>1</sup>.

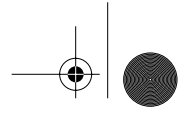
Suite à la modification de cet article par la loi du 19 février 1990, l'action directe s'est ouverte au bénéfice des sous-traitants<sup>2</sup>. À l'occasion d'une question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Bruxelles, la Cour constitutionnelle a rappelé l'objectif poursuivi par le législateur :

« Il résulte tant du titre que des travaux préparatoires de la loi du 19 février 1990 "complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants" que l'action directe prévue par l'article 1798 du Code civil a pour objectif de protéger le sous-traitant parce que le législateur a considéré qu'il méritait une protection particulière en tant que partie considérée comme la plus faible :

"Le sous-traitant se trouve, en effet, dans une position économique qui le rend extrêmement dépendant de l'entrepreneur général, une position qui est d'ailleurs comparable à celle qui fait l'objet de dispositions impératives visant à protéger la partie la plus faible dans le cadre de la législation du travail" (*Doc. parl.*, Chambre, 1981-1982, n° 294/3, p. 6).

Un tel objectif visait, conformément à la déclaration gouvernementale, à restaurer un climat de confiance dans le secteur de la construction et à créer des conditions pour la relance de ce secteur (*ibidem*, p. 2). La même loi

1. Article 1798 du Code civil tel que modifié par la loi du 19 février 1990, parue au *Moniteur belge* du 23 mars 1990.
2. Avant cette modification, l'article 1798 du Code civil n'était ouvert qu'au bénéfice des ouvriers. Pour ceux-ci, aujourd'hui comme hier, le texte a quasiment perdu toute utilité, d'autres dispositions légales offrant une meilleure protection. Pour un commentaire de l'article 1798 du Code civil dans son libellé antérieur à la loi du 19 février 1990, voy. : H. DE PAGE, *Traité*, t. IV, n° 915 ; L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », obs. sous Liège, 21 février 1964, *R.C.J.B.*, 1964, p. 34.



instaure également au bénéfice du sous-traitant un privilège spécial sur meuble »<sup>3</sup>.

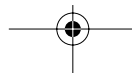
2. L'article 1798 du Code civil, tel que modifié par la loi du 19 février 1990 a suscité et suscite encore de nombreuses controverses.

Il nous est apparu opportun de faire le point sur la nature, les caractéristiques et les sources de l'action directe, dans la mesure où ces questions sont susceptibles d'avoir une incidence sur les conditions de mise en œuvre de l'action directe que nous examinerons par ailleurs. Notre propos sera structuré d'une manière classique, abordant successivement : le champ d'application du mécanisme (section 2) ; les créances susceptibles d'être invoquées par le sous-traitant (section 3) ; les créances constituant l'assiette de l'action directe (section 4) ; les modalités d'exercice de l'action directe (section 5) ; les effets de l'action directe (section 6) ; les moyens de défense que le maître de l'ouvrage peut opposer à l'action directe (section 7), les situations de concours (section 8) et, enfin, les clauses dérogatoires (section 9). Les situations de sous-traitance internationale étant relativement fréquentes, nous aborderons les principales questions de droit international privé (section 10).

Compte tenu des évolutions récentes de la jurisprudence en la matière, nous tenterons, en guise de conclusions, d'esquisser les perspectives d'évolution du mécanisme particulier de l'action directe (section 11).

Avant tout, nous allons rappeler les principaux éléments caractéristiques d'une action directe, afin de la mettre en perspective (section 1).

3. C. const., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 184 et s., obs. E. MONTERO, « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », pp. 186 et s.





## SECTION 1

**Un rappel préalable : les éléments caractéristiques du mécanisme de l'action directe**

3. D'une manière générale, l'action directe peut être définie comme l'action permettant « à son titulaire d'exercer à son profit une action appartenant à son débiteur et trouvant sa source dans un contrat conclu entre ce débiteur et un tiers, sous-débiteur, indépendamment de toute cession de droit »<sup>4</sup>.

L'action directe donne donc naissance à des relations juridiques entre trois personnes et constitue, selon la doctrine traditionnelle, une exception au principe de l'effet relatif des contrats énoncé par l'article 1165 du Code civil, dans la mesure où son titulaire peut se prévaloir d'une créance issue d'un contrat auquel il n'est pas partie<sup>5</sup>. En ce sens, l'action est qualifiée de « directe », car elle simplifie les procédures en autorisant le recours du créancier directement contre le débiteur du débiteur et en évitant donc deux recours successifs.

Une autre caractéristique généralement reconnue à l'action directe est qu'elle accorde un effet de préférence à son titulaire<sup>6</sup>. Ce dernier échappe au concours avec les autres créanciers de son débiteur relativement aux sommes qu'il percevra du débiteur de ce dernier, car « le bénéfice de son action ne transite pas par le patrimoine du débiteur principal ; il échoit exclusivement à son titulaire, sans être la proie des autres créanciers du débiteur intermédiaire »<sup>7</sup>.

Enfin, on considère que, compte tenu du caractère dérogatoire au droit commun des deux caractéristiques précitées, l'action directe doit nécessairement trouver sa source dans une disposition légale<sup>8</sup>. Pour le même motif, la disposition légale qui institue l'action directe ne peut recevoir ni interprétation extensive, ni interprétation analogique.

4. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, *Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 688. La même définition a été retenue par la Cour constitutionnelle dans son arrêt précité du 28 juin 2006 (voir note précédente).
5. R. de BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », in *Droit de la construction*, Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, 2006, p. 150 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 686 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 748.
6. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 689 ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 748 ; R. de BRIEY et O. JAUNIAUX, *op. cit.*, p. 150 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Liège, CUP, vol. 63, 2003, p. 75.
7. P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 745 et 761.
8. Voyez les références citées par P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 692 ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 748.



Comme nous le verrons dans la suite de notre étude, s'il y a un consensus relativement large sur ces éléments caractéristiques d'une action directe, on peut toutefois identifier dans la jurisprudence récente plusieurs décisions qui les remettent en cause directement ou indirectement.

## SECTION 2

### Le champ d'application de l'action directe de l'article 1798 du Code civil

#### A. La notion de sous-traitant

4. La première notion déterminant le champ d'application du mécanisme est celle de « sous-traitant », qui n'a pas été définie par le législateur.

Pour se prévaloir de la qualité de sous-traitant au sens de l'article 1798 du Code civil, il faut mais il suffit que l'on se voie confier en tout ou en partie l'exécution du contrat d'entreprise conclu avec le maître de l'ouvrage<sup>9</sup>.

#### B. L'application à tout contrat de services - non-limitation au secteur de la construction immobilière

5. Selon une doctrine et une jurisprudence dominantes, la notion de sous-traitant n'est pas limitée au secteur de la construction immobilière et concerne tout contrat de prestation de services<sup>10</sup>.

Dans un arrêt du 6 décembre 2006, la Cour d'appel de Bruxelles décide le contraire, en s'appuyant sur la version néerlandaise du texte de loi<sup>11</sup>. Quelques auteurs approuvent cette solution<sup>12</sup>. Cependant, il convient, selon nous, de distinguer les deux objets de la loi du 19 février 1990 : le privilège et l'action directe. Tandis que le privilège est expressément réservé aux sous-traitants du secteur de la construction immobilière, le législateur n'a pas posé

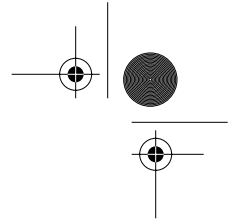
9. Bruxelles, 17 septembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 41, obs. P. WÉRY.

10. B. KOHL, « L'action directe des sous-traitants est-elle limitée au secteur de la construction immobilière ? », *J.L.M.B.*, 2008, p. 1475. Dans le même sens, voy. : J. CAEYMAEX, « Les créances des sous-traitants », in *Le point sur le droit des sûretés*, Liège, CUP, vol. 41, 2000, p. 267 ; C. JASSOGNE, « Action directe et privilège du sous-traitant », *R.R.D.*, 1991, p. 123 ; B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Droit des obligations et sous-traitance » in *La sous-traitance*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 64.

11. Bruxelles, 6 décembre 2006, *Entr. et dr.*, 2007, p. 257, note B. VAN LIERDE.

12. G. BAERT et V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, cités par B. KOHL, « L'action directe des sous-traitants est-elle limitée au secteur de la construction immobilière ? », *op. cit.*, p. 1475, note 2.





une telle limite concernant les bénéficiaires de l'action directe contre le maître de l'ouvrage<sup>13</sup>.

Il nous semble donc logique de ne pas cantonner l'action directe fondée sur l'article 1798 du Code civil au seul bénéficiaire du sous-traitant appartenant au secteur de la construction.

### C. La sous-traitance en cascade : discrimination

**6.** Le champ d'application *ratione personae* de l'action directe peut poser problème lorsqu'il y a une cascade de sous-traitance dans l'exécution d'un contrat. Dans ce cas, la question suivante se pose : est-ce que le sous-traitant de deuxième degré (voire au-delà) peut invoquer le bénéfice de l'article 1798 du Code civil ?

En ce qui concerne le sous-traitant de deuxième degré (le sous-traitant du sous-traitant), l'alinéa 2 de l'article 1798 règle expressément la question en énonçant que « le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier ». Il peut donc indiscutablement invoquer l'article 1798 à l'encontre de l'entrepreneur principal<sup>14</sup>.

Plus délicate est l'extension de l'action directe au bénéfice des sous-traitants de troisième degré et au-delà. La loi n'envisage pas la problématique et la question est controversée.

**7.** Certains estiment que l'intention du législateur a été d'envisager toute la chaîne de sous-traitance, peu importe le niveau où l'on se situe : le sous-traitant aurait donc toujours la possibilité d'invoquer l'article 1798 du Code civil vis-à-vis de l'intervenant se situant deux échelons au-dessus de lui dans la chaîne de sous-traitance<sup>15</sup>.

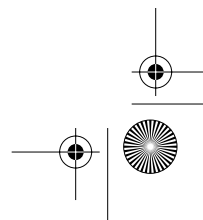
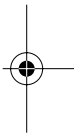
Le texte de l'article 1798 du Code civil ne vise pas expressément ces situations, mais les défenseurs de cette thèse s'appuient sur la *ratio legis* de la loi du 19 février 1990, qui était de limiter les répercussions d'une faillite de l'entrepreneur principal sur la situation économique de ses sous-traitants.

---

13. C. JASSOGNE, *op. cit.*, p. 125.

14. P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », in *La sous-traitance*, J.L.M.B. Opus, n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 50.

15. Voy. not. : Bruxelles, 8 novembre 1995, *D.A.O.R.*, 1995, n° 37, p. 89 ; R. DE BRIEY et O. JAU-NIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, pp. 151-154 ; J.-P. RENARD et M. VAN DEN ABBEELE, « Les garanties offertes au sous-traitant en cas de défaillance de l'entrepreneur général », *Entr. et dr.*, 1997, p. 148.





La référence à la volonté du législateur constitue cependant un argument à manier avec prudence. Les éléments du contexte socio-économique sont essentiels lorsque l'on tente de reconstituer *a posteriori* l'intention du législateur<sup>16</sup>. Il convient de les prendre en considération tout en veillant à assurer la cohérence de l'interprétation de la loi avec le système juridique dans lequel cette loi s'intègre<sup>17</sup>. Le recours aux travaux parlementaires doit dès lors se faire avec discernement, car la volonté du législateur dans l'élaboration d'une loi est souvent plurielle, les discussions parlementaires voyant des points de vue contradictoires échangés pour aboutir à un texte final<sup>18</sup>.

En l'espèce, les travaux parlementaires sont assez laconiques, de sorte qu'il est difficile d'en dégager une volonté claire du législateur<sup>19</sup>. Ainsi, on peut lire dans les développements<sup>20</sup> de la proposition initiale de loi de 1982 – qui n'a pas été adoptée, mais a été reprise<sup>21</sup> et élargie pour aboutir au texte adopté en 1990 – que :

« Très souvent, on a constaté qu'en matière de construction plus encore qu'ailleurs, la faillite d'un entrepreneur général entraîne des difficultés graves pour les sous-traitants. Ceux-ci peuvent, à leur tour, être déclarés en faillite, simplement en raison de la faillite de l'entrepreneur général. Alors qu'ils ont payé leur personnel et leurs fournisseurs, ils ne sont pas payés par l'entrepreneur général. En cas de faillite de ce dernier, ils voient son actif leur échapper en tout ou en partie au bénéfice des créanciers privilégiés. Les sous-traitants sont désarmés devant cette situation ; ils ne sont en effet que créanciers chirographaires<sup>22</sup>.

16. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 64-65.
17. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'interprétation téléologique : un objectif clair et distinct ? », in *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Association internationale de méthodologie juridique, Travaux préparatoires du congrès des 10-12 septembre 1990, vol. I, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 315.
18. X. DIJON, *Méthodologie juridique. L'application de la norme*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 58.
19. En ce sens, voy. : O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 255. ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *op. cit.*, p. 133.
20. Proposition de loi complétant l'article 20 de la loi hypothécaire en vue de protéger les sous-traitants, *Développements, Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1981-1982, n° 294/1, p. 1. Le Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. VERHAEGEN contient des considérations du même ordre (n° 294/3).
21. Projet de loi complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. ARTS, n° 855/2, p. 2 (se référant explicitement à la proposition de 1982, pour en souligner les mérites et les limites).
22. Proposition de loi visant la protection de la sous-traitance, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, Commentaire des articles, n° 321/1, p. 2.





Ces éléments ne nous paraissent pas de nature à établir une volonté claire du législateur. Dans ce débat sur le but de la loi, il nous semble intéressant de faire mention d'une autre proposition de loi, n'ayant pas abouti elle non plus, qui illustre la direction voulue par l'action législative de l'époque. Dans un texte déposé à la Chambre en 1988, il était ainsi prévu d'aller beaucoup plus loin dans la protection du sous-traitant, par la mise en place d'un mécanisme de paiement direct, obligatoire pour le maître de l'ouvrage, des factures du sous-traitant. Ce mécanisme aurait été limité au sous-traitant direct (premier degré), tandis que l'action directe (article 1798 du Code civil modifié) aurait été ouverte au sous-traitant du sous-traitant. Les dispositions proposées et leur commentaire ne visent pas explicitement le sous-traitant de troisième degré (et au-delà) et ne font pas référence à des chaînes de sous-traitance. Le commentaire des articles précise que par la référence expresse au sous-traitant de second degré pour le volet « action directe » de la proposition uniquement, on a entendu limiter le volet « paiement direct » à la seule relation impliquant le sous-traitant de premier degré. Cet élément montre bien que, dans l'esprit du législateur, le sous-traitant de second degré n'est bénéficiaire de ce type de mécanisme que dans la mesure où il est expressément visé par le texte.

**4**

Compte tenu du caractère incertain de la volonté du législateur, il nous semble plus raisonnable, au nom de la cohérence de l'action législative, d'interpréter d'une manière stricte la disposition de l'article 1798 du Code civil et d'en limiter dès lors les effets au sous-traitant de second degré. Il s'agit d'une disposition dérogatoire au droit commun et, faute de volonté indiscutable du législateur d'étendre sa portée au-delà, il convient d'en privilégier une interprétation stricte<sup>23</sup>. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 28 juin 2006 va dans le même sens, puisque la Cour y relève que « (...) l'article 1798 du code civil ne peut être interprété de manière extensive dès lors qu'une action directe est une institution dérogatoire au droit commun »<sup>24</sup>. Une majorité de la doctrine se prononce également en ce sens<sup>25</sup>.

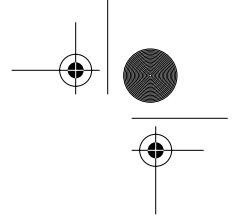
**8.** À l'instar de certains auteurs favorables à la thèse extensive du champ d'application de l'article 1798 du Code civil, on pourrait soutenir que cette

---

23. En ce sens : H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », in *Arch. phil. dr.*, n° 17, Paris, Sirey, 1972, pp. 19-20 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil – Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 438-439 ; P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, p. 343.

24. C. const., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184 (point B.5), obs. E. MONTERO.

25. En ce sens : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 50 (et les nombreuses références citées).



solution, prônant une interprétation stricte de la loi, est de nature à créer une discrimination entre sous-traitants, ce qui serait contraire à la Constitution<sup>26</sup>.

### SECTION 3

## Les créances susceptibles d'être invoquées (les créances-causes)

### A. Les créances limitées au contrat de sous-traitance

9. On peut également s'interroger sur les créances du sous-traitant susceptibles d'être invoquées à l'égard de l'entrepreneur dans le cadre de son action directe (créances-causes). Deux approches sont possibles : soit on admet seulement les créances relatives au chantier ou projet pour lequel des tâches ont été confiées dans le cadre du contrat de sous-traitance, soit on considère que le sous-traitant peut se prévaloir de toute créance quelconque à l'égard de l'entrepreneur (même sans rapport avec le projet ayant fait l'objet de la sous-traitance).

La Cour de cassation a tranché la question par un arrêt du 21 décembre 2001 dont les termes sont on ne peut plus limpides :

« Attendu que le sous-traitant ne peut agir directement contre le maître de l'ouvrage qu'à raison des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié par le maître à l'entrepreneur principal et, ensuite, par celui-ci au sous-traitant »<sup>27</sup>.

Cet arrêt consacre une vision restrictive de la portée du mécanisme, car elle en écarte l'application pour les créances du sous-traitant (vis-à-vis de l'entrepreneur) qui se rapporteraient à d'autres travaux que ceux confiés initialement par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal<sup>28</sup>. Il faut donc que l'on se situe dans le cadre d'un même projet pour que la créance puisse être prise en compte pour l'action directe.

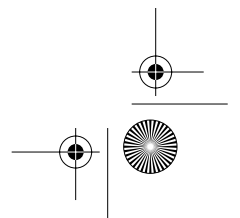
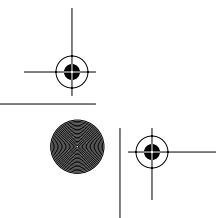
### B. Les créances certaines, exigibles et, le cas échéant, liquides

10. En outre, les créances du sous-traitant contre l'entrepreneur principal ne peuvent être invoquées à l'encontre du maître de l'ouvrage, dans le

26. En ce sens, spéc. : R. de BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, p. 153.

27. Cass., 21 décembre 2001, *D.A.O.R.*, 2002, p. 264, obs. P. WÉRY.

28. Pour une lecture critique de cet arrêt : R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, pp. 161-162.





cadre de l'action directe, que dans la mesure où elles sont certaines et exigibles, c'est-à-dire non contestables en leur principe et non soumises à un terme ou une condition (en d'autres termes, immédiatement exécutoires)<sup>29</sup>.

Un arrêt inédit du 19 mai 2009 de la Cour d'appel de Liège en offre une illustration intéressante. Le litige portait sur une facture émise quelques semaines avant la faillite de l'entrepreneur, le sous-traitant exerçant son action directe dans la foulée, sans attendre l'échéance du délai contractuel de paiement. La cour rappelle opportunément que le caractère exigible de la créance du sous-traitant s'explique par le fait que l'action directe n'est « qu'une action qui permet de réclamer à un tiers ce qui peut être réclamé au débiteur originaire »<sup>30</sup>. La cour souligne ensuite que ce caractère exigible doit être apprécié au moment de l'exercice de l'action directe et en fonction des stipulations contractuelles applicables entre le sous-traitant et l'entrepreneur :

« (...) la facture litigieuse (...) adressée à [l'entrepreneur] devait nécessairement être dressée en conformité avec les stipulations contractuelles de l'entreprise venues entre [l'entrepreneur] et [le sous-traitant]. Or lesdites conditions générales (...) prévoient que les factures « seront payées à 60 jours fin de mois » (...), ce qui implique qu'en l'espèce la facture en cause n'était pas exigible avant le prononcé de la faillite de [l'entrepreneur]. Surabondamment, la cour fait encore remarquer que lesdites conditions générales prévoyaient que « les factures seraient établies en quatre exemplaires, et, pour être recevables, accompagnées d'un mesurage contradictoire signé par notre délégué ». Or, (...) ledit mesurage n'a été effectué que postérieurement à la date d'établissement de la facture et s'élevait à un montant inférieur à celle-ci. Ainsi, ladite facture n'étant pas exigible vis-à-vis de l'entrepreneur principal avant le prononcé de la faillite, les conditions d'exercice de [l'action directe] n'étaient pas non plus remplies avant la faillite. (...) force est de constater qu'avant la faillite, l'action directe ne pouvait encore être exercée et qu'après la faillite, elle ne pouvait plus l'être (...) »<sup>31</sup>.

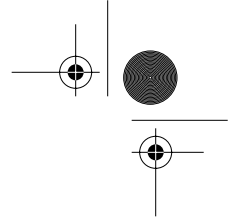
---

29. R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, p. 160 ; F. GEORGES, « De quelques problèmes posés par l'action directe de l'article 1798 du Code civil », note sous Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 603 ; P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 51 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *op. cit.*, p. 136, n° 87 ; P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *R.R.D.*, 1997, p. 178.

30. Liège, 19 mai 2009, 2008/R.G./1060, inédit, p. 4.

31. Sur les liens entre faillite et action directe, voy. *infra*.





**11.** En ce qui concerne les qualités de la créance-cause, on distingue traditionnellement les exigences à remplir selon que l'action directe est exercée à des fins conservatoires (bloquer les sommes) ou d'exécution (afin d'obtenir du maître de l'ouvrage le paiement).

Lorsqu'elle est utilisée en tant que mesure d'exécution, c'est-à-dire dans le but de contraindre le maître de l'ouvrage à se libérer des sommes entre les mains du sous-traitant, l'action directe requiert<sup>32</sup> que la créance-cause soit également liquide, c'est-à-dire fixée quant à son montant<sup>33</sup>.

### C. Les créances en principal et leurs accessoires

**12.** Une précision, importante dans la pratique, doit encore être apportée : la créance-cause est constituée du principal et de ses accessoires, intérêts et pénalités éventuelles<sup>34</sup>. La Cour de cassation l'a clairement affirmé dans un arrêt du 22 mars 2002 :

« Attendu que cette disposition, en tant qu'elle se réfère à la créance du sous-traitant pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer, est conçue en termes généraux et vise tant le prix de ces travaux que les accessoires de ce prix ;

Qu'il résulte des travaux préparatoires que le législateur s'est donné pour objectif de protéger le sous-traitant contre les risques d'insolvabilité de l'entrepreneur avec lequel il a contracté ; que la proposition de loi initiale, qui prévoyait uniquement un privilège, fut complétée par une action directe contre le maître de l'ouvrage laquelle porte tant sur le principal que sur les accessoires de la créance ;

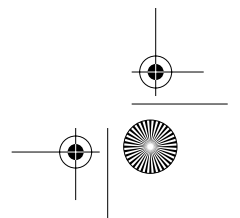
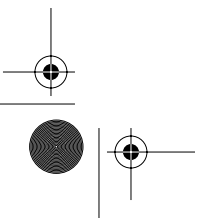
Attendu que le moyen, qui soutient que l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire ne couvre pas les intérêts de retard ni l'indemnité due en vertu d'une clause pénale, manque en droit »<sup>35</sup>.

32. Outre les exigences de caractères certain et exigible.

33. En ce sens : Liège, 23 octobre 1998, *R.R.D.*, 2000, p. 43 ; R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, pp. 160 et 164 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 756-757.

34. P. WÉRY, *op. cit.*, p. 756.

35. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 22 mars 2002, *J.T.*, 2002, p. 447.





## SECTION 4

**Les créances constituant l'assiette de l'action directe  
(les créances-objets)****A. Les créances limitées au contrat principal**

**13.** Les commentateurs se sont demandés si, par son arrêt du 21 décembre 2001, la Cour de cassation entendait également limiter la portée de l'action directe quant aux créances qui en constituent l'assiette. En d'autres termes, seules les créances tenant à l'exécution du contrat liant l'entrepreneur principal au maître de l'ouvrage (et dans l'exécution duquel intervient le sous-traitant) seraient visées.

Les termes précités de cet arrêt nous semblent toutefois suffisamment généraux pour que l'on doive en déduire que seules les créances existant à l'encontre du maître de l'ouvrage en vertu du contrat d'entreprise principale, dans l'exécution duquel intervient le sous-traitant, pourraient faire l'objet de l'action directe dudit sous-traitant<sup>36</sup>. Il convient donc que l'on vise une créance qui se situe dans la relation triangulaire maître de l'ouvrage-entrepreneur-sous-traitant<sup>37</sup>.

Une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence estime pourtant que toute créance de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage devrait pouvoir être invoquée dans le cadre de l'action directe<sup>38</sup>.

Il nous semble toutefois que la Cour de cassation a confirmé l'interprétation doctrinale minoritaire dans un arrêt du 29 octobre 2004. Saisie d'un pourvoi portant sur la licéité de la condition d'exigibilité de la créance-assiette au moment de l'exercice de l'action directe, la Cour a jugé utile de rappeler :

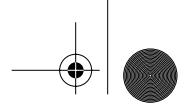
« Que l'action directe a pour objet toutes les créances relatives à l'ouvrage visé que l'entrepreneur puise dans son contrat avec le maître de l'ouvrage »<sup>39</sup>.

36. En ce sens : P. WÉRY, « L'assiette de l'action directe du sous-traitant », *D.A.O.R.*, 2002, n° 63, pp. 264 et s. Approuvant cette lecture de l'arrêt : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 52 (se référant notamment aux conclusions de l'avocat général DE RIEMAECKER précédant l'arrêt du 22 mars 2002 de la Cour de cassation) ; O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *op. cit.*, pp. 260-261. *Contra* : B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *op. cit.*, p. 137.

37. R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, p. 166.

38. En ce sens : B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *o.c.*, pp. 140-141. Pour la position majoritaire antérieure à l'arrêt de cassation évoqué, voy les nombreuses références citées par P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, *op. cit.*, p. 52.

39. Cass. (1<sup>re</sup>ch.), 29 octobre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1697.



Avec d'autres, nous estimons que cet arrêt – en dépit du fait que la question juridique posée n'était pas celle de la nature de la créance-assiette – va dans le sens d'une limitation des créances susceptibles d'être visées par l'action directe à celles que l'entrepreneur a à l'égard du maître de l'ouvrage et qui sont relatives au chantier ou projet sur lequel le sous-traitant est intervenu <sup>40</sup>.

## B. Les créances non nécessairement liquides et exigibles pour l'effet conservatoire de l'action directe

**14.** Le caractère liquide et exigible n'est pas requis en ce qui concerne la créance-assiette, du moins pour l'effet conservatoire de l'action directe. La Cour de cassation l'a souligné dans un arrêt précité du 29 octobre 2004 :

« Que l'action directe a pour objet toutes les créances relatives à l'ouvrage visé que l'entrepreneur puise dans son contrat avec le maître de l'ouvrage ;

Qu'il n'est pas requis à cet effet que la créance de l'entrepreneur soit déjà exigible à ce moment ; que le maître de l'ouvrage peut, en effet, soulever l'inexigibilité des créances à l'égard de l'entrepreneur ;

(...)

Attendu que (...) les juges d'appel ont décidé (...) qu'au moment (...) de la citation (...) aucune créance "exigible" de [l'entrepreneur] (...) n'existait à l'égard (...) [du maître de l'ouvrage] (...) et en ont déduit que, dès lors, la demanderesse (...) ne pouvait (...) invoquer l'article 1798 du Code civil (...) ; qu'ainsi, ils ont violé l'article 1798 du Code civil » <sup>41</sup>.

Selon la Cour, le refus du bénéfice de l'action directe ne peut être motivé par l'absence de créance exigible au moment de l'exercice de l'action directe. La Cour précise cependant que l'inexigibilité des créances peut être soulevée à l'égard de l'entrepreneur.

Il ne faut pas y voir de contradiction. Simplement, la Cour entend rappeler que l'exigibilité de la créance assiette n'est pas requise dans la fonction conservatoire de l'action directe mais qu'elle l'est pour exécuter le « paiement » de la créance assiette <sup>42</sup>.

40. En ce sens : O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *op. cit.*, p. 261.

41. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 29 octobre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1697.

42. W. DERJCKE, « La créance objet de l'action directe du sous-traitant », *R.D.C.*, 2005, p. 1019.





### C. La créance et ses accessoires

**15.** Une fois que le maître de l'ouvrage (devenu débiteur) a été sommé de payer sa dette par le sous-traitant, les intérêts sont dus sur les sommes concernées<sup>43</sup> et ces intérêts peuvent, le cas échéant, être capitalisés<sup>44</sup>.

En effet, c'est la nature de la dette qui détermine l'application des règles relatives aux intérêts moratoires (articles 1153 et suivants du Code civil). L'anatocisme s'applique aux seules dettes de somme, à l'exclusion des dettes de valeur dont le *quantum* doit être estimé par le juge au moment où il statue<sup>45</sup>, et peut donc s'appliquer en matière d'action directe, en dépit des controverses sur la nature contractuelle ou non de l'action directe<sup>46</sup>.

4

#### SECTION 5

### Modalités d'exercice de l'action directe

**16.** L'absence de précision dans le texte de l'article 1798 du Code civil quant aux modalités d'exercice de l'action directe a longtemps suscité la controverse. Pour certains, une action judiciaire était nécessaire, tandis que d'autres estimaient qu'une simple manifestation de volonté était suffisante<sup>47</sup>. La question était d'une importance pratique considérable, car le mécanisme est souvent utilisé dans des périodes proches de faillites.

**17.** Logiquement, la Cour de cassation a été amenée à trancher la question dans le cadre d'un litige dans lequel le sous-traitant avait manifesté sa volonté d'exercer l'action directe avant la faillite mais n'avait introduit de procédure judiciaire que postérieurement à cette faillite.

---

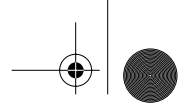
43. Bruxelles, 17 septembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 41, obs. P. WÉRY. Voy. aussi : P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant », *R.R.D.*, 2000, p. 51.

44. En ce sens : M.-A. et PH. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise, Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Collection des Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 271, n° 335 ; P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 57.

45. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 6 janvier 2006, *J.T.*, 2007, p. 462 (voyez également les conclusions de l'avocat général).

46. En ce sens : C. ALTER, « L'anatocisme », *J.T.*, 2007, p. 460, n°5 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) : les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, pp. 125-126, n° 214.

47. À ce propos, voy. : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 55. Sur les hésitations de la jurisprudence à cet égard, voy. également : F. T'KINT ET W. DERIJCKE, « Overzicht van rechtspraak (1990-2004). Hetvoorrecht en de rechtstreekserechtsvordering van de onderaannemertegen de bouwheer », *R.D.C.*, 2004, pp. 860-861.



En l'espèce, le sous-traitant avait envoyé un courrier recommandé au maître de l'ouvrage (visant spécialement l'article 1798 du Code civil) avant la faillite de l'entrepreneur mais n'avait lancé citation contre le maître de l'ouvrage que postérieurement à cette faillite.

Dans un arrêt du 25 mars 2005, la Cour décide :

« Que l'exercice de cette action directe n'est soumis à aucune condition de forme ;

Attendu que les juges d'appel décident que « une lettre recommandée ne suffit pas à faire naître l'action directe de l'article 1798 du code civil » et décident sur cette base que « dans les circonstances données, l'action de la demanderesse doit être déclarée non fondée » ;

Qu'en décidant cela, l'article 1798 du code civil est violé »<sup>48</sup>.

**18.** La Cour de cassation a réaffirmé sa position récemment, à l'occasion d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers, qui avait refusé de reconnaître l'exercice d'une action directe par l'envoi d'un courrier de mise en demeure adressé par le conseil du sous-traitant.

Dans un arrêt du 10 juin 2011, la Cour de cassation censure la décision de la cour d'appel pour les motifs suivants :

« 2. L'exercice de cette action directe n'est soumis à aucune exigence de forme ;

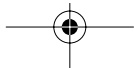
3. Le juge d'appel a décidé que l'action directe exige une demande formulée dans une citation ou un acte de comparution volontaire et a refusé, pour ce motif, de considérer que l'action directe avait été exercée par le courrier du conseil de la demanderesse du 6 décembre 1996 par lequel ce dernier demandait paiement au second défendeur.

4. En jugeant ainsi, le juge d'appel a violé l'article 1798, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil »<sup>49</sup>.

Il est important de préciser que l'arrêt attaqué avait été rendu par la Cour d'appel d'Anvers le 25 novembre 2004, soit antérieurement à l'arrêt de principe de la Cour de cassation que nous avons évoqué ci-avant.

48. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1040.

49. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 10 juin 2011, C.10.0465.N, inéd. (traduction libre des auteurs).





Cette confirmation de la jurisprudence de la Cour ne doit donc pas être lue comme la manifestation d'une volonté de la Cour d'étouffer une résistance des juges du fond par rapport à la position de principe qu'elle avait adoptée antérieurement.

**19.** Comme le souligne le Professeur Wéry, l'efficacité du mécanisme de l'action directe s'accommode mal d'exigences de type formaliste, de sorte que la volonté du législateur d'imposer de telles conditions doit être certaine<sup>50</sup>. La solution retenue par la Cour de cassation est donc logique et cohérente avec la volonté du législateur<sup>51</sup>.

**20.** Une simple manifestation de volonté du sous-traitant est donc suffisante pour l'exercice de l'action directe, pour autant que le sous-traitant se prévale d'une manière non-équivoque de son droit<sup>52</sup>. Il convient en outre, selon la Cour de cassation, que cette manifestation de volonté ait été portée à la connaissance du maître de l'ouvrage ou, à tout le moins, que ce dernier ait raisonnablement pu en prendre connaissance<sup>53</sup>.

D'un point de vue pratique, cela signifie que, même en cas de judiciarisation du litige, l'instant clé n'est pas l'introduction de la procédure en justice mais le moment où le sous-traitant a porté à la connaissance du maître de l'ouvrage sa volonté d'exercer le droit reconnu par l'article 1798 du Code civil<sup>54</sup>.

À partir de ce moment, le maître de l'ouvrage devra se libérer directement auprès du sous-traitant et devra, le cas échéant, supporter les éventuels intérêts de retard<sup>55</sup>. Il ne pourra, par contre, plus se libérer valablement auprès de l'entrepreneur.

---

50. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, pp. 750 et 755.

51. Pour une critique de la position retenue dans l'arrêt (sur la base du fait que l'article 1798 du Code civil vise *in fine* le « moment où leur action est intentée », ce qui ne pourrait, aux yeux de ces auteurs, que renvoyer à une action judiciaire), voy. cependant : J.-P. RENARD, « Heurs et malheurs de l'action directe », *Entr. et dr.*, 2005, p. 252. Sur les autres arguments contraires, voy. : O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *op. cit.*, p. 256.

52. P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 750. Antérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation, voy. : P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *op. cit.*, pp. 174-176.

53. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 18 mars 2010, R.G. n° C.09.0136.N, inéd.

54. O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *op. cit.*, p. 257.

55. P. HENRY, « Action directe du sous-traitant : deux nouvelles précisions importantes », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1042.



## SECTION 6

### Les effets de l'action directe

**21.** Comme nous l'avons déjà souligné, il convient de bien distinguer deux effets à l'action directe de l'article 1798 du Code civil : l'effet conservatoire et l'effet d'exécution.

L'action directe a tout d'abord pour effet de rendre indisponibles les créances de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage. Cela a pour conséquence que le maître de l'ouvrage ne peut plus payer valablement l'entrepreneur.

Ensuite, l'action directe implique qu'une fois la créance devenue certaine, liquide et exigible, l'exécution ne peut se faire valablement qu'entre les mains du sous-traitant, à concurrence des sommes qui lui sont dues (montant en principal et accessoires).

**22.** L'effet conservatoire est immédiat, dès que le maître de l'ouvrage a connaissance de la volonté du sous-traitant d'exercer son droit. La Cour de cassation l'a indiqué dans un arrêt du 18 mars 2010 :

« L'exercice de l'action directe a pour conséquence, tout comme une saisie-arrêt, que l'action exercée par l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage devient indisponible.

Cette indisponibilité ne naît que lorsque le maître de l'ouvrage a eu connaissance de l'exercice de l'action directe ou qu'il a pu raisonnablement en avoir connaissance »<sup>56</sup>.

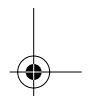
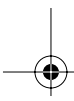
La Cour de cassation applique ici une logique identique à celle de la théorie de la réception en matière de formation du contrat entre absents, l'élément décisif étant la possibilité de prendre connaissance de la volonté de l'autre partie et non la prise de connaissance effective<sup>57</sup>.

La solution est pragmatique et doit être approuvée. Rappelons que l'écrit n'est pas formellement requis, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation écartant toute exigence de forme pour l'exercice de l'action directe<sup>58</sup>. Il n'en demeure pas moins que c'est au sous-traitant d'apporter la preuve que sa manifestation de volonté d'exercer l'action directe a été portée à la connaissance du maître de l'ouvrage, ce qui, *de facto*, l'oblige à procéder par un écrit, afin de prévenir toute contestation quant à la réalité, au moment et/ou au caractère non équivoque de cette manifestation de volonté.

56. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 18 mars 2010, R.G. n° C.09.0136.N, inéd.

57. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, pp. 153 et 154.

58. Voy. la jurisprudence évoquée ci-avant : Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 10 juin 2011, C.10.0465.N, inéd. ; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1040.





**23.** L'obligation de payer au sous-traitant dépend, quant à elle, du caractère exigible, liquide et certain de la créance. Cela n'est donc pas nécessairement immédiat.

## SECTION 7

### Les moyens de défense du maître de l'ouvrage contre l'action directe

**4**

#### A. Les exceptions tirées des deux rapports contractuels

**24.** Une jurisprudence et une doctrine dominantes considèrent que le maître de l'ouvrage peut opposer à l'action directe du sous-traitant toutes les exceptions que l'entrepreneur aurait pu y opposer ainsi que les exceptions qui sont propres à la créance-assiette (exceptions tirées de la relation maître de l'ouvrage – entrepreneur dans ce dernier cas) <sup>59</sup>.

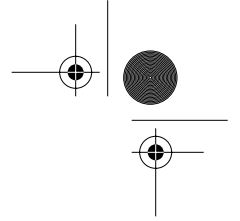
**25.** Il est logique que le maître de l'ouvrage puisse opposer à l'action du sous-traitant toutes les exceptions que l'entrepreneur aurait pu opposer à la demande de paiement du sous-traitant. L'action directe n'est en effet ouverte au sous-traitant qu'en fonction de sa créance envers le débiteur intermédiaire (l'entrepreneur) et dans ses limites <sup>60</sup>.

**26.** L'opposabilité des exceptions propres à la relation entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur est également logique. Le sous-traitant, par le jeu de l'action directe, exerce les droits de l'entrepreneur principal à la place de celui-ci et à son profit. Dès lors, il ne peut y avoir d'obligation pour le maître de l'ouvrage de payer le sous-traitant lorsque des exceptions tirées de l'exécution du contrat entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage permettent de contester les créances de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage <sup>61</sup>. Raisonner autrement reviendrait à permettre au sous-traitant d'exercer des

59. P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 180.

60. J.-P. BRULS, « La loi du 19 février 1990 complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du code civil en vue de protéger les sous-traitants, une réforme d'efficacité limitée », *Act. dr.*, 1991, p. 777. Dans le même sens, voy. not. : Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 595 ; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise : chronique de jurisprudence (1990-2000)*, *op. cit.*, p. 267, n° 331 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *op. cit.*, p. 147.

61. En ce sens : O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *op. cit.*, p. 262 ; P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 53 ; P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant », *op. cit.*, p. 53.



droits que l'entrepreneur lui-même n'aurait pu exercer, ce qui serait absurde et contraire à la logique du mécanisme de l'action directe.

## **B. Les exceptions antérieures à l'exercice de l'action directe - Le sort particulier de l'exception d'inexécution**

**27.** Les exceptions précitées ne seront cependant opposables au sous-traitant, dans le cadre de son action directe, que dans la mesure où elles ont une cause antérieure à l'exercice de l'action directe <sup>62</sup>.

Les modalités d'exercice de l'action directe prennent ici toute leur importance, car elles vont déterminer le moment où se cristallisera la situation du maître de l'ouvrage.

Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation qui écarte toute exigence de forme, on doit conclure que l'appréciation de l'antériorité des exceptions doit se faire au moment où, pour la première fois, le sous-traitant a porté à la connaissance du maître de l'ouvrage sa volonté d'exercer son droit <sup>63</sup>.

Ce n'est donc pas le moment d'introduction d'une procédure judiciaire qui déterminera l'appréciation des antériorités opposables au sous-traitant.

**28.** Une précision essentielle a été apportée par la Cour de cassation sur ce point. Dans un arrêt du 25 mars 2005, elle énonce ainsi :

« Attendu que le maître de l'ouvrage contre lequel une action directe est introduite par le sous-traitant ne peut opposer à cette action que les exceptions dont il dispose au moment de l'introduction de l'action directe ;

Que, toutefois, l'exception d'inexécution d'une obligation qui est fondée sur l'interdépendance des obligations réciproques des parties, est inhérente à la nature du contrat synallagmatique, en sorte qu'elle préexiste à l'inexécution elle-même et à l'exercice de l'action directe ;

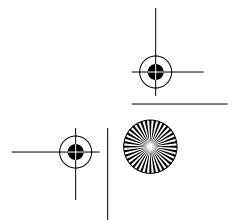
Attendu que l'arrêt décide que la demanderesse ne peut faire valoir l'exception d'inexécution de son obligation qu'elle a invoquée contre son entrepreneur, à l'égard de la défenderesse par le motif que « l'exception d'inexécution (...) n'a été opposée qu'après la faillite et est postérieure à l'exercice de l'action directe » ;

Que, dès lors, l'arrêt viole les articles 1798 du Code civil, ainsi que le principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution en matière de contrats synallagmatiques ainsi que les articles 1102, 1134 et 1184 du Code civil » <sup>64</sup>.

62. B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *op. cit.*, p. 147.

63. P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant », *op. cit.*, p. 53.

64. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1039, note P. HENRY.





En d'autres termes, le maître de l'ouvrage pourra toujours se prévaloir des fautes dans l'exécution du contrat d'entreprise, même s'il n'avait pas encore formulé de réclamation au moment de l'exercice de l'action directe, car l'exception d'inexécution participe de l'essence du contrat synallagmatique, de sorte qu'elle est réputée exister dès la conclusion de celui-ci et dès avant l'inexécution dénoncée. Elle devra donc toujours être prise en compte, comme étant antérieure à l'exercice de l'action directe du sous-traitant.

**4****SECTION 8****L'action directe et les situations de concours****A. Position de la question**

**29.** L'action directe de l'article 1798 du Code civil offre-t-elle réellement un droit de préférence en situation de concours entre les créanciers ?

Il faut assurément répondre par l'affirmative lorsque l'action directe a été mise en œuvre par le sous-traitant avant la naissance du concours <sup>65</sup>.

Par contre, qu'en est-il lorsque l'action directe est exercée après la naissance de la situation de concours, c'est-à-dire lorsque le bénéfice de l'article 1798 du Code civil est le plus utile au sous-traitant <sup>66</sup> ?

**B. La faillite et la liquidation**

**30.** Contrairement à l'opinion majoritaire <sup>67</sup>, la Cour de cassation a refusé de reconnaître un droit de préférence tiré de l'article 1798 du Code

---

65. R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, p. 169 et les références citées par les auteurs, not. : E. DIRIX, « Hetvoorrecht en de direkttevordering van de onderaannemer », *R.W.*, 1989-1990, p. 1235 ; P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 183. Voyez encore : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 57.

66. J.-P. RENARD, « Heurs et malheurs de l'action directe », note sous Cass., 27 mai 2004 et 25 mars 2005, *Entr. et dr.*, 2005, pp. 242 et s.

67. X. DIEUX et J. WINDEY, « Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers, à la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et ses premières applications », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 337 et s. ; E. DIRIX, « Hetvoorrecht en de direkttevordering van de onderaannemer », *op. cit.*, pp. 1232 et s. ; F. GEORGES, « Le privilège et l'action directe du sous-traitant », *Droit des faillites et du concordat*, CUP, 1996, pp. 279 et s. ; C. JASSOGNE, « Action directe et privilège du sous-traitant », *op. cit.*, pp. 124 et s. ; L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 34, n° 6 ; P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 169.



civil, tant en matière de faillite qu'en matière de liquidation, dans deux arrêts prononcés le 23 septembre 2004 :

- « La faillite a pour effet de rendre indisponible la créance de l'entrepreneur failli sur le maître de l'ouvrage, de sorte qu'à partir du jugement déclaratif, l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil ne peut plus être intentée » ;
- « Dès la mise en liquidation d'une société, les droits réciproques des créanciers dont la créance est née avant la mise en liquidation sont déterminés de manière irrévocable. Ce principe fait obstacle, dès ce moment, à l'intentement par un sous-traitant de l'action directe visée par l'article 1798 du Code civil »<sup>68</sup>.

À l'instar d'une doctrine autorisée, nous pensons que le fait que deux arrêts aient été prononcés simultanément, d'une part, en matière de liquidation et, d'autre part, en matière de faillite, devrait permettre de déduire que la Cour de cassation entend appliquer cette solution à toutes les situations de concours<sup>69</sup>.

### C. La réorganisation judiciaire

**31.** On observera toutefois que la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, qui abroge le concordat en le remplaçant par la réorganisation judiciaire, prévoit en son article 33, alinéa 3, que le sursis, tel que défini à l'article 2, ne fait pas obstacle à l'action directe de l'article 1798 du Code civil. La Cour de cassation et le législateur ne seraient donc plus sur la même longueur d'ondes...

### D. La saisie-arrêt

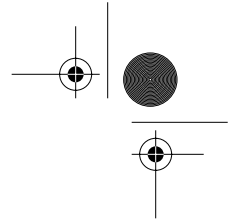
**32.** Cette divergence entre les dispositions législatives récentes et la jurisprudence semblerait se confirmer suite à un arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2010 qui évoque incidemment la question de la saisie-arrêt.

La Cour de cassation semblerait suivre l'opinion minoritaire<sup>70</sup> selon laquelle la saisie-arrêt rend la créance indisponible en sorte qu'elle ne peut plus faire l'objet d'aucun paiement, y compris au profit du titulaire d'une

68. Cass., 23 septembre 2004, *R.G.D.C.*, 2005, pp. 634 et s.

69. P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 59.

70. Voyez not. : E. DIRIX, « Hetvoorrecht en de direkttevoordering van de onderaannemer », *op. cit.*, p. 1235 ; J. WINDEY et T. HURNER, « L'action directe en cas de faillite », note sous Cass., 27 mai 2004, *R.D.C.*, 2004, p. 908, n° 14.



action directe. Dans un arrêt prononcé le 18 mars 2010, la Cour de cassation <sup>71</sup> a ainsi jugé :

« L'action directe ne peut plus être introduite après la faillite de l'entrepreneur, dès lors que cette action ne peut être exercée que lorsque la créance de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage est encore disponible dans le patrimoine de l'entrepreneur.

L'exercice de l'action directe a pour conséquence, tout comme une saisie-arrêt, que l'action exercée par l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage devient indisponible.

Cette indisponibilité ne naît que lorsque le maître de l'ouvrage a eu connaissance de l'exercice de l'action directe ou qu'il a pu raisonnablement en avoir connaissance.

En vertu de l'article 16, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le failli, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens. Cette indisponibilité prend cours à compter de l'heure zéro du jour du jugement déclaratif de la faillite.

(...) En décidant que l'action directe de la seconde défenderesse a été exercée en temps utile, c'est-à-dire avant la faillite de la société privée à responsabilité limitée V., dès lors que pour la détermination du moment de l'exercice de l'action il y a lieu de tenir compte uniquement du moment où cette action est exercée sans devoir tenir compte du moment où le maître de l'ouvrage en prend connaissance, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision.

Le moyen est fondé ».

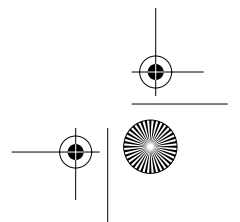
Si telle est la position de la Cour de cassation, le droit même d'exercer une action directe après une saisie-arrêt serait remis en cause.

Cette position serait quelque peu surprenante, car, comme le soulignent plusieurs auteurs <sup>72</sup>, une saisie ne confère à celui qui la pratique aucun privilège et ne fait pas obstacle à l'exercice de leurs droits par d'autres créanciers, sauf à respecter les règles du concours de sorte que le titulaire de l'action directe peut exercer une action directe nonobstant la saisie. En effet, la saisie-arrêt n'implique jamais le transport de la créance saisie au profit du saisissant, de sorte que l'on ne peut l'assimiler à une cession de créance.

---

71. Cass., 18 mars 2010, R.G. n° C.09.0136.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

72. En ce sens : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 59 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, *Sources des obligations*, *op. cit.*, p. 725.





## E. Conclusion en ce qui concerne le droit de préférence

**33.** Compte tenu de cette évolution jurisprudentielle, peut-on encore considérer que la reconnaissance d'un droit de préférence constitue une caractéristique du mécanisme de l'action directe ?

La réponse nous paraît devoir être négative, car la Cour de cassation refuse un droit de préférence au sous-traitant lorsqu'il exerce une action directe après faillite ou mise en liquidation de son débiteur. Or, c'est spécialement en ces hypothèses de concours que l'action directe aurait présenté une réelle utilité.

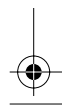
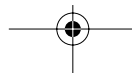
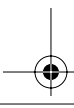
La Cour de cassation ne reconnaît pas davantage de droit de préférence à l'action directe lorsque celle-ci est exercée après une saisie-arrêt et ce, sur la base d'un raisonnement fort discutable.

Relevons toutefois que les travaux préparatoires de la loi du 19 février 1990 avaient fait référence à la doctrine de Kluyskens selon laquelle « si d'autres créanciers de l'entrepreneur ont fait une saisie-arrêt sur la créance de celui-ci à l'égard du propriétaire, les ouvriers ne pourront plus être payés directement ; mais dans ce cas, ces derniers pourraient naturellement, en leur qualité de créanciers de l'entrepreneur, faire à leur tour une saisie-arrêt sur la créance de manière à se placer en concours avec les premiers saisissants (*Begin-selen van Burgelijk recht, vierde deel – De contracten*, n° 369, édition de 1952) »<sup>73</sup>.

Le 31 janvier 2009, le législateur a donc, quant à lui, pris une direction radicalement opposée en matière de réorganisation judiciaire. La solution législative nous paraît justifiée mais s'inscrit en totale contradiction des solutions jurisprudentielles relatives à l'exercice de l'action directe en situation de concours.

Une intervention législative plus large serait souhaitable à cet égard, afin d'assurer une plus grande cohérence dans l'application du mécanisme de l'action directe.

73. Projet de loi complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. ARTS, n° 855/2, p. 4.





## SECTION 9

**Les clauses dérogatoires à l'article 1798  
du Code civil**

**34.** L'objectif du législateur de protéger le sous-traitant considéré comme *partie faible*<sup>74</sup> est confirmée par la Cour constitutionnelle, qui observe qu'il « résulte tant du titre que des travaux préparatoires de la loi du 19 février 1990 « complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du code civil en vue de protéger les sous-traitants » que l'action directe prévue par l'article 1798 du code civil a pour objectif de protéger le sous-traitant parce que le législateur a considéré qu'il méritait une protection particulière en tant que partie considérée comme la plus faible »<sup>75</sup>.

4

**35.** Peut-on dès lors déroger à une législation de ce type ? La question renvoie à la distinction classique entre lois supplétives, lois impératives et lois d'ordre public<sup>76</sup>.

La loi impérative présente trois caractéristiques majeures<sup>77</sup> : les contractants ne peuvent y déroger ; elle ne protège que des intérêts privés et n'est dès lors pas d'ordre public ; la dérogation n'entraîne que la nullité relative de la convention contraire (la renonciation ou la confirmation étant possible aux conditions du droit commun et, le cas échéant, aux conditions fixées par la loi concernée).

En l'espèce, la loi du 19 février 1990 vise, nous l'avons précisé, à renforcer la protection d'une partie considérée comme faible et doit donc être considérée comme impérative en faveur de ladite partie<sup>78</sup>.

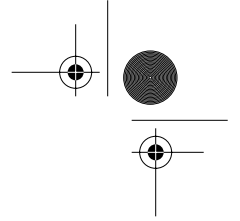
74. Voy. not. : Projet de loi complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. ARTS, n° 855/2, pp. 1-2 ; Proposition de loi complétant l'article 20 de la loi hypothécaire en vue de protéger les sous-traitants, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. VERHAEGEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1981-1982, n° 294/3, p. 1 (« les sous-traitants, qui sont particulièrement exposés aux effets de la crise économique, bénéficieraient [par la proposition de loi] d'une protection particulière »).

75. C. const., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 184-185 (point B.2).

76. Sur cette distinction, voy. spéc. : M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 65-67.

77. A. MEEÛS, « La notion de la loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, p. 510, n°13 (se référant à la jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis un arrêt du 6 décembre 1956).

78. En ce sens : A. MEEÛS, « La notion de la loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », *op. cit.*, pp. 505 et 514-516.



**36.** Compte tenu de cette nature impérative des dispositions de la loi ayant étendu le bénéfice de l'action directe au sous-traitant, les clauses contractuelles du contrat de sous-traitance par lesquelles les parties réduiraient (en tout ou en partie) la portée de cette action directe seront nulles.

**37.** Dans le cadre du contrat d'entreprise conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal, les clauses tendant à réduire la portée de l'action directe consacrée par l'article 1798 du Code civil ne pourront avoir aucun effet. Ces dispositions sont tout simplement inopposables au sous-traitant, en vertu du principe de la relativité des conventions <sup>79</sup>.

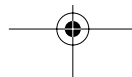
**38.** Par contre, le caractère impératif jouant seulement en faveur du sous-traitant, rien n'empêche les parties d'étendre la portée de l'action directe au-delà de ce que permet la disposition de l'article 1798 du Code civil <sup>80</sup>. À notre sens, cela supposerait toutefois un double montage contractuel.

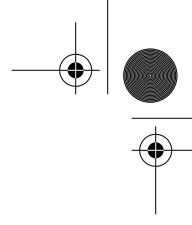
D'une part, il conviendrait que le contrat de sous-traitance – conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant – comporte une acceptation expresse par l'entrepreneur des effets du mécanisme. L'extension de l'action directe a en effet potentiellement une incidence sur la possibilité pour l'entrepreneur de réclamer le paiement de ses créances vis-à-vis du maître de l'ouvrage.

D'autre part, il conviendrait que le contrat d'entreprise – conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur – comporte une forme de stipulation pour autrui en faveur du sous-traitant, dans la mesure où le maître de l'ouvrage accepterait, au-delà des hypothèses découlant d'une application de l'article 1798 du Code civil, d'être tenu de payer directement le sous-traitant lorsque celui-ci exercerait cette action directe conventionnelle.

79. En ce sens : L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 42.

80. En faveur de cette faculté pour les parties contractantes, voy. not. : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *o.c.*, pp. 54-55 ; E. MONTERO, « L'article 1798 du code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », *J.L.M.B.*, 2007, p. 189 ; P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *o.c.*, p. 733 (citant comme exemple de stipulation pour autrui « la clause d'un contrat d'entreprise prévoyant, en faveur d'un fournisseur, un droit direct au paiement par le maître de l'ouvrage »).





## SECTION 10

### L'action directe dans un contexte européen

**39.** La coexistence de deux contrats – celui du maître de l'ouvrage avec l'entrepreneur principal et celui de l'entrepreneur principal avec le sous-traitant – suscite, une fois encore, un certain nombre de questions dans la mise en œuvre de l'action directe dans un contexte international. Quel est le tribunal compétent ? Quelle est la loi applicable ? Quel sort faut-il réserver aux clauses attributives de compétence ou relatives au droit applicable ? Nous examinons ci-après ces questions, limitées au cadre européen.

4

#### A. Le tribunal compétent

**40.** La matière est régie par le Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement « Bruxelles I »)<sup>81</sup>.

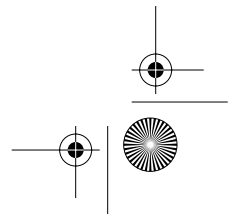
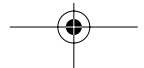
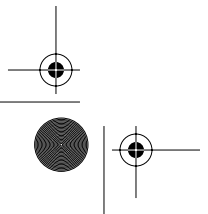
##### 1. Les clauses attributives de compétence

**41.** En cas d'exercice d'une action directe dans le contexte d'une relation internationale de sous-traitance, se pose naturellement la question de l'effectivité des clauses d'élection de for. Suivant l'article 23 du Règlement, si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, ont désigné un tribunal d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal est compétent. Ces conventions attributives de juridiction doivent être conclues par écrit ou sous une forme qui soit conforme aux habitudes établies entre les parties ou, dans le commerce international, sous une forme conforme à un usage dont les parties ont eu connaissance.

**42.** Dans le contexte de la sous-traitance, la difficulté réside, comme indiqué ci-avant, dans la coexistence de deux contrats. Si tous les contrats en présence élisent le même for – par exemple parce que le maître de l'ouvrage aura imposé à l'entrepreneur principal de répercuter auprès de ses propres contractants la clause insérée dans leur contrat – l'ensemble du contentieux pourra être porté à la connaissance des tribunaux d'un même État membre. Pour favoriser une telle jonction, les clauses d'élection de for peuvent imposer à

---

81. Règl. (CE) n° 44/2001, du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, n° L012, du 16 janvier 2001.





toutes les parties concernées une obligation d'intervention et de garantie dans la première procédure engagée.

En pratique, toutefois, il est fréquent qu'un ou plusieurs des contrats en présence ne contiennent pas de clause d'élection de for ou que les différents contrats désignent des tribunaux différents.

À défaut de for commun, il faut alors rappeler l'autonomie juridique du contrat de sous-traitance par rapport aux relations contractuelles nouées entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. V. Van Houtte, R. Vermeersch et P. Wautelet<sup>82</sup> relèvent à cet égard la jurisprudence de la Cour de Justice qui, dans son arrêt *Tilly Russ* du 19 juin 1984<sup>83</sup>, a consacré le principe de la relativité des clauses attributives de juridiction, privant celles-ci de tout effet vis-à-vis des tiers au contrat, sauf dans l'hypothèse de la succession par une partie dans les droits d'une autre<sup>84</sup>.

Il s'impose dans ce cas de vérifier les règles de compétence ordinaire définies par le Règlement<sup>85</sup>.

## 2. *Les clauses attributives de compétence et les prorogations de compétences*

**43.** La tentation existe, pour le sous-traitant, d'utiliser les compétences dérivées prévues par l'article 6 du Règlement de Bruxelles afin d'éviter le jeu de la clause de juridiction contenue dans le contrat de sous-traitance.

En effet, l'article 6 prévoit qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite :

« 1) s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ;

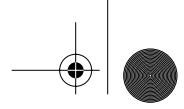
82. V. VAN HOUTTE, R. VERMEERSCH et P. WAUTELET, *La sous-traitance internationale : questions choisies*, Commission Droit et vie des affaires, Faculté de droit de Liège, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 283.

83. C.J.C.E., 19 juin 1984 (*Tilly Russet Ernest Russ c. N.V. Haven- & Vervoerbedrijf Nova et N.V. Goeminne Hout*), 71/93, *Rec. C.J.C.E.*, p. 2417.

84. Hypothèse que nous considérons, contrairement aux auteurs, non dénuée de tout fondement en l'espèce depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006 (voy. *infra*).

85. En ce compris l'article 29 du Règlement.





2) s'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande en intervention, devant le tribunal saisi de la demande originaire, à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé ».

La stratégie du sous-traitant pourrait être de citer le maître de l'ouvrage dans le for de celui-ci et de citer conjointement ou postérieurement l'entrepreneur principal en paiement devant le même juge sur la base de la compétence dérivée prévue par l'article 6 et ce, afin de contourner la clause de juridiction applicable entre lui-même et l'entrepreneur principal.

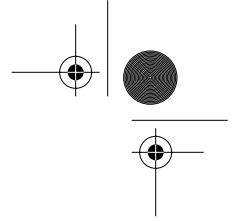
**44.** Ce procédé n'a néanmoins pas été accepté par la jurisprudence européenne qui consacre généralement la primauté de la clause d'élection de for sur les fors dérivés<sup>86</sup>. Un récent arrêt du tribunal de commerce de Gand<sup>87</sup> a par ailleurs confirmé que la clause de juridiction couvrait également les appels en garantie sans qu'il soit nécessaire que la clause ne les vise expressément. Dans ce cas, à défaut de précision des parties, l'on se doit de considérer que celles-ci ont entendu donner la portée la plus large à leur accord.

La solution découle notamment de l'article 23 du Règlement de Bruxelles qui dispose que le tribunal élu par la clause de juridiction jouit d'une compétence exclusive<sup>88</sup>, sauf dérogation des parties.

**4**

- 
86. C.J.C.E., 14 décembre 1976 (*Galerías Segoura s.p.r.l.c. Société Rahim Bonakdarian*), 25/76, Rec. C.J.C.E., p. 1851 ; C.J.C.E., 17 janvier 1980 (*Siegfried Zelgerc. Sebastiano Salinitri*), 56/79, Rec. C.J.C.E., p. 89 ; C.J.C.E., 19 juin 1984 (*Tilly Russ et Ernest Russ c. N.V.Haven- & Vervoerbedrijf Nova et N.V.GoeminneHout*), 71/93, Rec. C.J.C.E., p. 2417 ; Liège (2<sup>e</sup> ch.), 30 décembre 2004, inéd., R.G. 0203/02, cités par C. DE BOUYALSKI, « L'espace judiciaire européen en matière civile. Vérification de compétence, prorogation de compétence et incidents de litispendance et de connexité dans le Règlement de Bruxelles I », *Annales du droit de Louvain*, vol. 69, 2009/1, p. 44, n°46.
87. Comm. Gand, 13 juin 2006, inéd., A.R. : 04/02100 cité par C. DE BOUYALSKI.
88. Ce caractère en principe exclusif de la compétence élue avait déjà été consacré sous l'empire de la Convention de Bruxelles. Dans l'affaire *Zelger*, la Cour de Justice avait arrêté à ce propos que : « L'article 5, n° 1, inséré dans la section 2 de la convention intitulée "compétences spéciales" fonde une compétence dérogatoire à la règle de compétence générale posée à l'article 2 de la convention ; les dispositions de cet article 5 qui permettent d'attirer en matière contractuelle le défendeur domicilié sur le territoire d'un état contractant devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée, introduisent un critère de compétence, dont le choix dépend d'une option du demandeur et qui est justifié par l'existence d'un lien de rattachement direct entre la contestation et le tribunal appelé à en connaître. Par contre, l'article 17 inséré dans la section 6 de la convention intitulée "prorogation de compétence", qui prévoit la compétence exclusive du tribunal désigné par les parties selon les formes prescrites, écarte ainsi les règles de compétence tant générales – prévues à l'article 2 de la convention – que spéciales – prévues à l'article 5 – et fait abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné ». Voyez également à ce sujet : N. WATTE, A. NUYS et H. BOULARBAH, « Le règlement "Bruxelles I" sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *J.T.-Dr.eur.*, 2002, p. 167, n° 16.





Les dispositions de l'article 6 du Règlement, qui visent notamment l'intervention en garantie, ne peuvent dès lors pas être utilisées dans le but de contourner une clause d'élection de for.

Dans un arrêt du 13 juillet 2006, la Cour de justice précise que l'article 6 ne peut davantage être mis en œuvre dans le seul but d'échapper à la compétence du tribunal du domicile de celui que l'on veut attraire :

« ... il convient de rappeler que la règle de compétence spéciale énoncée à l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001 ne saurait être interprétée de telle sorte qu'elle puisse permettre à un requérant de former une demande dirigée contre plusieurs défendeurs à la seule fin de soustraire l'un de ceux-ci aux tribunaux de l'État membre où il est domicilié (voir, en ce qui concerne la convention de Bruxelles, arrêts du 27 septembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, Rec. p. 5565, points 8 et 9, ainsi que Réunion européenne e.a., précité, point 47). Cependant, il ne semble pas que tel soit le cas dans l'affaire au principal »<sup>89</sup>.

### 3. *Les clauses attributives de compétence et les cessions, subrogations ou chaînes de contrats*

**45.** Comme nous l'avons souligné, le Règlement consacre la primauté de l'autonomie de la volonté. Conformément au principe de la relativité des conventions, il prive par ailleurs les clauses attributives de juridiction de tout effet vis-à-vis des tiers, sauf dans l'hypothèse de la succession d'une partie dans les droits d'une autre.

Toutefois, si les arrêts *Tilly Russ*<sup>90</sup> et *Coreck Maritime*<sup>91</sup> confirment les principes précités d'autonomie et de relativité, ceux-ci reconnaissent l'opposabilité de la clause au tiers lorsque où celui-ci succède aux droits et obligations du cédant ou du subrogé en vertu du droit national applicable.

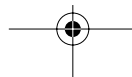
Or, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006<sup>92</sup> rendu en matière de contrat d'entreprise, une action directe de nature contractuelle (et non *sui generis* sur une base légale) fondée sur les droits et obligations du débiteur intermédiaire contre le sous-débiteur est possible dans certains cas (contrat

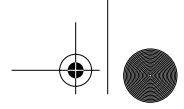
89. C.J.C.E., 13 juillet 2006 (*Reisch Montage AG c. KieselBaumaschinenHandels GmbH*), C-103/05, Rec. C.J.C.E., p. I-06827.

90. C.J.C.E., 19 juin 1984 (*Tilly Russ et Ernest Russ c. N.V. Haven- & Vervoerbedrijf Nova et N.V. Goeminne Hout*), 71/93, Rec. C.J.C.E., p. 2417.

91. C.J.C.E., 9 novembre 2000 (*Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV e.a.*), C-387/98, Rec. C.J.C.E., p. I-09337.

92. Cass., 18 mai 2006, C050097N, www.juridat.be.





d'entreprise – contrat de vente) et, à tout le moins, envisageable dans les autres (contrat d'entreprise – contrat d'entreprise)<sup>93</sup>.

Cette thèse pourrait néanmoins se heurter à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle l'action dirigée par une personne contre le contractant de son propre cocontractant n'est pas de nature contractuelle. Le principe fondateur a été dégagé par la Cour à l'occasion d'un arrêt *Handte*<sup>94</sup> : la notion de matière contractuelle, qui doit être interprétée d'une manière autonome, suppose l'existence d'un « engagement librement assumé d'une partie envers l'autre »<sup>95</sup>. La Cour avait mis en œuvre ce principe en décidant, notamment, que la notion ne comprend pas le litige relatif à l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant, ni l'action en responsabilité précontractuelle. Dans l'arrêt *Frahuil* du 5 février 2004<sup>96</sup>, la Cour a retenu la même solution à propos de l'action de la caution dirigée contre une partie qui n'est pas partie au contrat de cautionnement lorsque cette partie n'a pas autorisé la conclusion du contrat.

Toutefois, cette jurisprudence *Handte* et *Frahuil* de la Cour de justice concerne la détermination de la compétence ordinaire et non l'opposabilité d'une clause de juridiction qui est reconnue, dans l'arrêt *Tilly Russ*, en cas de cession de droit en vertu du droit national.

#### 4. Les règles de compétence ordinaire

**46.** Malgré l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006, toutes les controverses au sujet de la nature de l'action directe ne sont certainement pas éteintes, loin s'en faut.

Dans l'hypothèse où le créancier ne peut se prévaloir d'une cession de droit ou en l'absence de clause d'attribution de compétence, il importe d'examiner les règles de compétence ordinaire.

Certes, le sous-traitant pourra assigner le maître de l'ouvrage devant les tribunaux du domicile de ce dernier en vertu de la règle générale prévue à l'article 2 du Règlement.

La question de la possibilité pour le sous-traitant d'invoquer les règles de compétence spéciales prévues à l'article 5 (5.1 ou 5.3) renvoie à la question

---

93. Voy. *infra*.

94. C.J.C.E., 17 juin 1992 (*Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*), C-26/91, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-3967.

95. N. WATTE, A. NUYTS et H. BOULARBAH, « Chronique de droit international privé européen », *J.T.-dr.eur.*, 2006, p. 297.

96. C.J.C.E., 5 février 2004 (*Frahuil S.A. c. Assitalia SpA*), C-265/02, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-1543.





de la qualification de l'action directe, dès lors que l'article 5.1 vise la matière contractuelle tandis que l'article 5.3 vise la matière délictuelle ou quasi délictuelle <sup>97</sup>.

L'article 5 est en effet libellé comme suit :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre :

1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :

- pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

- pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ;

c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas ;

...

3) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».

L'action directe est-elle une action contractuelle ? L'arrêt précité de la Cour de cassation du 18 mai 2006 pourrait permettre de le soutenir. La jurisprudence précitée *Handte et Frauil* de la Cour de Justice exclut cependant cette solution.

Si l'action directe n'est pas contractuelle, est-elle quasi-délictuelle ? Certains auteurs <sup>98</sup> répondent à nouveau par la négative sur la base notamment de l'arrêt *Reichert II* <sup>99</sup> de la Cour de justice du 26 mars 1992 aux termes duquel :

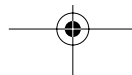
« la notion de « matière délictuelle ou quasi délictuelle » comprend toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la « matière contractuelle » au sens de l'article 5, paragraphe 1 ».

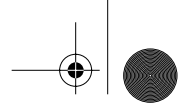
Dès lors que l'action directe du sous-traitant ne met pas en jeu la responsabilité du maître de l'ouvrage (puisqu'il s'agit d'une action en paiement), de

97. V. VAN HOUTTE, R. VERMEERSCH et P. WAUTELET, *La sous-traitance internationale : questions choisies*, op. cit., p. 323.

98. V. VAN HOUTTE, R. VERMEERSCH et P. WAUTELET, op. cit., pp. 324 et s.

99. C.J.C.E., 26 mars 1992 (*Mario Reichert, Hans-Heinz Reichert et Ingeborg Kockler c. Dresdner Bank AG*), C-261/90, Rec.C.J.C.E., p. 2149.





sorte que le sous-traitant ne peut justifier la compétence sur la base de l'article 5.3 du Règlement de Bruxelles.

En conclusion, faute de compétence spéciale, c'est donc sur la base de l'article 2 du Règlement (la règle de compétence générale) que la question de la compétence liée à l'exercice de l'action directe sera réglée.

## B. La loi applicable

**47.** La question est importante puisque du droit applicable peut dépendre la reconnaissance même de l'action directe par le droit de l'État désigné.

La question de la qualification contractuelle ou non de l'action directe resurgit également lors de l'analyse du droit applicable.

La matière est donc susceptible d'être régie, selon le cas, par le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I ») ou par le Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

Cette distinction de qualification a, jusqu'à présent, été principalement opérée par la Cour de Justice dans le cadre de la délimitation des hypothèses d'application respective des articles 5.1 et 5.3 de la Convention de Bruxelles puis du Règlement de Bruxelles. À cette occasion, la Cour a conféré un rôle subsidiaire<sup>100</sup> à la matière délictuelle en considérant que relève de la matière non contractuelle toute situation qui ne repose pas « sur un engagement librement assumé d'une des parties envers l'autre »<sup>101</sup>.

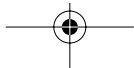
La notion fait l'objet d'une interprétation autonome par la Cour.

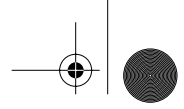
À suivre la jurisprudence de l'arrêt précité *Handte* du 17 juin 1992 de la Cour de justice, ce sera dès lors systématiquement le Règlement de Rome II qui devrait s'appliquer à l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage. Toutefois, il ne peut à nouveau être exclu du débat la jurisprudence *Tilly Russ* de la Cour qui reconnaît l'opposabilité de la clause (certes d'« attribution de juridiction » dans le cadre de la Convention de Bruxelles) en cas de cession de droit en vertu du droit national, ce qui nous renvoie une

---

100. C.J.C.E., 27 septembre 1988 (*Athanasios Kalfelis c. Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, et autres*), 189/87, Rec. C.J.C.E., p. I-1993.

101. C.J.C.E., 17 juin 1992 (*Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*), C-26/91, Rec. C.J.C.E., p. I-3967. À ce propos, voy. : S. FRANCO, « Le règlement de Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », in *Actualités de droit international privé*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 78.





nouvelle fois à l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006. En application de cette dernière jurisprudence, ce serait dès lors le règlement de Rome I qui trancherait la question du droit applicable sur la base du rapport contractuel entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal.

L'examen de ces dispositions débordent notre propos<sup>102</sup>. Nous attirons seulement l'attention sur l'article 14 du Règlement de Rome I intitulé « Cession de créances et subrogation conventionnelle » qui prévoit que :

« 1. Les relations entre le cédant et le cessionnaire ou entre le subrogeant et le subrogé se rapportant à une créance détenue envers un tiers (« le débiteur ») sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, s'applique au contrat qui les lie.

2. La loi qui régit la créance faisant l'objet de la cession ou de la subrogation détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire ou subrogé et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession ou subrogation au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

3. La notion de cession au sens du présent article inclut les transferts de créances purs et simples ou à titre de garantie, ainsi que les nantissements ou autres sûretés sur les créances ».

## SECTION 11

### Quelles perspectives pour le mécanisme de l'action directe ?

**48.** L'évolution jurisprudentielle entourant l'application de l'article 1798 du Code civil nous interpelle à bien des égards et nous conduit à nous interroger, au-delà, sur certains dogmes propres au mécanisme de l'action directe.

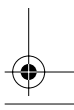
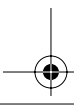
**49.** Nous avons souligné ci-avant (section 1) qu'une action directe devait nécessairement trouver sa source dans une disposition légale en raison de son caractère profondément dérogatoire au droit commun.

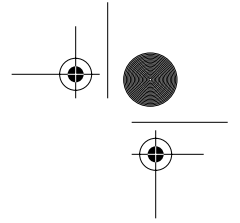
Or, la Cour de cassation a prononcé, en date du 18 mai 2006, un arrêt susceptible de remettre en cause cette vision légaliste de l'action directe<sup>103</sup>.

Le moyen de cassation reposait entièrement sur l'affirmation que, dans le cas d'une entreprise de travaux, combinée avec une entreprise de livraison de biens, l'obligation de garantie du vendeur contre les vices cachés ne peut être

102. Voyez not. sur les Règlements de Rome I et II : P. WAUTELET, S. FRANCO, S. SAROLEAET C. HENRICOT, *Actualités de droit international privé*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009.

103. Cass., 18 mai 2006, C050097N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).





transférée d'un acheteur à son commettant auquel la chose viciée a finalement été livrée après l'exécution des prestations convenues.

La Cour de cassation a répondu au moyen en ces termes :

« Le droit à garantie de l'acheteur initial à l'égard du vendeur constitue un accessoire de la chose, qui est vendu avec la chose aux acheteurs successifs. La circonstance que la chose viciée est livrée par un entrepreneur à son commettant dans le cadre d'un contrat d'entreprise ne dispense pas le vendeur initial de son obligation de garantie à l'égard de cet usager final.

Le commettant, tout comme le sous-acquéreur, dispose de tous les droits et actions liés à la chose qui appartenait à l'acheteur initial.

Le moyen qui, en cette branche, repose sur l'affirmation contraire, manque en droit ».

Comme le souligne Julien Cabay dans une contribution fouillée<sup>104</sup>, la Cour de cassation a ainsi répondu par l'affirmative à la question longtemps controversée de savoir si le maître de l'ouvrage dispose d'une action contractuelle directe en garantie à l'encontre d'un fournisseur de son entrepreneur.

Pour appliquer cette solution au contrat d'entreprise, la Cour doit bien abandonner le recours à l'article 1615 du Code civil, propre à la vente, pour se référer au principe plus général suivant : l'accessoire suit le principal.

Certes, l'hypothèse envisagée n'est pas celle de l'action directe de l'article 1798 du Code civil. Certes, le fondement de cette action directe est des plus controversé<sup>105</sup>.

Il doit cependant être remarqué, même si cela bouscule les certitudes, qu'une action directe a ainsi été reconnue – créée ? – de manière prétorienne, sans qu'une loi intervienne pour en consacrer l'existence, les contours ou modalités d'exercice<sup>106</sup>.

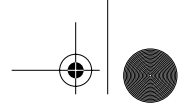
---

104. J. CABAY, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.*, 2009, pp. 765 et s.

105. Nous y reviendrons *infra*. Ont notamment été invoqués la stipulation pour autrui, l'article 1122 du Code civil, la théorie de l'accessoire etc. Voyez déjà J. CABAY, *op. cit.*, pp. 768-769.

106. On peut d'ailleurs se demander si, ce faisant, la Cour de cassation n'a pas (entr')ouvert la porte à une future reconnaissance prétorienne d'une action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. La question déborde notre propos mais mérite assurément d'être posée, en dépit de la position négative de la Cour constitutionnelle sur le sujet (voy. C. const., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 184 et s., obs. E. MONTERO).





Quel est l'intérêt pratique de cette évolution en l'espèce puisque l'action directe du sous-traitant est déjà reconnue légalement par l'article 1798 du Code civil ?

Les effets de l'abandon de la thèse légaliste de l'action directe seraient multiples.

Ainsi, l'article 1798 du Code civil ne devrait plus être limité par une interprétation stricte.

Cela conduirait, par exemple, à donner plus de poids aux défenseurs de l'existence d'une action directe aux sous-traitants du troisième degré.

Nous avons déjà évoqué la question de la reconnaissance éventuelle d'une action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant et ce, en dehors de toute intervention législative. Nous revenons encore ci-après sur le sujet.

Nous pouvons également évoquer les implications en matière de droit international privé dont les solutions diffèrent selon qu'on retient la qualification contractuelle ou délictuelle de l'action directe.

**50.** L'arrêt du 18 mai 2006 de la Cour de cassation retient également notre attention quant au principe de la relativité des conventions et aux limites dans lesquelles on peut y déroger.

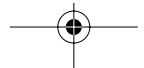
En l'absence de disposition légale reconnaissant une action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, de nombreux auteurs ont avancé diverses pistes pour combler cette lacune. D'importantes critiques se sont élevées contre les différents fondements proposés jusqu'ici pour reconnaître une action "contractuelle" au maître de l'ouvrage<sup>107</sup>.

Il est objecté à l'article 1122 du Code civil, selon lequel on est censé avoir stipulé pour soi, pour ses héritiers et pour ses ayants cause, que celui-ci vise tous les ayants cause à l'exception précisément des ayants cause à titre particulier<sup>108</sup>.

La stipulation pour autrui (article 1121 du Code civil) ou la cession de créance tacite sont écartées au motif qu'elles reposent sur la nécessité d'établir la volonté tacite des parties d'agir en ce sens.

107. À ce sujet, en ce qui concerne l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, voyez not. : J. CABAY, *op. cit.*, pp. 769 et s. ; H. De PAGE, *Traité*, t. II, 1964, p. 698 ; E. MONTERO, « L'article 1798 du code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », obs. sous C.A., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007/5, pp. 188 et s. En France : J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 1106 et s. ; C. JAMIN, *La notion d'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1991, n° 223 et s.

108. H. De PAGE, *Traité*, t. II, 1964, p. 698.





La théorie de l'accessoire est celle qui retient le plus grand assentiment jusqu'ici. Fondée au départ sur l'article 1615 du Code civil<sup>109</sup>, une partie de la doctrine plaide pourtant depuis un certain temps déjà pour l'extension de la solution dégagée en matière de vente aux cas du fournisseur<sup>110</sup> et du sous-traitant<sup>111</sup>, en justifiant l'extension de la solution par le recours à la règle de l'article 1135 du Code civil<sup>112</sup>.

L'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006 emprunte plus ou moins cette voie en ce qui concerne le fournisseur. Il se réfère non à l'article 1615 du Code civil, mais au principe (général ?) « l'accessoire suit le principal ».

Cette thèse est fondée sur l'idée d'un lien étroit entre l'action et le bien transmis qui justifierait la transmission de celle-ci *propter rem* comme un accessoire de la chose vendue ou ouvrage.

Elle est toutefois critiquée en ce qu'elle ne peut s'appliquer que « dans le seul contexte des chaînes de contrats translatives de propriété (c'est-à-dire, qui se terminent par un contrat de "transfert" de la propriété : vente + vente ou entreprise + vente) »<sup>113</sup>, soit l'acquisition par un mode dérivé, par transfert de droit. Cette théorie ne tient donc pas compte de « l'acquisition originaire, à savoir l'accession (par incorporation des matériaux au sol) ; il acquiert

- 
109. La jurisprudence admet depuis longtemps déjà, sur le fondement de l'article 1615 du Code civil, la transmission au sous-acquéreur des actions en garantie d'éviction et des vices cachés. La même explication justifie la transmission au maître de l'ouvrage de l'action en responsabilité décennale contre l'entrepreneur ou l'architecte, à l'acquéreur de l'immeuble, voire au client du promoteur immobilier. La Cour de cassation a cependant précisé qu'en cas de vente de l'immeuble après mise en œuvre de l'action en garantie décennale, cette action restait dans le patrimoine du propriétaire-maître de l'ouvrage, sauf cession prévue dans les conditions de la vente (Cass., 15 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 65). À ce sujet, voy. : E. MONTERO, *op. cit.*, p. 190.
110. Voyez not. : F. GLANSDORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », obs. sous Bruxelles, 28 octobre 1987, *J.T.*, 1988, pp. 668 et s. ; Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, « La responsabilité des édificateurs : état actuel de quelques problèmes et perspectives », in *Statuts et responsabilité des édificateurs*, F.U.S.L., 1989, p. 178 ; concl. av. gén. G. DUBRULLE sous Cass., 18 mai 2006, précité.
111. Voyez not. : F. GLANSDORFF, *op. cit.*, p. 668 et s. ; Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 179 ; concl. av. gén. G. DUBRULLE sous Cass., 18 mai 2006, précité.
112. Y. HANNEQUART et P. HENRY, « La responsabilité de l'architecte face aux immixtions du maître de l'ouvrage et face au promoteur », note sous Cass., 21 septembre 1979, *R.C.J.B.*, 1982, p. 514 ; A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise de construction », *Rép. not.*, t. IX, liv. III, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 208. Sur la portée de l'article 1135 du Code civil, voy. : C. DELFORGE, « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », in *Droit des obligations*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 5 et s.
113. E. MONTERO, *op. cit.*, p. 192.





en réalité un droit nouveau, pur de toute charge, mais aussi dépouillé de toute prérogative accessoire »<sup>114</sup>.

Par ailleurs, cette théorie lie la transmission de l'action (l'accessoire) à la transmission de la « chose », ce qui exclut les contrats de service. On pourrait alors s'interroger sur la justification de cette interprétation au regard du principe d'égalité.

Un autre fondement proposé au mécanisme de l'action directe est la notion de groupe de contrats<sup>115</sup>. On est d'emblée frappé par l'apparente facilité de la solution : la notion de groupe de contrats confère à l'action directe un fondement contractuel et dispense donc du débat sur le fondement de l'exception au principe de la relativité des conventions.

La notion de groupe de contrats amène à apprécier les notions de tiers et de parties, non à l'échelle du contrat mais à celle du groupe. « Le principe de la relativité des conventions formulé par l'article 1165 du code civil ne retrouverait son empire qu'au-delà des limites du groupe de contrats, obligeant les tiers "véritables" à situer leurs actions en responsabilité sur le seul terrain délictuel »<sup>116</sup>.

Julien Cabay voit dans l'arrêt précité du 18 mai 2006 de la Cour de cassation, une autre occasion de revenir sur ce fondement. Il souligne qu'à défaut pour le demandeur de pouvoir être considéré comme une partie contractante, seule la position de cessionnaire de créance lui permettrait de se prévaloir de cette qualité. Si on exclut le cas de la cession expresse (présumer la cession étant artificiel), seule la théorie de l'accessoire, fonctionnant sur le mécanisme de la cession de créance, permet au demandeur de devenir partie. L'auteur ajoute que « si l'on accepte l'idée que la Cour est sensible au fait que certains contrats présentent des liens particuliers entre eux, on pourrait voir dans l'arrêt du 18 mai 2006 une étape vers la consécration de la notion de groupe de contrats (...) en élargissant le champ d'application de la théorie de l'accessoire à une situation non visée par la loi »<sup>117</sup>.

114. *Ibid.*

115. J. CABAY, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.*, 2009, pp. 771 et s.

116. E. MONTERO, « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », obs. sous C.A., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007/5, pp. 186 et s. (se référant aux travaux de B. TEYSSIE – *Les groupes de contrat*, Paris, L.G.D.J., 1975 – et de J. NÉRET – *Le sous-contrat*, préface de P. CATALA, Paris, L.G.D.J., 1979).

117. J. CABAY, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *op. cit.*, p. 772.





Mais l'auteur ne pense pouvoir offrir ce fondement qu'aux actions directes en responsabilité dans les groupes de contrats liés par leur objet. Dans ce cas, l'action directe ne modifie en rien la situation patrimoniale du débiteur intermédiaire, de sorte qu'elle est sans incidence du point de vue des créanciers de celui-ci. Ne pourraient, par contre, être admises en dehors de toute intervention du législateur, selon lui, les actions directes en paiement qui risquent de porter atteinte au principe de l'égalité des créanciers et qui, à ce titre, ne pourraient être prévues que par lui puisque leur mise en œuvre aboutirait à soustraire un actif de son patrimoine.

**4**

On pourrait ajouter que la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité aquilienne du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage pourrait être lue en ce sens, car elle revient à considérer que le sous-traitant n'est, vis-à-vis du maître de l'ouvrage, pas un tiers comme les autres<sup>118</sup>. La notion de groupe de contrats ne transparait-elle pas, en filigrane, de cette jurisprudence ?

Si la solution est à première vue séduisante, le concept de groupe de contrats présente d'importantes faiblesses, qui expliquent ou confortent en grande partie les réticences de la jurisprudence.

L'imprécision du concept suscite la réserve. La portée des dérogations que l'on pourrait reconnaître au principe de la relativité des conventions sur cette base est également incertaine<sup>119</sup>.

On rappellera qu'après avoir été consacrée dans un premier temps par la Cour de cassation de France le 21 juin 1988<sup>120</sup>, la notion de groupe de contrats a été laminée dans un arrêt en assemblée plénière du 12 juillet 1991<sup>121</sup> faisant suite aux vives critiques de cette brève consécration.

La notion de groupe de contrats appelle donc d'importantes réserves. Le grief fondé sur la dérogation au principe de la relativité des conventions ne nous semble cependant pas décisif.

Dans une note pénétrante, le professeur Dieux rappelle ainsi que le principe de la relativité des conventions doit être envisagé au regard de son fondement volontariste (l'autonomie de la volonté). Dès lors, il considère que l'action directe ne doit pas être vue comme une réelle dérogation à ce principe.

---

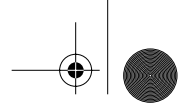
118. Voy. : F. BALLON, « Relations maître de l'ouvrage / sous-traitant », in *La sous-traitance*, J.L.M.B. Opus, n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 108.

119. À ce propos, voy. : E. MONTERO, *op. cit.*, p. 194.

120. Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch.), 21 juin 1988, *Bull. civ.*, 1988, I, n° 202, p. 141.

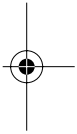
121. Cass. fr. (ass. plén.), 12 juillet 1991, *D.*, 1991, somm. 321.



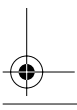
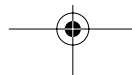
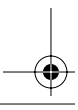


Selon l'auteur, « l'idée est indépendante de l'origine du transfert de droits par lequel ces opérations se traduisent et, singulièrement, du caractère, volontaire ou non, de la cession dans le chef du créancier. En ce sens, l'action directe, dès lors qu'elle se traduit par un transfert, fût-ce, selon l'analyse classique, par l'effet de la loi, des droits du débiteur intermédiaire au créancier agissant, n'emporte aucune entorse au principe de la relativité des contrats »<sup>122</sup>. Il faut donc plutôt voir dans l'action directe et la possibilité pour le sous-traitant d'agir contre le maître de l'ouvrage, avant tout une question de détermination de la commune intention des parties contractantes concernées de créer des liens entre un tiers et elles par la reconnaissance d'un droit direct d'action au bénéfice de ce tiers.

Dans une même perspective, la notion de groupe de contrats nous paraît relever également de la détermination d'une commune intention des parties de créer des liens entre différentes conventions. Il n'y aurait donc, là non plus, pas de réelle dérogation au principe de la relativité des conventions. Cette objection souvent avancée contre la notion de groupe de contrats n'est donc pas suffisante pour en justifier le rejet pur et simple.



122. X. DIEUX, « Nature et limites du droit du titulaire d'une action directe contre un cocontractant de son débiteur », *R.C.J.B.*, 2004, pp. 9 et s.





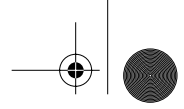
# 5

## Le contrat d'entreprise. Jurisprudence récente des cours suprêmes

Benoît KOHL  
*professeur à l'U.Lg.*  
*professeur invité à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)*  
*avocat*

### SOMMAIRE

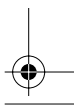
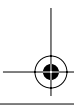
SECTION 1	
Qualification du contrat d'entreprise	165
SECTION 2	
Formation du contrat d'entreprise	176
SECTION 3	
Exécution du contrat d'entreprise	191
SECTION 4	
Responsabilité de droit commun de l'entrepreneur après la réception des travaux	202
SECTION 5	
Responsabilité décennale de l'entrepreneur	207
SECTION 6	
Chaînes des contrats	213
SECTION 7	
Fin du contrat d'entreprise	221



**1. Introduction.** À l'heure où la fourniture de services prend une place toujours grandissante dans l'économie, l'importance du contrat d'entreprise ne doit plus être démontrée. Ce contrat « (...) est devenu le second pilier d'une économie de biens et services : il est dans le secteur des services, le 'pendant' de ce qu'est la vente dans les secteurs des biens »<sup>1</sup>. Les règles appelées à le gouverner frappent toutefois par leur insuffisance, témoignage de l'importance relative de ce contrat à l'époque de l'élaboration du Code civil de 1804. Comme le relevait P.A. Foriers, « (...) nul ne contestera (...) l'indigence du Code civil en matière de devis et marchés. Le Code ne comporte aucune réglementation d'ensemble, ni du contrat d'entreprise en général, ni du contrat d'entreprise de construction. Le titre des devis et marchés est fait de règles éparses (...) »<sup>2</sup>.

L'élaboration du régime juridique applicable au contrat d'entreprise en général, et au contrat d'entreprise de construction en particulier, est donc pour l'essentiel l'œuvre de la doctrine<sup>3</sup> et de la jurisprudence. Aussi nous proposons-nous, dans la présente contribution, de procéder à l'examen des décisions les plus importantes rendues ces quinze dernières années par les Cours suprêmes en cette matière<sup>4</sup>. Seuls les arrêts pouvant présenter des enseignements en matière de contrat d'entreprise de droit privé ont été commentés. À cet égard, dans la mesure où le droit applicable à l'exécution d'un marché public présente de

1. A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Domat Montchrétien, 2006, n° 472.
2. P.A. FORIERS, « La responsabilité de l'entrepreneur après réception. Réflexions à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1985 », *Entr. et dr.*, 1988, p. 264.
3. Deux thèses de doctorat récentes ont été consacrées aux difficultés liées à la qualification du contrat d'entreprise, à sa classification en droit civil et à la définition de son régime : voy. en Belgique : W. GOOSSENS, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstcontract*, coll. Recht en onderneming, Bruges, die Keure, 2003 ; en France : J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux, Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008.
4. Eu égard à l'ampleur limitée de la présente contribution, la jurisprudence des juges du fond ne pourra être abordée de manière systématique. Pour un aperçu de la jurisprudence des juges du fond à propos du contrat d'entreprise, voy. entre autres S. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENEPOEL et K. WILLEMS, « Overzicht van rechtspraak. Bijzondereovereenkomsten : koop en aanneming (1999-2006) », *T.P.R.*, 2008, pp. 1665-1727 ; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et E. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, Coll. Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2001 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991) : les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, p. 775 et s. Voy. également les « Inédits du droit la construction » régulièrement publiés sous la plume de B. LOUVEAUX dans la *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (J.L.M.B.)*, 2001, pp. 276-311 ; *J.L.M.B.*, 2002, pp. 540-557 ; *J.L.M.B.*, 2003, pp. 371-402 ; *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1568-1606 ; *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1300-1320 ; *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1660-1692 ; *J.L.M.B.*, 2008, pp. 408-438 ; *J.L.M.B.*, 2011, pp. 884-915).





fortes analogies avec celui de l'exécution d'un contrat de droit privé de la construction<sup>5</sup>, et étant donné que le droit de l'exécution des marchés publics a, par le passé, influencé la jurisprudence applicable aux travaux privés<sup>6</sup>, certaines décisions rendues en matière d'exécution des marchés publics ont également été retenues pour la présente étude, lorsque celles-ci ne concernaient pas des questions spécifiques à l'exécution de tels marchés – spécialement les règles techniques contenues dans le Cahier Général des Charges (telles certaines règles formelles, certaines règles de procédure ou certains mécanismes propres à l'exécution de marchés publics<sup>7</sup>) –, mais dont, au contraire, des leçons pouvaient être tirées en droit privé de la construction<sup>8</sup>.

**5**

5. Il ne pourrait du reste en être autrement « dans la mesure où l'opération matérielle de construction publique ne se distingue pas de l'opération matérielle de construction privée » (F. MODERNE, « Responsabilité des constructeurs (droit public) : données de base et sources », in P. MALINVAUD (dir.), *Droit de la construction*, coll. Dalloz Action, Paris, Dalloz, 2007, p. 1155, n° 480.10). D'ailleurs, le Cahier général des charges (« C.G.C. »), qui renferme les règles d'exécution d'un marché public (Annexe à l'Arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (*M.B.*, 18 octobre 1996)) est inspiré par ou renvoie expressément à de nombreux principes issus du droit privé de la construction. Il suffit de penser aux règles relatives à la responsabilité de l'entrepreneur une fois les travaux achevés (voy. l'article 41, alinéa 2, du C.G.C.) ou à celles permettant au pouvoir adjudicateur – comme tout maître de l'ouvrage – de mettre fin unilatéralement au marché, même en l'absence de toute faute de l'entrepreneur (voy. l'article 7 de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996 ; voy. également l'article 42 du C.G.C. ; ces dispositions sont interprétées comme octroyant au pouvoir adjudicateur de manière générale un droit de résiliation unilatérale du marché – moyennant compensation de l'adjudicataire –, qui ne peut toutefois être exercé que pour des motifs d'intérêt général (voy. D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 309)).
6. La reconnaissance en droit privé de la règle de la double réception des travaux (voy. Cass., 24 février 1983, *R.C.J.B.*, 1984, p. 400, note J. HERBOTS, *Entr. et dr.*, 1983, p. 221, obs., *J.T.*, 1983, p. 575, *Rev. not. b.*, 1983, p. 315) ainsi que de la théorie dite des « sujétions imprévues » (voy. notamment l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 27 janvier 2000, faisant l'objet du pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 décembre 2002 (*Res. Jur. Imm.*, 2003, p. 133) – voy. *infra* n° 12 –), l'une et l'autre initialement consacrées dans le C.G.C. (voy. respectivement les articles 19 et 43, et 16 § 2 du C.G.C.) en constitue la confirmation. Sur les rapports entre l'exécution des marchés privés et publics de travaux, voy. B. KOHL, « Le droit de la construction à la croisée des chemins », *Rev. Fac. Dr. Liège*, 2011, pp. 280-282.
7. Voy. par exemple, depuis 2008 : à propos de l'exigence de mention et de motivation des dispositions dérogatoires au C.G.C. (article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996) : Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 836, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1500, note D. DE ROY, *Entr. et dr.* 2010, p. 304, note K. LEUS, *Arr. Cass.*, 2009, p. 928 ; Cass., 15 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1202, *Entr. et dr.*, 2008, p. 339, *T.B.O.*, 2008, p. 214 ; à propos du droit à la révision du prix en l'absence de clause à cet effet (article 13 du C.G.C.) : Cass., 15 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1190, *Entr. et dr.*, 2009, p. 182, note B. VAN LIERDE, *T.B.O.*, 2009, p. 140, *Arr. Cass.*, 2009, p. 1277 ; à propos des règles formelles liées à la procédure visée à l'article 15 § 5 du C.G.C. (indemnisation en cas d'interruption par le pouvoir adjudicateur) : Cass., 8 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1125 ; à propos des règles formelles

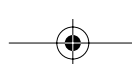


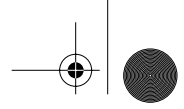
Par ailleurs, les décisions rendues dans des affaires concernant la réglementation (notamment la déontologie) propre à certaines professions – spécialement la profession d'architecte –, lorsqu'elles ne présentaient pas d'incidence sur le régime applicable au contrat d'entreprise, ont été laissées en dehors du champ de la présente contribution. Il en est de même des décisions relatives à l'action directe des sous-traitants (article 1798 du Code civil), qui fait l'objet d'une étude détaillée publiée par A. Cruquenaire et L.O. Henrotte dans le présent ouvrage.

**2. Plan.** Après avoir relevé les décisions relatives à la qualification du contrat d'entreprise (section 1), nous examinerons celles concernant la formation (section 2) et l'exécution (section 3) de ce contrat, avant de commenter celles relatives à la responsabilité de l'entrepreneur après la réception des travaux (section 4), puis celles, spécifiques au droit de la construction immobilière, rendues à propos de la responsabilité décennale des entrepreneurs (articles 1792 et 2270 du Code civil) (section 5) ; enfin, le commentaire des arrêts rendus en matière d'extinction du contrat d'entreprise clôturera la présente contribution (section 6).

liées à la procédure visée à l'article 16 du C.G.C. (réclamations et requêtes) : Cass., 26 novembre 2010, R.G. n° C.08.0335.N, inéd. ; à propos de la procédure relative à l'introduction de demandes de remises d'amendes (article 17 du C.G.C.) : Cass. 19 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1990, *Entr. et dr.*, 2009, p. 54, *T.B.O.*, 2008, p. 217 ; à propos du délai de forclusion de l'action de l'adjudicataire relative à l'exécution d'un marché public (article 18 du C.G.C.) : Cass., 11 janvier 2008, *Pas.*, 2008, p. 72, *T.B.O.*, 2008, p. 214, *T.B.O.*, 2009, p. 139 ; à propos des règles formelles liées à la procédure visée à l'article 20 du C.G.C. (moyens d'action du pouvoir adjudicateur) : Cass., 13 janvier 2011, R.G. n° C.04.0539.F, inéd. ; Cass., 3 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 1774, *Entr. et dr.*, 2010, p. 45, note J. HONNAY et note S. LEROY, *T.B.O.*, 2009, p. 246, *Arr. Cass.*, 2009, p. 1919 ; Cass., 3 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 1780, *Entr. et dr.*, 2010, p. 60 ; Cass., 29 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1356, *Res Jur. imm.*, 2010, p. 229, *T.B.O.*, 2008, p. 155, note W. GELDHOF et M. SOMERS ; à propos de l'exclusion de l'application d'amendes en cas de résiliation unilatérale du marché au titre des mesures d'office (article 20, § 4, du C.G.C.) : Cass., 19 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1974, *Entr. et dr.*, 2009, p. 49 ; à propos du calcul de la révision des prix en cas de dépassement important des quantités réellement exécutées, au regard des quantités présumées (article 42, § 6 du C.G.C.) : Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 841, *Entr. et dr.*, 2010, p. 426, note D. ABBELOOS, *Arr. Cass.*, 2009, p. 934.

8. Si certains mécanismes applicables aux travaux publics et aux travaux privés se ressemblent, ils sont cependant loin de s'assembler totalement. Pour ne prendre qu'un exemple, la gamme des mesures dont dispose l'administration pour sanctionner les défaillances de l'adjudicataire des travaux se distingue des sanctions qui, en droit privé, frappent l'entrepreneur fautif, à la fois par leur plus grande étendue et par leur plus grande efficacité (M.A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 685). Voy. toutefois les tempéraments apportés par W. GELDHOF et M. SOMERS, au regard des évolutions récentes de la jurisprudence relative aux sanctions de l'inexécution des contrats en droit privé (W. GELDHOF et M. SOMERS, « Vervanging en indeplaatsstelling van de in gebrekeblijvendeschuldenaar. Artikelen 1143-1144 B.W. en artikel 20 § 6 AAV als uitdrukking van eengemeenrecht van contractenrechtelijke eigenrichting ? », *T.B.O.*, 2008, pp. 138 et s.).





## SECTION 1

## Qualification du contrat d'entreprise

**3. Définition du contrat d'entreprise.** Le Code civil de 1804 ne définit pas de façon précise le contrat d'entreprise. L'article 1710 ne qualifie que le louage d'ouvrage, notion générique qui englobe aussi bien le louage de services (contrat de travail) que le louage d'industrie (contrat d'entreprise).

La carence des textes, étonnante sur le plan de la technique législative, est cependant comblée par la jurisprudence. La Cour de cassation, dans un arrêt du 3 octobre 1961, définit le contrat d'entreprise comme « la convention par laquelle une personne, l'entrepreneur, s'engage envers une autre, le maître de l'ouvrage, à effectuer, moyennant le paiement d'un prix, un travail ou un service déterminé, sans aliéner son indépendance dans l'exécution matérielle de ses engagements ni disposer d'un pouvoir de représentation »<sup>9</sup>. Cette définition est généralement reprise comme telle par la doctrine<sup>10</sup>, ainsi que – dans une formulation légèrement différente – dans la proposition de loi relative à l'assurance responsabilité professionnelle des entrepreneurs de travaux immobiliers, déposée le 5 janvier 2010 au Sénat<sup>11</sup>.

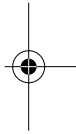
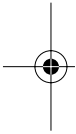
**4. Contrat d'entreprise ou contrat de travail. Principes.** Les auteurs du Code civil ont, par l'adoption des articles 1779 et suivants, consacré dans le Code civil l'existence du contrat de travail. Ainsi qu'en témoigne la pauvreté des dispositions sur le sujet – trois –, ceux-ci n'ont point jugé bon de développer la matière au sein du Code civil. C'est qu'à l'époque existait déjà une réglementation particulière de la matière, très protectrice du monde patronal et contentant parfaitement le pouvoir législatif en place<sup>12</sup>.

9. Cass., 3 octobre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 142, *T.S.R.*, 1962, p. 366.

10. Pour une définition du contrat d'entreprise, voy. notamment : L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991), Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, p. 781, n° 172 ; T. STAROSSELETS, « Le contrat d'entreprise immobilière », in *Guide juridique de l'entreprise*, t. III., 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Kluwer, 2004, liv. 35.1, pp. 10-11 ; C. MARR, « Le contrat d'entreprise hors construction et la protection des consommateurs », in *Droit des contrats*, coll. Recyclages en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 150-151 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstcontract*, coll. Recht en onderneming, Bruges, die Keure, 2003, p. 3.

11. *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2009-2010, n° 4-1588/1. L'article 1<sup>er</sup> de cette proposition précise qu'« (...) il y a lieu d'entendre par « entrepreneur » : toute personne physique ou morale qui s'engage à effectuer pour le compte d'autrui, moyennant paiement, en toute indépendance mais sans pouvoir de représentation, un travail immobilier donné, en posant des actes matériels ».

12. Voy. P. PALSTERMAN, « Le contrat de travail. Permanences et évolutions », in X., *Les trente ans de la loi du 3 juillet 1978, Ors.*, 2008, liv. 6, p. 1.





L'article 1710 du Code civil porte la définition du louage d'ouvrage sans distinguer entre le louage d'industrie et le louage de services. Une telle conception correspond à une réalité objective puisque l'entrepreneur, comme le salarié, s'engage à effectuer un travail pour le compte d'autrui. La frontière entre les deux conventions apparaît toutefois lorsqu'on examine les conditions dans lesquelles les prestations sont exécutées : le salarié accepte de travailler sous l'autorité et la direction de l'employeur, alors que l'entrepreneur conserve son indépendance juridique dans l'exécution de ses obligations, même s'il s'en réfère aux souhaits du maître de l'ouvrage et doit s'accommoder de ses directives<sup>13</sup>. Le contrat d'entreprise se caractérise ainsi par l'absence de subordination dans les relations entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage.

La frontière entre les deux qualifications juridiques est parfois difficile à tracer. Les conséquences sont pourtant importantes. Ainsi, à la différence de l'entrepreneur, le travailleur bénéficie à certaines conditions d'une immunité pour les fautes accomplies à l'occasion de son travail<sup>14</sup> ; il bénéficie également de la loi sur la protection de la rémunération et ainsi que du privilège garantissant le paiement son salaire<sup>15</sup> ; les litiges relatifs à son contrat sont soumis aux juridictions du travail. En outre, en droit de la sécurité sociale, le contrat de travail permet au travailleur salarié de profiter d'une réglementation financièrement plus avantageuse que celle applicable au travailleur indépendant. La protection des travailleurs par le droit pénal social est également accrue, au regard des dispositions pénales qui entourent l'exécution de prestations par des personnes indépendantes<sup>16</sup>.

La détermination de l'existence du lien de subordination, qui caractérise la relation de travail, a donné lieu ces dernières années à une jurisprudence abondante de la *Cour de cassation*. Ainsi, dans ses arrêts du **23 décembre 2002**<sup>17</sup>, du **28 avril 2003**<sup>18</sup> et du **8 décembre 2003**<sup>19</sup>, la Cour avait d'abord reconnu de manière non équivoque l'importance de la qualification donnée par les parties à leur convention, en énonçant que « lorsque les éléments

13. Cass., 6 juin 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1142, *R.W.*, 1968-1969, p. 939.

14. Voy. l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail.

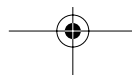
15. Voy. l'article 19, 3<sup>o</sup> bis, de la loi hypothécaire.

16. Voy. à ce sujet F. KEFER, *Précis de droit pénal social*, coll. Criminalis, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008.

17. Cass., 23 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 271, *Pas.*, 2002, I, p. 2469, *Larc. Cass.*, 2003, p. 7, *R.W.*, 2005-2006, p. 24.

18. Cass., 28 avril 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 261, *N.j.W.*, 2003, p. 886, *Pas.*, 2003, p. 880, *R.A.B.G.*, 2003, p. 1093, note M. DEMEDTS, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1050.

19. Cass., 8 décembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 122.





soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente »<sup>20</sup>. Il s'en déduisait donc, selon les termes de la Cour elle-même, que le juge ne pouvait requalifier la convention conclue entre les parties en se fondant sur des éléments compatibles avec la qualification que celles-ci avaient déclaré vouloir adopter, c'est-à-dire en l'espèce sur des éléments compatibles avec le contrat d'entreprise au sens des articles 1710 et 1779 et suivants du Code civil<sup>21</sup>. Par exemple, dans son arrêt du 28 avril 2003, les éléments de fait retenus par la cour d'appel – qui avait écarté la qualification de contrat d'entreprise retenue par les parties – n'étaient pas inconciliables avec la qualification de contrat d'entreprise, et n'imposaient nullement la qualification de contrat de travail : en effet, relève la cour, « un entrepreneur peut travailler dans les locaux du cocontractant, s'engager à vendre exclusivement les produits du cocontractant aux heures d'ouverture de ce dernier et aux prix et conditions fixés par lui ; d'autre part, le louage d'ouvrage n'exclut pas la possibilité d'instructions générales à observer et d'un contrôle sur l'exécution des tâches remplies (...) »<sup>22</sup>. Bref, « pour écarter la

20. Cet attendu a ensuite été repris à de nombreuses reprises par la Cour de cassation (voy. entre autres Cass., 17 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1174, *J.T.T.*, 2008, p. 136, *Pas.*, 2007, p. 2362, *Chron. D.S.*, 2008, p. 409 ; Cass., 23 mars 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 370, *Pas.*, 2009, p. 784, *Arr. Cass.*, 2009, p. 854, *Chron. D.S.*, 2010, p. 52), parfois *a contrario* (« lorsque les éléments soumis à son appréciation permettent d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond peut substituer une qualification différente » ; voy. Cass., 22 mai 2006, *Chron. D.S.*, 2007, p. 164, *Pas.*, 2006, p. 1174, *Larc. Cass.*, 2006, p. 212 ; Cass., 9 juin 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 350, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1824, *R.G.D.C.*, 2010, p. 196, *Pas.*, 2008, p. 1448, *Chron. D.S.*, 2009, p. 28 ; Cass., 25 mai 2009, *J.T.*, 2009, p. 28, *J.T.T.*, 2009, p. 369, *Arr. Cass.*, 2009, p. 1370, *Pas.*, 2009, p. 1263).
21. La question se pose cependant de l'attitude que le juge doit adopter lorsque les parties n'ont pas pris le soin de qualifier leur convention. Dans un arrêt du 20 mars 2006, la Cour de cassation énonce qu'« il appartient au juge d'apprécier si les éléments invoqués pour justifier de l'existence d'un lien de subordination constituent la manifestation ou la possibilité de l'exercice de l'autorité sur l'exécution du travail qui est la caractéristique du contrat de travail et qui est inconciliable avec l'exercice d'un simple contrôle et avec la communication d'instructions dans le cadre d'un contrat de travail indépendant » (Cass., 20 mars 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 295, *R.A.B.G.*, 2007, p. 74, note V. DOOMS, *Pas.*, 2006, p. 636).
22. D'autres indices ne sont pas non plus, selon la Cour de cassation, inconciliables avec la qualification de contrat d'entreprise. Voy. par exemple Cass., 8 décembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 122 (avoir été contraint d'accepter un prétendu statut d'indépendant pour pouvoir accéder à son emploi) ; Cass., 20 mars 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 276, *Pas.*, 2006, p. 634, *R.W.*, 2006-2007, p. 1317 (percevoir une rémunération fixe) ; Cass., 23 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 271, *Pas.*, 2002, p. 2469, *Larc. Cass.*, 2003, p. 7, *R.W.*, 2005-2006, p. 24 (ne pouvoir satisfaire une clientèle personnelle en raison d'une occupation importante au profit du commettant et ne pas disposer de la gestion du fonds de commerce ou de la propriété de l'outillage). Voy. à ce sujet C. WANTIEZ, « Les espaces de liberté dans les relations de travail », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, coll. C.R.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 193.



qualification convenue de contrat d'entreprise, le juge ne peut donc se contenter de constater l'existence d'instructions »<sup>23</sup>. En d'autres termes, la position adoptée par la Cour de cassation rendait peu aisée la requalification de la convention en contrat de travail lorsque les parties choisissaient de qualifier celle-ci de contrat d'entreprise et que les éléments de fait de la relation contractuelle n'étaient pas inconciliables avec une telle qualification. La qualification donnée par les parties à leur convention constituait donc l'un des éléments les plus importants dans l'appréciation de l'existence ou de l'inexistence d'un lien de subordination, critère distinctif de la relation de travail<sup>24</sup>.

La qualification de la convention n'en devenait pas pour autant une présomption de l'existence d'un contrat à titre indépendant<sup>25</sup> : dans son arrêt du **5 février 2007**, la Cour décide en effet que « l'existence d'un contrat d'exécution d'un travail indépendant ne peut être présumée sur la base du fait que les parties à un contrat qualifient leur relation d'exécution d'un travail indépendant effectué par l'une des parties sur l'ordre de l'autre (...). L'O.N.S.S. est uniquement tenu d'apporter la preuve de l'existence d'un contrat de travail lorsqu'il réclame le paiement de cotisations de sécurité sociale pour travailleurs sur cette base. Ce mode de preuve permet également de ne pas attacher une importance particulière à la qualification donnée au contrat d'exécution d'un travail indépendant, qui peut être simulée »<sup>26</sup>. Il en résulte donc que l'O.N.S.S. ne doit prouver autre chose que l'existence d'un contrat de travail, sans être nécessairement tenue de démontrer l'existence d'éléments incompatibles permettant de retourner la prétendue présomption qui serait liée à la qualification opérée par les parties. Bien entendu, le constat de l'existence de pareils éléments inconciliables rend plus aisée l'action tendant à substituer à la qualification choisie par les parties, celle de contrat de travail.

La preuve de l'existence d'une relation de travail se déduit d'un ensemble d'indices. Si un seul de ces indices n'est, en règle, pas suffisant pour conclure, à rebours de la qualification choisie par les parties, à l'existence ou à l'absence d'une relation de travail, en revanche, la conjonction et la coïncidence de tels

23. C. WANTIEZ, *op. cit.*, p. 194.

24. Voy. ainsi J.P. CORDIER, « La recherche du lien de subordination au regard de l'analyse du contrat : la disqualification du contrat d'entreprise », in V. VANNES (éd.), *Le lien de subordination dans le contrat de travail*, coll. UB3, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 65.

25. Voy. C.E. CLESSE, *L'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et indépendants. Aux frontières de la fausse indépendance*, coll. Pratique du droit, n° 48, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 73.

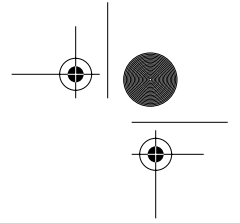
26. Cass., 5 février 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 781, note K. NEVENS, *Arr. Cass.*, 2007, p. 285, *Pas.*, 2007, p. 247.





indices permettent d'aboutir à une telle conclusion<sup>27</sup>. Ces différents indices permettant de qualifier la relation d'indépendante ou de salariée ont d'abord été précisés par la jurisprudence des cours et tribunaux<sup>28</sup>. Par une loi-programme I du 27 décembre 2006, le législateur, après avoir énoncé que les parties choisissent librement la nature de leur relation de travail et que la priorité doit être donnée à la qualification « (...) qui se révèle de l'exercice effectif si celle-ci exclut la qualification juridique choisie par les parties » (article 331), a consacré la plupart des critères de distinction entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise (travailleur indépendant) dégagés par la jurisprudence : la volonté des parties telle qu'exprimée dans leur convention<sup>29</sup>, la liberté d'organisation du temps de travail, la liberté d'organisation du travail ainsi que la possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique (article 333, § 1<sup>er</sup>)<sup>30</sup>. Sont quant à eux impuissant à qualifier adéquatement la relation de travail – et constituent donc à ce titre des facteurs « neutres » – : l'intitulé de la convention, l'inscription auprès d'un organisme de sécurité sociale, l'inscription à la Banque-carrefour des entreprises, l'inscription auprès de l'administration de la T.V.A.<sup>31</sup> et la manière dont les revenus sont déclarés à l'administration fiscale (article 333, § 3)<sup>32</sup>. Ces dispositions ont été appliquées pour la première fois par la Cour de

27. Cass., 22 mai 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 312, *J.T.T.*, 2000, p. 423, *Arr. Cass.*, 2000, p. 961, *Bull.*, 2000, p. 423. Dans cette affaire était en cause le renversement de la présomption légale de contrat de travail de représentant de commerce (art. 4, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978).
28. Voy. par exemple W. GOOSSENS, *Aanweming van werk : het gemeenrechtelijk dienstcontract*, coll. *Recht en onderneming*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 211-215 ; C.E. CLESSE, *op. cit.*, pp. 98-133.
29. Selon l'article 333, § 1<sup>er</sup>, la volonté exprimée par les parties ne sera retenue que « (...) pour autant que cette dernière soit exécutée conformément aux dispositions de l'article 331 ». En d'autres termes, la qualification retenue par les parties pourra être rejetée par le juge si celle-ci n'est pas conforme à l'intention réelle des parties, confirmée par des éléments de faits permettant d'exclure cette qualification.
30. A côté des indices légaux énoncés à l'article 333 § 1<sup>er</sup>, C.E. Clesse relève, parmi les indices déterminants la relation indépendante, l'*affectio societatis* – spécialement son corollaire : l'acceptation du partage des risques – ainsi que la possibilité de se faire remplacer et, parmi ceux déterminants la relation de travail, la justification d'absences pour cause de maladie et l'interdiction de vendre des produits autres que ceux de son employeur (C.E. CLESSE, *op. cit.*, pp. 87-92).
31. Ces différentes inscriptions ne traduisent en effet pas une qualification contractuelle, mais constituent des obligations légales ou réglementaires qui sont des conséquences de la qualification retenue (voy. p. ex. Cass., 13 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 725, *Arr. Cass.*, 1991-1992, p. 776, *Bull.*, 1992, p. 725, *J.T.T.*, 1992, p. 217, *R.W.*, 1992-1993, p. 460, *Chron. D.S.*, 1992, p. 320 ; Cass., 23 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 295).
32. La loi met par ailleurs en place un mécanisme permettant aux parties d'obtenir auprès d'une commission instituée à cet effet une décision contraignante sur la nature juridique de la relation de travail. Sur ce « ruling social », voy. entre autres J. CLESSE, « La qualification juridique de la relation de travail », in J. CLESSE et F. KEFER (éd.), *Questions de droit social*, coll. *Commission Université Palais*, vol. 94, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 252-257.

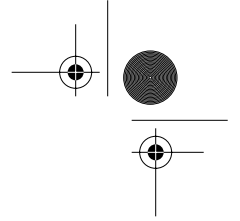


cassation dans un arrêt du **6 décembre 2010**. Dans cet arrêt, la Cour précise qu'il appartient, à la lumière de ces critères, « d'examiner si les éléments invoqués à l'appui de l'existence d'un lien d'autorité laissent apparaître un exercice d'autorité ou la possibilité d'un exercice d'autorité sur l'exécution du travail relevant d'un contrat de travail, qui est incompatible avec le simple exercice d'un contrôle ou la simple communication de directives dans le cadre d'une convention de travail à caractère indépendant »<sup>33</sup>. Comme auparavant, il revient donc au juge du fond d'apprécier souverainement le poids des différents éléments invoqués à l'appui de l'action tendant à requalifier en contrat de travail la relation contractuelle et qui, réunis en faisceau, permettent de rejeter la qualification choisie par les parties et de conclure à l'existence d'un lien de subordination<sup>34</sup>.

**5. Contrat d'entreprise ou contrat de travail. Situation des architectes.** L'article 5 de la loi du 26 juin 1963 créant un Ordre des architectes énonce que « nul ne peut exercer en Belgique la profession d'architecte en quelque qualité que ce soit, s'il n'est inscrit à l'un des tableaux de l'Ordre ou sur une liste des stagiaires (...) ». L'article 4 du Règlement de déontologie précise cette disposition, en énonçant que l'architecte peut exercer sa profession en qualité de travailleur indépendant, d'appointé ou de fonctionnaire.

33. Cass, 6 décembre 2010, R.G.10.0073.N, n° Juridat F-20101206-2. La Cour accueille le pourvoi, en précisant que « le défaut d'expérience professionnelle combiné avec le défaut de liberté d'exécution du travail est inconciliable avec la notion d'une collaboration à caractère indépendant ». Partant, le juge du fond ne pouvait conclure à l'absence de lien hiérarchique, dans la mesure où l'exécutant des prestations n'était pas en état de fournir celles-ci d'une manière indépendante, sans instructions de la personne au profit de laquelle elles étaient effectuées.
34. Dans un ouvrage récent, C.E. Clesse identifie ainsi, entre autres, l'absence de contestation de la qualification du contrat pendant son exécution, l'accès à la profession (lequel peut être obtenu quelle que soit la nature de la relation de travail), la détention d'actions ou de parts de la société, l'existence d'une assurance de responsabilité, la présence dans le contrat d'une clause d'exclusivité, de non-concurrence, de préavis ou d'écolage, la clientèle personnelle, les directives d'ordre général et de contrôle, la surveillance de l'emploi du temps, la propriété du fonds de commerce, l'intervention de l'employeur dans le paiement des cotisations sociales, l'obligation de travailler en un lieu déterminé, la mise à disposition du matériel de la société (uniforme, documents, outils, etc.), le mode de recrutement, la nature de l'obligation (moyen ou résultat), la délivrance d'un permis de travail, la politique commerciale de la société (prix de vente imposés, obligation d'approvisionnement, etc.), l'absence de notification d'un préavis, la publicité pour compte propre, l'existence d'un Règlement d'ordre intérieur ou d'un Règlement de travail, la possibilité d'accepter ou de refuser un travail imposé, le mode de rémunération, le travail pour plusieurs commettants, le respect par le maître de l'ouvrage ou l'employeur de certaines obligations légales de sécurité, le fait qu'un contrat d'entreprise succède à un contrat de travail ou encore les modalités relatives aux vacances (voy. C.E. CLESSE, *op. cit.*, pp. 98-133).





La faculté d'exercer la profession en qualité de travailleur salarié fut explicitement évoquée par la **Cour de cassation** dans un arrêt du **5 septembre 2002**, rendu en matière disciplinaire : dans cette affaire, le Conseil national de l'Ordre des architectes contestait une décision du Conseil d'appel d'expression française de l'Ordre des architectes, qui avait autorisé l'inscription au Tableau de l'Ordre d'un ressortissant allemand, titulaire d'un diplôme d'ingénieur – permettant en Allemagne d'exercer les activités que la loi réserve aux architectes<sup>35</sup> – et ayant exercé sa profession dans un bureau d'architecture belge pendant 25 ans dans les liens d'un contrat de travail. Pour le Conseil national, le Conseil d'appel ne pouvait valablement créditer cette expérience, dans la mesure où il aurait par là – l'ingénieur allemand ayant travaillé comme salarié sans s'inscrire au tableau de l'Ordre – reconnu l'existence d'une activité d'architecte en violation de l'article 5 de la loi du 26 juin 1963. La Cour de cassation a rejeté cet argument, en considérant qu'en tenant compte de l'expérience utile que son activité salariée lui avait procurée, le Conseil d'appel n'avait pas reconnu d'effet à une activité qu'aurait accomplie illicitement cet ingénieur et, partant, n'avait pas violé l'article 5 précité.

**5**

L'on rappelle en effet que ce n'est que lorsque l'employé exerce à titre salarié la profession d'architecte que l'inscription de ce dernier au tableau de l'Ordre s'impose. De nombreux bureaux d'architecture emploient des collaborateurs, ingénieurs, techniciens ou dessinateurs salariés auxquels l'accomplissement de certaines tâches est délégué<sup>36</sup>. Ceux-ci sont fréquemment titulaires d'un diplôme d'architecte, sans toutefois être inscrits au tableau de l'Ordre. Le titulaire d'un tel diplôme ne sera tenu de s'inscrire à l'Ordre qu'à partir du moment où il souhaitera accomplir, sous sa responsabilité, les actes relevant du monopole réservé à cette profession<sup>37</sup>.

35. En droit allemand, le monopole dont bénéficient les architectes pour la signature des demandes de permis de bâtir est étendu aux ingénieurs (voy. European Federation Of Consulting Engineers, *Comparative Study about Consulting Engineers' Liability and Insurance Requirements Across Europe*, Bruxelles, EFCA Publ., 2010, p. 14).
36. La délégation par un architecte (inscrit au Tableau) de certaines tâches à des tiers est parfaitement licite : comme l'explique P. RIGAUX : « le propre de l'architecte, c'est la démarche intellectuelle de composition et non pas la mise au net de sa représentation graphique » (P. RIGAUX, *L'architecte. Le droit de la profession*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 64). Voy. également en ce sens Cass., 10 octobre 1966, *Pas.*, 1967, I, p. 188, *Arr. Cass.*, 1967, p. 184, *Resjur. imm.*, 1967, p. 3.
37. L'architecte employé peut être amené à poser des actes d'architecte qui relèvent du monopole prévu à l'article 4 de la loi du 20 février 1939 relative à la protection du titre et de la profession d'architecte (moyennant son inscription à l'un des tableaux de l'Ordre et la souscription de l'assurance obligatoire de responsabilité prévue par l'article 9 de la loi du 20 février 1939 relative à la protection du titre et de la profession d'architecte). En effet, ce monopole n'est pas incompatible avec le statut d'employé. Il sera ainsi autorisé à travailler pour un bureau d'études et à signer des





À la différence de la profession d'avocat<sup>38</sup>, l'exercice de la profession d'architecte n'est donc nullement incompatible avec le statut de salarié. La question de la « fausse indépendance » a d'ailleurs préoccupé les professionnels de l'architecture au début des années 2000, suite à l'étude effectuée par l'UNIZO sur cette question et attirant l'attention sur le risque de la requalification en contrat de travail. Sur la base de cette étude, la compagnie d'assurance Protect a fait établir un nouveau contrat type de collaboration. Selon celle-ci, « (...) de nombreux éléments, notamment ceux qui sont mentionnés dans le tableau des scores de l'UNIZO, y ont été intégrés » ; la compagnie d'assurance avance également qu'« (...) utiliser ce contrat diminue considérablement les risques d'une requalification »<sup>39</sup>.

**6. Contrat d'entreprise ou contrat de bail. Location de machines et mise à disposition de personnel.** En droit romain, le *locator* était celui qui mettait à disposition, qui procurait une jouissance : « le louage, dans son acception romaine, est le contrat par lequel un contractant donne, au sens de mettre à disposition, de donner en jouissance, sa chose ou son esclave »<sup>40</sup>. Dans leur

plans, même destinés aux clients de ce dernier ; en revanche, il ne pourra être l'employé d'un entrepreneur de travaux de construction (voy. Y. HANNEQUART, *Le droit de la construction*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 403, n° 558 ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La conception de l'ouvrage », *Act. dr.*, 1991, p. 903), ni d'une société de promotion, lorsque, dans l'espèce particulière, ce promoteur est aussi l'entrepreneur des travaux que l'architecte a mission de contrôler (voy. K. UYTTERHOEVEN « De architect en de bouwpromotor : eenverbodenliefde of eenbijzonderehuwelijik », *T.B.O.*, 2004, p. 185). Enfin, l'architecte, même sous contrat de travail devra témoigner en permanence de l'indépendance intellectuelle et morale nécessaire pour remplir les missions découlant du monopole (article 4 du Règlement de déontologie ; voy. également l'article 7 : « (...) L'architecte appointé doit pouvoir assumer ses responsabilités en fonction de la spécificité de la profession. Il doit notamment veiller à ce que, dans les rapports entre son employeur et le cocontractant de ce dernier, rien ne soit contraire aux lois et règlements régissant l'exercice de la profession d'architecte ; le cas échéant, il en informera son employeur »).

38. L'indépendance de l'avocat (art. 437 et 444 du Code judiciaire) est généralement mise en avant pour justifier la prohibition de l'exercice de cette profession dans les liens d'un contrat de travail (voy. C. trav. Bruxelles, 16 mars 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 26, note J. STEVENS, *N.j.W.*, 2004, p. 561, note M. DE VOS, *R.A.B.G.*, 2004, p. 522, note C. DE GANCK, *Chron. D.S.*, 2005, p. 94). Cette thèse habituelle est progressivement remise en question par une certaine doctrine (voy. en ce sens C.E. CLESSE, *op. cit.*, p. 149 et réf. citées).
39. K. RASSCHAERT et I. RAMBOER, « Employez-vous ou êtes-vous un « faux indépendant » ? », *Le journal de l'architecte*, n° 126, avril-mai 2002, p. 3.
40. J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2008, p. 82. L'évolution vers la classification retenue en 1804 apparaît déjà au Moyen Age. A. d'Espèisses écrivait ainsi, en 1685 : « le contrat de Louage appelé par nos Jurisconsultes *Locatio*, se fait en deux façons. PRIMO, lorsqu'on baille l'usage ou la jouissance d'une chose (...). SECUNDO, lorsqu'on baille à faire quelque chose à quelqu'un moyennant certain prix ou à loyer, qu'on appelle souvent *Prix-fait*, comme si on a baillé à faire un bâtiment à quelqu'un » (*Œuvres de M. Antoine d'Espèisses*, Tome I, Toulouse, éd. Duplex, 1685, Titre II, p. 87).





rédaction finale, les auteurs du Code civil ont fait disparaître de l'article 1710 la référence au terme « donner » pour faire place à celui de « s'engager à faire quelque chose pour l'autre ». Si le louage d'ouvrage a depuis lors pris son indépendance, la distinction avec le contrat de louage de chose n'est pas toujours chose aisée, spécialement lorsque une relation contractuelle comporte à la fois la mise à disposition d'un bien et la prestation d'un service. De manière générale, la jurisprudence, scrutant l'intention des parties, applique la règle *accessorium sequitur principale* et qualifie en conséquence la convention en identifiant les poids respectifs des éléments caractéristiques au contrat de bail ou au contrat d'entreprise <sup>41</sup>.

En droit de la construction, une difficulté récurrente réside dans la qualification à donner au contrat de mise à disposition d'engins de chantier, notamment de grues. Il arrive en effet fréquemment que la mise à disposition de la machine s'accompagne de la mise à disposition d'un opérateur spécialisé, par exemple un grutier. Cette situation génère de surcroît une seconde-difficulté, à la frontière du contrat d'entreprise et du contrat de travail, dans la mesure où des prestations de main d'œuvre sont fournies par un opérateur préposé du « bailleur » (employeur habituel), mais soumis aux instructions du « locataire » (employeur occasionnel) <sup>42</sup>.

**5**

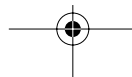
- 
41. J. VANKERCKHOVE *e.a.*, *Le louage de choses. Les baux en général, Les Nouvelles*, T. VI, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2000, p. 8, n<sup>o</sup> 16. La convention sera qualifiée de contrat d'entreprise lorsque la chose est mise à disposition dans le cadre et en vue de l'exécution du service. Voy. ainsi les exemples cités par W. GOOSSENS (*Aanneming van werk : Het gemeenrechtelijk dienstcontract*, coll. *Recht en onderneming*, n<sup>o</sup> 7, Bruges, die Keure, 2003, p. 110) : Bruxelles, 17 septembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 41, note P. WÉRY (mise à disposition de containers par une entreprise chargée de l'enlèvement de résidus de démolition) ; J.P. Fexhe-Slins, 23 mars 1992, *J.J.P.*, 1992, p. 242 (mise à disposition de poupées par un étalagiste). Voy. également les exemples cités par J. VANDEKERCHOVE *e.a.* (*op. cit.*, pp. 9-14) : ne constituent généralement pas des louages, mais des prestations de service, entre autres : les contrats d'abonnement téléphonique (avec mise à disposition d'un téléphone), les contrats d'abonnements au théâtre (avec mise à disposition d'un fauteuil), les contrats de concierge (avec mise à disposition d'un logement), etc. Dans certains cas, le contrat n'étant pas réductible à l'une des qualifications connues au regard de son caractère complexe, la qualification de contrat *sui generis* est privilégiée. Tel est par exemple le cas des contrats d'hôtellerie ou d'hébergement en maison de soins (avec mise à disposition d'une chambre) (voy. J. VANDEKERCHOVE *e.a.*, *op. cit.*, p. 11 ; W. GOOSSENS, *op. cit.*, p. 112 et la jurisprudence citée).
42. L'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs (*M.B.*, 20 août 1987) définit la mise à disposition de travailleurs comme étant « l'activité exercée par une personne physique ou morale qui consiste à mettre des travailleurs qu'elle a engagés à disposition de tiers qui utilisent ces travailleurs et exercent sur ceux-ci une part quelconque de l'autorité appartenant normalement à l'employeur ». Cette activité est, sauf exception, prohibée par la loi de 1987. Il convient donc d'examiner si le travailleur est resté sous l'autorité exclusive de son employeur sans qu'il y ait délégation totale ou partielle du pouvoir d'autorité. Le juge du fond apprécie souverainement l'existence d'un lien de subordination entre le travailleur et l'entreprise utilisatrice de l'engin de chantier. Comme l'explique

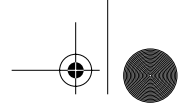


De manière générale, la jurisprudence considère que la mise à disposition d'engins de chantier doit être qualifiée de contrat d'entreprise – et non de louage de chose –, lorsque l'opérateur chargé du positionnement, de la stabilisation et de la manipulation de l'engin conserve toute sa liberté d'action à l'égard de la personne au profit de laquelle l'engin est mis à disposition. Dans ce cas, lorsque l'engin de chantier est mis à disposition d'un entrepreneur de construction pour la réalisation d'un travail au profit du maître de l'ouvrage, l'entreprise propriétaire de l'engin bénéficiera des protections accordées au sous-traitant<sup>43</sup>. En sens inverse, le contrat sera en principe qualifié de louage de chose lorsque le personnel accompagnant l'engin de chantier est placé sous la direction de l'utilisateur de la grue (en général un entrepreneur de construction), la jouissance du bien constituant alors l'élément central de l'opération<sup>44</sup>. A côté du critère lié à l'indépendance – ou à la dépendance – du personnel accompagnant l'engin, la doctrine examine également la spécificité du matériel mis à disposition de l'entrepreneur des travaux par le « locateur » : si le matériel fourni est spécifique, « (...) l'entreprise de construction n'a pas l'aptitude requise pour de telles opérations et contracte donc pour qu'une personne, compétente et indépendante, exécute ces opérations au moyen d'une grue. Incontestablement, le travail humain domine dans un tel contrat »<sup>45</sup>. Selon W. Goossens<sup>46</sup>, un troisième critère peut également être retenu : il réside dans l'identification de la personne disposant de la maîtrise sur l'engin. Selon que le fournisseur conserve ou non (lui-même ou par l'intermédiaire du travailleur mis à disposition) la maîtrise du bien, le contrat sera qualifié de contrat d'entreprise ou de contrat de bail. En France, ce critère paraît prépondérant dans la recherche de la qualification du contrat<sup>47</sup>.

C.E. CLESSE, « (...) il n'est pas rare que les travailleurs mis à disposition doivent respecter une série d'instructions provenant de la société utilisatrice. Ainsi, par exemple, si des ouvriers spécialisés dans le maniement de grues sont mis à disposition d'une entreprise de construction, il conviendra que celle-ci organise son travail, son horaire, etc. Ce type d'instructions peut être qualifié de générales. Il n'entre pas en compte pour l'appréciation du lien d'autorité. C'est l'intensité des instructions qui va permettre d'apprécier si une part de l'autorité a été transférée » (C.E. CLESSE, « La mise à disposition d'utilisateurs », *Chron. D.S.*, 2003 p. 420).

43. Voy. A. DELVAUX et F. POTTIER, « Relations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant : questions spéciales », in *La sous-traitance*, coll. Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 112-113.
44. Voy. W. GOOSSENS, *op. cit.*, pp. 114-118 et réf. citées.
45. T. BEGUIN, « La mise à disposition d'une grue avec grutier : louage de chose ou d'industrie ? », note sous Liège, 12 avril 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 841. Voy. également en ce sens P. HENRY et V. D'HUART, « La responsabilité du commettant et la sous-traitance », *Act. dr.*, 1992, p. 193.
46. W. GOOSSENS, *op. cit.*, p. 117.
47. Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 25 mars 1985, *Bull.*, I, 1985, n° 11, *R.T.D.Civ.*, 1986, p. 768, note J. HUET. Voy. également en ce sens, entre autres J. HUET, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 696, n° 21124 ; J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2008, p. 92.





Par un arrêt du **3 septembre 2010**, la **Cour de cassation** marque pour la première fois sa préférence pour ce troisième critère, en décidant que « un contrat par lequel un bien et des travailleurs sont mis à disposition constitue un contrat de louage et pas un contrat d'entreprise si les services des travailleurs mis à disposition se limitent à l'accompagnement de la chose sur laquelle le preneur a la maîtrise en tant qu'utilisateur »<sup>48</sup>. En l'espèce, le juge d'appel disposait de suffisamment d'indices lui permettant de qualifier de contrat d'entreprise, et non de bail, la convention conclue entre les parties : le juge relevait ainsi, entre autres, que la qualification de louage d'ouvrage et d'industrie – ou contrat d'entreprise – ressortait du traitement fiscal appliqué volontairement par les parties, que les grues ne pouvaient être manœuvrées que par des opérateurs spécialisés ayant l'expérience requise et conservant, lors du fonctionnement de la grue, une autorité suffisante sur les personnes intervenant sur le chantier, que la jouissance de la grue ne constituait qu'un accessoire du contrat d'entreprise dans lequel le travail humain était dominant, que la grue demeurait sous l'autorité et le contrôle du grutier qui la manœuvrait pendant les travaux ou encore qu'aucune preuve n'existait que l'entreprise utilisatrice ait agi comme employeur occasionnel du grutier.

**5**

La détermination de la qualification du contrat emporte des conséquences importantes. Les principes applicables en matière de perte de la chose, de responsabilité du prestataire – bailleur ou entrepreneur – ou de responsabilité de l'utilisateur divergent sensiblement selon la qualification retenue. Bailleur, le propriétaire de la machine sera en outre privé de l'action directe (article 1798 du Code civil) qui lui serait ouverte en cas d'entreprise en sous-traitance. De même le bailleur ne bénéficie-t-il pas du privilège du sous-traitant établi à l'article 20,12<sup>o</sup>, de la loi hypothécaire. Enfin, la détermination de la qualification du contrat présente également de l'importance au regard du droit de la responsabilité extra-contractuelle, et spécialement des articles 1384, al. 3 (identification du commettant, en cas de faute du préposé) et 1384, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil (identification du gardien de la chose, en cas de vice de celle-ci).

**7. Contrat d'entreprise ou contrat de transport. Entreprises de déménagement.** Dans un arrêt du **7 janvier 2000**<sup>49</sup>, la **Cour de cassation** a examiné

---

48. Cass., 3 septembre 2010, RG C.08.0554.N, inéd. (reflet par O. VANDENBERGHE, « Actualités », *R.D.C.*, 2010, p. 895). En outre, la Cour rappelle au préalable que « le contrat d'entreprise, qui suppose que l'entrepreneur ou ses travailleurs sont indépendants dans l'exécution de son travail n'est pas incompatible avec la collaboration, les instructions générales ou un contrôle exercé par le maître de l'ouvrage sur le travail de l'entrepreneur ».

49. Cass., 7 janvier 2000, *J.P.A.*, 1999, 397, note S.R., *R.W.*, 2001-2002, p. 347, *Arr. Cass.*, 2000, p. 32, *Bull.*, 2000, p. 30.





la question de la qualification des contrats conclus avec les entreprises de déménagement. Le juge du fond avait considéré que la prestation de déménagement était bien plus que le simple transport de marchandises, même si, en l'espèce, les opérations s'étaient limitées au chargement des marchandises (sans que l'entreprise n'ait été chargée de leur emballage) et au déchargement de celles-ci. La Cour de cassation accueille le pourvoi dirigé contre la décision, dans la mesure où le juge n'avait pas constaté l'existence d'autres prestations au-delà du transport des marchandises et n'avait pas procédé à l'examen de l'importance respective des prestations de simple transport, au regard des autres prestations liées au déménagement.

En effet, comme l'explique J.F. Peters, « il faut considérer le contrat de déménagement comme un contrat de transport lorsque les circonstances de fait indiquent que le déplacement des biens constitue l'engagement principal, tandis qu'il faut considérer la convention comme un simple contrat d'entreprise lorsqu'il apparaît que d'autres opérations font partie de l'essence du contrat (comme l'emballage et le déballage des biens) »<sup>50</sup>. L'intérêt de la qualification réside notamment dans la différence des délais de prescription, le droit du transport (par route) se caractérisant par des délais raccourcis au regard de la prescription de droit commun de dix ans (article 2262*bis* du Code civil), applicable au contrat d'entreprise.

## SECTION 2

### Formation du contrat d'entreprise

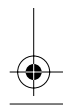
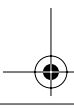
#### **8. Conformité à l'ordre public. L'indépendance de l'architecte : conséquence sur les conditions de validité du contrat d'entreprise**<sup>51</sup>.

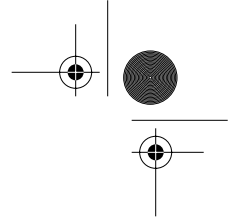
Le principe de l'indépendance de l'architecte – qui doit être distingué du principe de l'incompatibilité entre les professions d'architecte et d'entrepreneur<sup>52</sup> – fut consacré dès 1967 dans le règlement déontologique de la profession, dont l'article 33, alinéa 1<sup>er</sup> énonçait que « l'architecte doit veiller à sauvegarder, en toutes circonstances, une totale indépendance vis-à-vis des

50. J.F. PETERS, « Observations sous Cass., 7 janvier 2000 », *R.D.C.*, 2000, p. 204 et réf. citées.

51. Voy. également B. KOHL, « Le promoteur », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2009, IV.4.1., n° 3.44, reproduit ici.

52. Fondé sur l'article 6 de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte (voy. entre autres J.F. HENROTTE, L.O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte. Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 55-63).





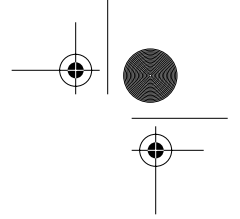
entrepreneurs et des fournisseurs de matériaux »<sup>53</sup>. Le principe d'indépendance pose particulièrement question à l'analyse des relations entre architectes et promoteurs immobiliers<sup>54</sup>.

Lorsqu'un promoteur immobilier, qui peut également être entrepreneur de construction, fait bâtir un ouvrage pour son propre compte en vue de le mettre en vente, la licéité du contrat qu'il conclut avec l'architecte n'est guère contestée<sup>55</sup> ; la validité du contrat d'architecture n'est pas entamée par la circonstance que ce promoteur effectuerait lui-même et pour son compte tout ou partie des travaux de construction du bâtiment : « (...) il n'y a pas lieu de faire un sort différent au promoteur qui exécute lui-même tout ou partie des travaux puisque même dans ce cas de figure, si l'architecte accomplit la mission qui lui est dévolue par l'article 4 de la loi du 20 février 1939, il existe bien "des professionnels distincts qui ont agi avec des missions propres, chacun exposant sa responsabilité personnelle" »<sup>56 57</sup>.

En revanche, lorsqu'un entrepreneur conclut un contrat d'entreprise générale avec un maître de l'ouvrage, peut se poser la question de l'indépendance de l'architecte. Tel est spécialement en présence d'opérations de

5

53. Règlement déontologique approuvé par l'arrêté royal du 5 juillet 1967 (*M.B.*, 19 août 1967).
54. Voy. notamment sur cette question R. DE BRIEY, « Le promoteur et l'architecte », in M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), *Le contrat d'entreprise*, Liège, éd. Formation permanente CUP, 2003, pp. 259 et s. ; K. UYTTERHOEVEN, « De architect en de bouwpromotor : een verboden liefde of een bijzonder huwelijk ? », *T.B.O.*, 2004, pp. 170 et s.
55. Au contraire, « dans ce cas, le recours à un architecte est non seulement licite mais est également obligatoire. En effet, puisque le promoteur, dans le cas de la promotion-vente, édifie pour son propre compte, celui-ci endosse le rôle d'un maître de l'ouvrage et doit donc recourir à un architecte pour la conception et le contrôle des travaux » (L. VINCART et I. EKIERMAN, « Promoteurs et architectes : des relations ambiguës », *Entr. et dr.*, 2008, p. 212) ; voy. également dans ce sens, par exemple : A. DELVAUX et J.N. KRAEWINKELS, « Questions actuelles relatives aux intervenants dans la construction et leur responsabilité dans la réception-agrégation », in *Droit de la construction*, Liège, éd. Commission Université Palais, 1996, p. 76 ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La conception de l'ouvrage », *Act. dr.*, 1991, p. 907 ; P. RIGAUX, *Le droit de l'architecture. Évolution des vingt dernières années*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 51 ; M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000)*, Coll. Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 35.
56. R. DEBRIEY, « Le promoteur et l'architecte », in M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), *Le contrat d'entreprise et le droit de la construction*, Liège, éd. Formation Permanente CUP, 2003, p. 292. L'auteur cite Liège, 23 janvier 1995, *J.T.*, 1995, p. 386.
57. En cas de promotion-vente, afin d'éviter toute ambiguïté, l'architecte doit néanmoins préciser expressément au destinataire final de l'immeuble qu'il intervient en qualité d'architecte désigné par le professionnel de la construction (voy. A. DELVAUX et J.N. KRAEWINKELS, « Questions actuelles du droit de la construction », in *Droit de la construction*, Coll. Commission Université Palais, vol. XII, Liège, éd. Formation Permanente CUP, 1996, p. 76).



promotion-construction « clé-sur-porte » dans lesquelles le maître de l'ouvrage se voit proposer le choix de certains plans-types fournis par l'entrepreneur dans son catalogue. La *Cour de cassation* a ainsi précisé, dans un arrêt du **1<sup>er</sup> décembre 1994**, « (...) qu'il est contraire aux dispositions d'ordre public de la loi du 20 février 1939 qu'un architecte, inféodé à un promoteur, contracte ensuite avec le client de ce promoteur comme s'il était indépendant de ce dernier (...); qu'en contractant avec ces clients, après l'accord réalisé entre ceux-ci et le promoteur, l'architecte s'est privé de la possibilité d'exercer son devoir de conseil et d'assistance vis-à-vis des clients (...) »<sup>58</sup>. Dès lors, même si, en apparence, le maître de l'ouvrage qui fait appel à un promoteur-constructeur contracte avec un tiers architecte, l'indépendance de ce dernier ne sera nullement garantie lorsque la conclusion de ce contrat d'architecture a été suscitée par le promoteur et que cet architecte lui est en réalité « inféodé »<sup>59</sup>. Certains auteurs défendent du reste l'idée que rien n'empêcherait que le promoteur-constructeur, même lié à son client par une convention qualifiée de contrat d'entreprise, puisse valablement conclure lui-même un contrat d'architecture, à la condition qu'il s'agisse réellement d'une opération de promotion immobilière et que l'architecte ne contracte pas, dans le même temps, avec le client du promoteur<sup>60</sup>; d'autres au contraire estiment cette pratique contestable par nature, tirant argument du principe de l'incompatibilité des professions et de l'impossibilité dans cette situation pour le client du promoteur d'agir directement contre l'architecte de ce dernier<sup>61 62</sup>. Sous réserve de cette controverse, il demeure acquis que l'appréciation de l'exigence d'indépendance doit se faire *in concreto* : le manque d'indépendance d'un architecte ne peut se présumer du simple fait de l'intervention d'un promoteur-constructeur dans un projet immobilier<sup>63</sup>.

58. Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1078, note F. MOISES, *Arr. Cass.*, 1994, p. 1038, *Bull.*, 1994, p. 1031, *J.T.*, 1995, p. 316, *Pas.*, 1994, I, p. 1031, *R.W.*, 1994-1995, p. 1377.

59. Voy. entre autres Mons, 25 juin 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 758, note B. LOUVEAUX; Liège, 26 mars 1997, *Entr. et dr.*, 1998, p. 263.

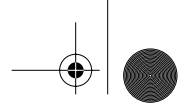
60. Voy. entre autres M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000)*, Coll. Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 38.

61. Dans cette situation dans laquelle l'architecte contracterait directement avec l'entrepreneur, et ce dernier avec le maître de l'ouvrage, l'architecte bénéficierait en effet à l'égard de ce dernier de la théorie de l'immunité relative des préposés et agents d'exécution (Cass, 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376, *Arr. Cass.*, 1974, p. 395, *J.T.*, 1974, p. 443, *R.W.*, 1973-1974, p. 1597, note J. HERBOTS).

62. Voy. entre autres K. UYTTERHOEVEN, « De architect en de bouwpromotor : een verboden liefde of een bijzonder huwelijk ? », *T.B.O.*, 2004, p. 178.

63. Voy. Gand, 9 juin 2006, *N.j.W.*, 2007, p. 134, note K. VANHOVE.





Face à un manque d'indépendance avéré, le contrat d'architecture passé entre le maître de l'ouvrage et l'architecte pourra être annulé en raison de la violation d'une disposition d'ordre public. En outre, la jurisprudence considère que, dans ce cas, le contrat d'entreprise lui-même peut subir le même sort <sup>64</sup>.

**9. Conformité à l'ordre public (suite). Exécution de travaux « en noir », en violation des règles d'accès à la profession ou des règles d'urbanisme.** Plusieurs décisions de jurisprudence frappent de nullité le contrat d'entreprise concluant violation des dispositions d'ordre public. Par exemple, dans un jugement du 2 juin 2003 <sup>65</sup>, le Tribunal de commerce de Gand, après avoir constaté que les parties avaient procédé de commun accord au paiement « en noir » d'une partie substantielle des prestations commandées, prononce la nullité de la convention et déclare irrecevable l'action de l'entrepreneur tendant à obtenir l'exécution par le maître de l'ouvrage de son obligation de payer le solde du prix. Le Tribunal se fonde sur l'arrêt de la **Cour de cassation** du **12 octobre 2000** <sup>66</sup>, rendu en matière de « carroussels T.V.A. », et dans lequel la Cour décide qu'« (...) une convention qui a pour but d'organiser une fraude envers des tiers, en l'espèce [le Trésor], dont les droits sont protégés par une législation d'ordre public, a une cause illicite et est frappée de nullité absolue » <sup>67</sup>. Dans un arrêt du 24 décembre 2003 <sup>68</sup>, la Cour d'appel d'Anvers adopte une position similaire à propos d'une infraction commise à la législation sur l'aménagement du territoire et l'urbanisme : dans cet arrêt, la

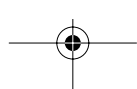
- 
64. Voy. Civ. Charleroi, 8 avril 1982, *R.R.D.*, 1982, p. 222 (contrat ayant confié à l'entrepreneur le choix de l'architecte) ; Civ. Nivelles, 18 juillet 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1341 (contrat par lequel l'entrepreneur se chargeait de choisir un architecte ayant pour seule mission de tracer les plans) ; Liège, 21 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 416 (contrat d'architecture signé largement après le contrat d'entreprise après que le type de construction ait été défini avec l'entrepreneur et pour un taux d'honoraires largement inférieur au marché, les honoraires étant en outre intégralement versés dès la signature du contrat avec l'architecte). Voy. également sur ces décisions I. DURANT, « Le monopole légal conféré à l'architecte », in I. DURANT et R. DE BRIEY (éd.), *L'exercice de la profession d'architecte*, coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 33.
65. Comm. Gand, 2 juin 2003, *T.G.R.*, 2003, p. 12.
66. Cass., 12 octobre 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 549, *R.C.J.B.*, 2003, p. 74, note P. WÉRY, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1564, *Bull.*, 2000, p. 1531, *F.J.F.*, 2003, p. 854, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1508, *Rev. not. b.*, 2001, p. 109, *R.W.*, 2002-2003, p. 416, *T.F.R.*, 2002, p. 69.
67. La Cour de cassation adopte la théorie du mobile illicite unilatéral, en décidant également que « (...) s'agissant de l'intérêt général, il suffit que l'une des parties ait contracté à des fins illicites et qu'il n'est pas nécessaire que ces fins soient connues du cocontractant » (voy. P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass., 12 octobre 2000, *RC.J.B.*, 2003, pp. 78 et s.).
68. Anvers, 24 décembre 2003, *N.j.W.*, 2004, p. 527, note S. LUST.





Cour dénie à l'entrepreneur le droit au paiement de son travail, en frappant de nullité absolue le contrat d'entreprise, au motif que la toiture placée par celui-ci différerait de celle autorisée par le permis d'urbanisme. Pour la Cour, accorder à l'entrepreneur la rémunération de ses prestations lui aurait permis de profiter de l'infraction pénale commise par ce dernier en connaissance de cause<sup>69</sup>. Enfin, le non-respect de la réglementation relative à l'accès à la profession<sup>70</sup> – actuellement régi par la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante<sup>71</sup> – est également source de nullité du contrat d'entreprise<sup>72</sup>. Il suffit à cet égard que « (...) le défaut d'accès à la profession affecte une partie des travaux exécutés pour que la nullité de l'ensemble de la convention doive être prononcée »<sup>73 74</sup>.

69. Dans la mesure où le maître de l'ouvrage avait également participé à l'infraction (en prenant la décision de s'écarter des plans déposés à l'appui de la demande de permis), l'action reconventionnelle de dernier fut également jugée irrecevable.
70. En revanche, l'enregistrement des entrepreneurs a perdu son caractère obligatoire, suite à la modification législative consécutive à la condamnation du régime belge antérieur par la Cour de Justice des Communautés Européennes. Voy. à ce égard B. KOHL, « Enregistrement des entrepreneurs étrangers. La Belgique condamnée », note sous C.J.C.E., 9 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 177 et s. ; D. FISSE et A.-L. DURVIAUX, « L'enregistrement des entrepreneurs de travaux immobiliers », *A.P.T.*, 2007-2008, p. 290 et s.
71. *M.B.*, 21 février 1998. Cette loi abroge la loi du 15 mars 1970 sur l'exercice des activités professionnelles dans les petites et moyennes entreprises.
72. Voy. par exemple Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454, note C. WIJNANTS ; Comm. Mons, 26 juin 2002, *D.A.O.R.*, 2002/63, p. 271 ; Mons, 25 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 638, *R.R.D.*, 2003, p. 9 ; Comm. Mons, 13 décembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 366 ; Comm. Namur, 28 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1304 ; Liège, 21 décembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 190 ; Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 790, *R.G.D.C.*, 1996, p. 163. Voy. entre autres à ce sujet I. FRANCK et S. FANTIN, « De vestigingwetgeving en de gevolgen van de niet-nalevingervan », note sous Cass., 3 février 2005, *T.B.O.*, 2005, pp. 180 et s. ; C. WIJNANTS, « Nullité du contrat d'entreprise pour violation des règles d'accès à la profession ; rappel des principes », note sous Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, pp. 460 et s.
73. Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454, note C. WIJNANTS ; voy. dans le même sens : Bruxelles, 6 mars 1986, *Entr. et dr.*, 1987, p. 15, *Resjur. imm.*, 1988, p. 29.
74. La jurisprudence considérait auparavant que la validité du contrat d'entreprise avec l'entrepreneur général ne disposant pas d'un accès à la profession n'était, par exception, pas mise en cause lorsqu'il apparaissait que, recourant à la sous-traitance totale, il n'effectuait pas lui-même les travaux nécessitant un accès à la profession (voy. Bruxelles, 27 avril, 1989, *Entr. et dr.*, 1998, p. 383, *Resjur. imm.*, 1990, p. 245 ; Civ. Nivelles, 11 mars 2004, *Resjur. imm.*, 2004, p. 24). Depuis lors, l'arrêté royal du 29 janvier 2007 relatif à la capacité professionnelle pour l'exercice des activités indépendantes dans les métiers de la construction et de l'électrotechnique, ainsi que de l'entreprise générale (*M.B.*, 27 février 2007), impose certaines compétences de base pour la personne exerçant l'activité d'entrepreneur général (étant, aux termes de l'article 32, « (...) celui qui, au nom et pour compte de tiers, construit, rénove, fait construire, ou rénover un bâtiment, en exécution d'un contrat d'entreprise de travaux, jusqu'à l'état d'achèvement et fait appel pour cela à plusieurs sous-traitants »). Voy. également en ce sens S. STIJNS, B. TILLEMANN, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENEPOEL et K. WILLEMS, « Overzicht van rechtspraak. Bijzondereovereenkomsten : koop en aanneming (1999-2006) », *T.P.R.*, 2008, p. 1675.





Dans un arrêt du **2 mars 2006**<sup>75</sup>, la **Cour de cassation** semble toutefois relativiser le caractère automatique de la nullité, à propos d'une affaire dans laquelle l'entrepreneur réclamait le paiement de montants convenus « en noir ». Après avoir énoncé le principe selon lequel « (...) celui qui ne poursuit que le maintien d'une situation contraire à l'ordre public ou un avantage illicite n'a pas un intérêt légitime », la Cour relève que, dans leur décision, en constatant que la demande de l'entrepreneur tendait à l'exécution des obligations contractuelles du maître de l'ouvrage de payer le solde du prix de l'entreprise en contrepartie des travaux de rénovation exécutés entre-temps, et « (...) en ne constatant donc pas que cette demande tend uniquement au maintien d'une situation ou d'un avantage illicite, les juges d'appel n'ont pas justifié légalement leur décision et ont violé l'article 17 du Code judiciaire ». Comme l'observe W. Goossens, par l'emploi du terme « uniquement », la Cour semble exiger qu'un lien direct existe entre la situation illégale et le contrat concerné ou l'action se fondant sur ce contrat. En d'autres termes, il ne semble plus correct d'affirmer sans nuance que tout contrat d'entreprise ou d'architecture est automatiquement nul en cas de travail payé – en tout ou en partie – « en noir » ou en cas de travaux exécutés sans permis.

5

Cette décision s'inscrit dans la ligne de l'arrêt rendu le **18 mars 1988**<sup>76</sup> en matière de vente d'immeuble par la **Cour de cassation**. Dans cet arrêt, la Cour décide que « lorsque lors d'un contrat d'achat, les parties conviennent de dissimuler le prix exact dans l'acte en vue d'éluder les droits d'enregistrement, cette convention est contraire à l'ordre public et dès lors nulle, mais la vente ne peut être déclarée nulle pour cette raison ». Selon l'interprétation donnée à cet arrêt par I. Moreau-Margrève, la contrariété à l'ordre public ne réside pas en réalité dans l'accord sur la fixation du prix qui est librement faite par les parties. Au contraire, cette contrariété vient de la dissimulation de la réalité du prix envers l'administration fiscale<sup>77</sup>. Cette jurisprudence a été appliquée à de multiples reprises ces dernières années par les juges du fond<sup>78</sup> et nous paraît transposable dans le domaine du contrat d'entreprise.

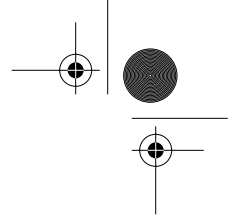
---

75. Cass., 2 mars 2006, *N.j.W.*, 2006, p. 703.

76. Cass., 18 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 868, *R.W.*, 1988-1989, p. 711, note E. DIRIX, *Ann. Dr. Liège*, 1989, p. 387, note I. MOREAU-MARGREVE et P. DELNOY, *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 973, *Bull.*, 1988, p. 868, *J.T.*, 1989, p. 5, *T. Not.*, 1990, p. 106.

77. I. MOREAU-MARGREVE, « Chronique de jurisprudence. Obligations », in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, Liège, éd. Faculté de droit de Liège, 1989, p. 52.

78. Voy. par exemple Gand, 14 juin 2007, *T.G.R.*, 2008, p. 108 ; Gand, 27 janvier 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 1568 ; Liège, 30 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2008, p. 103, note M. DUPONT ; *contra* : Mons, 26 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1041, note B. KOHL. Comme le relevait ainsi la cour d'appel de Liège dans son arrêt du 30 novembre 2006, « (...) seule la convention conclue



**10. Conformité à l'ordre public (suite). L'assurance de la responsabilité des entrepreneurs, condition prochaine de validité du contrat d'entreprise ?**

En octobre 2006, l'Ordre des architectes avait formé, devant la Cour d'arbitrage (entretemps devenue « Cour constitutionnelle ») un recours en annulation contre les dispositions de la nouvelle loi du 15 février 2006 relative à l'exercice de la profession d'architecte dans le cadre d'une personne morale. L'Ordre des architectes visait en particulier l'obligation d'assurance de la responsabilité des architectes énoncée à l'article 9 de la loi du 20 février 1939 (tel que rétabli par la loi du 15 février 2006). A l'appui de son recours, l'Ordre des architectes croyait déceler une inégalité dans l'imposition de cette obligation d'assurance aux seuls architectes, alors que, pour les autres professionnels de la construction, l'assurance de la responsabilité demeure volontaire.

Dans son arrêt du **12 juillet 2007**<sup>79</sup>, la *Cour constitutionnelle* a rejeté ce recours, en estimant que le législateur avait entendu distinguer la profession d'architecte des autres professions du secteur de la construction, en raison des missions particulières liées à son art. L'obligation pour l'architecte d'assurer sa responsabilité, en ce compris la responsabilité décennale, énoncée à l'article 9 de la loi du 20 février 1939, se trouve ainsi validée par la Cour constitutionnelle. L'on rappelle que la couverture par une assurance de la responsabilité professionnelle de l'architecte est érigée par la loi du 15 février 2006 en condition d'exercice de la profession ; l'article 2, § 4, de la loi du 20 février 1939, prévoit désormais que « nul ne peut exercer la profession d'architecte sans être couvert par une assurance, conformément à l'article 9 ». Les conditions d'exercice de la profession d'architecte constituant une réglementation d'ordre public (tout comme le sont les diverses réglementations relatives à

à l'occasion de la vente et qui consistait à s'engager à taire dans l'acte écrit de vente le prix réellement convenu est nulle ; (...) en revanche tant la convention de vente « officielle » que la contre-lettre ne sont pas atteintes de nullité dès lors que le mobile déterminant consistait à transférer la propriété d'un immeuble pour un prix déterminé au sujet duquel les parties étaient d'accord et non pas à procéder à une fraude fiscale ». Voy. à ce sujet B. KOHL, « Le contrat de vente d'immeuble. Développements récents », in B. KOHL (éd.), *La vente immobilière. Aspects civils, administratifs et fiscaux*, coll. CUP, vol. n° 121, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 52-54 ; M. DUPONT, « Dissimulation d'une partie du prix et droit d'enregistrement : tel est pris qui croyait prendre ! », note sous Mons, 30 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2008, pp. 104 et s.

79. C. const., n° 100/2007, 12 juillet 2007, *R.W.*, 2007-2008, *R.G.D.C.*, 2008, p. 390, note B. KOHL, *Jurim Pratique*, 2008, p. 69, *N.j.W.*, 2008, p. 251, note G. JOCQUE, *T.B.O.*, 2007, p. 1999, note I. RAMBOER, *T.B.P.*, 2008, p. 284. Les lignes qui suivent sont un résumé de notre note sous cet arrêt.

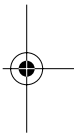




l'accès à la profession), la convention d'architecture passée avec un architecte non assuré peut donc être frappée de nullité absolue<sup>80</sup>.

Si la Cour rejette le recours, elle précise, dans un attendu très remarqué, « qu'en ce que les architectes sont le seul groupe professionnel du secteur de la construction à être légalement obligé d'assurer sa responsabilité professionnelle, cette responsabilité risque, en cas de condamnation *in solidum*, d'être, plus que celle des autres groupes professionnels, mise en œuvre sans qu'il existe pour ce faire une justification objective »<sup>81</sup>. Selon la Cour, cette discrimination résulte de l'absence, dans le droit applicable aux autres « parties intervenant dans l'acte de bâtir », d'une obligation d'assurance comparable, et il ne pourrait y être remédié que par l'intervention du législateur. Cette importante décision de la Cour constitutionnelle nous paraît critiquable, pour les raisons que nous avons exposées ailleurs<sup>82</sup>. Quoi qu'il en soit, elle ouvre la porte à une large réflexion sur l'obligation d'assurance en droit de la construction. À cet égard, nous défendons l'idée que si une obligation d'assurance devait être imposée dans le secteur de la construction (le cas échéant, en limitant son champ d'application au seul secteur du logement), sa création et son organisation devraient bénéficier d'une initiative européenne, par exemple sous l'une ou l'autre forme d'autorégulation<sup>83</sup>.

5



---

80. Voy. entre autres, par analogie, Liège, 16 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1023 ; Mons, 6 mars 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 196, note R. STOKART ; Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 790, *R.G.D.C.*, 1996, p. 193 ; Comm. Mons, 12 avril 1988, *D.C.C.R.*, 1989-1990, p. 150, note B. LOUVEAUX ; Comm. Charleroi, 29 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1293, note B. LOUVEAUX. Voy. également sur ce point K. UYTTERHOEVEN, « De architectenovereenkomst, de taken en aansprakelijkheid van de architect in het licht van het statuut en de deontologie van de architect », in S. SROKA et F. JUDO (éd.), *Bouwrecht in al zijn facetten. Eenactuele stand van zaken*, coll. Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, Gand, Larcier, 2006, p. 208. Le fait que, dans son avis sur le projet d'arrêté royal, le Conseil d'État ait précisé que l'article 8 du projet (qui prévoyait la nullité du contrat d'architecture si la preuve du respect de l'assurance ne pouvait être produite), devait être omis du projet, n'est pas de nature à modifier ce raisonnement. L'omission de cet article 8 dans le texte définitif de l'arrêté royal s'explique par l'absence de disposition légale pouvant fournir de fondement juridique à cet effet (voy. l'avis n° 42.190/1 du Conseil d'État, *Moniteur Belge*, 23 mai 2007, p. 27706). Ceci n'empêche cependant pas que la convention avec un architecte non assuré puisse être annulée par application des principes de la théorie générale des obligations.

81. Point B.6.3. de l'arrêt.

82. B. KOHL, « L'assurance obligatoire de la responsabilité des architectes et le principe constitutionnel d'égalité », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 394 et s.

83. Voy. B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2008, spéc. n°s 254-255.



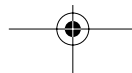


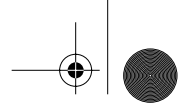
À la suite de cet arrêt, les initiatives parlementaires n'ont du reste pas traîné<sup>84</sup>. Deux propositions de loi ont ainsi été déposées au Sénat le 21 septembre 2010<sup>85</sup> et à la Chambre le 19 janvier 2011<sup>86</sup>. Chacune de ces propositions vise à donner au Roi le pouvoir de préciser, par arrêté royal, « (...) les catégories de personnes qui exercent la profession d'entrepreneur au sens de la présente loi et dont la responsabilité civile, en ce compris la responsabilité décennale, doit être couverte par une assurance »<sup>87</sup>. Ces propositions ont été examinées à plusieurs reprises en Commission au Sénat durant le printemps 2011. Elles n'y ont cependant pas encore été adoptées.

**11. La fixation du prix *a posteriori* dans le contrat d'entreprise.** Le prix est un élément constitutif essentiel du contrat d'entreprise. À défaut de prix, l'accord des parties s'analyserait en une prestation de services bénévoles échappant à la réglementation spéciale du contrat d'entreprise<sup>88</sup>. Le prix est le plus souvent stipulé en argent ; il est toutefois unanimement admis que la contre-prestation du maître de l'ouvrage peut consister dans l'exécution d'un travail ou dans la remise d'un bien corporel ou incorporel.

De même, il est admis que l'entrepreneur ou le prestataire de services puisse déterminer seul *a posteriori* le prix de la prestation<sup>89</sup>. Il s'agit là de l'une des expressions du phénomène de la fixation unilatérale de l'objet du contrat (*partijbeslissing*), lequel vise « toute situation où l'une des parties au contrat

84. En effet, il existe suite à cet arrêt un risque non négligeable de mise en cause de la responsabilité de l'État du fait de la carence législative : une fois que la Cour constitutionnelle a jugé, en droit, qu'une lacune dans la législation constitue une violation du principe constitutionnel d'égalité et de non discrimination, cette lacune constitue une faute du législateur au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, obligeant l'État à réparer le dommage éventuellement causé par celle-ci (voy. entre autres R. ERGEC, « La responsabilité du fait de la carence législative », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 289-299 ; W. VAN GERVEN et S. COVENMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, p. 507).
85. Proposition de loi (déposée par W. BEKE et P. VAN ROMPUY) « relative à l'assurance responsabilité professionnelle des entrepreneurs de travaux immobiliers », *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-112/1.
86. Proposition de loi (déposée par L. VAN DER AUWERA) « relative à l'assurance responsabilité professionnelle des entrepreneurs de travaux immobiliers », *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1077/01.
87. Article 3 des propositions de loi précitées.
88. M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le droit des constructeurs*, Bruxelles, L'entreprise et le droit, 1984, p. 23, n° 24 : « Le louage d'ouvrage est, en principe, un contrat à titre onéreux, la preuve de la gratuité des prestations assumées par l'entrepreneur étant à charge du maître de l'ouvrage ».
89. Voy. par exemple Bruxelles, 13 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1823 ; Gand, 30 mai 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 199, note R. PASCARIELLO, *T.G.R.*, 1997, p. 140 ; Anvers, 3 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 52 ; Comm. Hasselt, 23 septembre 1991, *Limb. Rechtsl.*, 1992, p. 396, note B. PONET ; Civ. Malines, 15 décembre 1992, *R.G.D.C.*, 1994, p. 74.





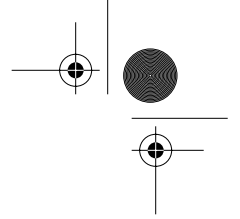
fixe seule après la conclusion du contrat, l'objet d'une ou plusieurs des obligations issues de celui-ci »<sup>90</sup>. Dans ce cas, le montant de la prestation dépend de l'importance des travaux que l'entrepreneur a réellement effectués et du coût des matériaux et de la main-d'œuvre évalué au moment de l'exécution des tâches prestées<sup>91</sup>. Le prix est laissé à la « discrétion » de l'entrepreneur, sous réserve du principe d'exécution de bonne foi des conventions et d'un éventuel contrôle du juge<sup>92</sup>. Ce procédé de calcul est bien sûr le plus favorable aux entrepreneurs ou aux prestataires de services en général parce qu'il les met à l'abri de toute surprise provenant de difficultés techniques inattendues (ou d'événements économiques affectant les salaires et les matières premières)<sup>93</sup>. On y recourt le plus souvent pour des travaux de peu d'importance<sup>94</sup>.

5

Dans un arrêt du **9 novembre 2006**<sup>95</sup>, la *Cour de cassation* refuse néanmoins de voir en cette pratique très répandue et incontestable un principe général de droit.

90. J.F. GERMAIN, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats d'activité, une application particulière de la *partijbeslissing* », note sous Cass., 9 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2009, p. 24. Voy. également sur cette question, entre autres, P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », in P.A. FORIERS (éd.), *Actualités du droit des obligations*, Coll. UB3, n. 4, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 46 et s. ; M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenisbij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, pp. 1260 et s.
91. Voy. M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000)*, Coll. Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 71-72 ; L. SIMONT, J. DEGAVRE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, pp. 792-794.
92. Naturellement, comme le relève J.F. GERMAIN, « par exception, l'entrepreneur n'est pas autorisé à fixer unilatéralement le prix des petits travaux réalisés à titre complémentaire dans le cadre d'une construction conclue à forfait. Le propriétaire doit donner son autorisation écrite sur les travaux concernés et le prix doit être convenu entre les parties (art. 1793 C. civ.) » (J.F. GERMAIN, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats d'activité, une application particulière de la *partijbeslissing* », note sous Cass., 9 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2009, p. 26).
93. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard que l'article 74, 3°, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur précise qu'est une clause abusive, sous réserve de deux exceptions, la clause qui a pour objet de « déterminer, dans les contrats à durée déterminée, que le prix des produits est fixé au moment de la livraison ou permettre à l'entreprise d'augmenter unilatéralement le prix ou de modifier les conditions au détriment du consommateur sur la base d'éléments qui dépendent de sa seule volonté, même si la possibilité de mettre fin au contrat est alors offerte au consommateur ».
94. Il était autrefois admis que, pour la profession d'avocat, ce mode de fixation des honoraires « à la discrétion » résultait des usages de la profession. Le Règlement de l'O.B.F.G. du 27 novembre 2004 relatif à l'information à fournir par l'avocat à ses clients en matière d'honoraires, de frais et débours précise toutefois désormais, en son article 2 que : « (...) l'avocat informe son client, avec diligence, de la méthode qu'il utilisera pour calculer ses honoraires, frais et débours afférents aux dossiers dont il est chargé. Il fournit au client toutes les informations utiles sur les modalités d'application de la méthode retenue ».
95. Cass., 9 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2009, p. 19, note J.F. GERMAIN.



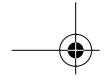


Cette décision est heureuse : admettre que, dans tout contrat d'entreprise, le prix ne constitue plus une condition de validité de la convention (le prestataire devenant alors fondé, en toute circonstance, à fixer unilatéralement et *a posteriori* le prix – normal – de ses prestations) eut été excessif. Par exemple, dans les contrats d'entreprise de construction d'une certaine ampleur, il ne paraît pas adéquat d'admettre que l'entrepreneur puisse déterminer seulement après l'exécution du chantier, le prix de ses prestations, sans même s'être accordé préalablement sur le mode de détermination retenu à cet effet<sup>96</sup>. Suivant l'enseignement de la Cour de cassation, lorsque l'on s'écarte des travaux de peu d'importance, l'absence totale de critères de détermination du prix pourra donc toujours, en fonction des circonstances<sup>97</sup>, être considérée comme un indice de non-conclusion du contrat d'entreprise (à défaut d'objet déterminé ou déterminable), les relations entre parties n'ayant pas dépassé le stade des pourparlers.

**12. La fixation des honoraires (et du budget) *a posteriori* dans le contrat d'architecture.** Durant la période couverte, le droit, pour le prestataire de services, de déterminer seul *a posteriori* le prix de la prestation a été rappelé à deux reprises (le **10 octobre 2003** et le **4 novembre 2004**) par la

96. Bien entendu, les parties peuvent toujours convenir d'un mode de détermination du prix en fonction de l'importance réelle des travaux via la conclusion soit de marchés en régie, soit de contrats américains aussi appelés *cost plus fee*. Le marché en régie est souvent proposé par l'entrepreneur lorsqu'il lui est difficile de dresser un devis, étant donné l'imprévisibilité de la durée des travaux, leur ampleur exacte, les aléas susceptibles d'être rencontrés, etc. Les parties conviennent alors que le prix sera fixé après exécution par référence à des barèmes de prix comprenant à la fois prix de revient et bénéfice normal, publiés par les associations professionnelles ou arrêtés par la convention. La Confédération de la construction publie ainsi régulièrement pour la main-d'œuvre, à titre indicatif, le prix horaire conseillé, tenant compte des charges salariales, des frais généraux et du bénéfice. Le contrat américain ou à livres ouverts (« *cost plus fee* »), quant à lui, est le marché dans lequel le maître de l'ouvrage paie à l'entrepreneur la main-d'œuvre et les matériaux au prix de revient plus un pourcentage de ses débours, déterminé conventionnellement et représentant le bénéfice de l'entrepreneur. Voy. à ce sujet J.M. GERADIN, « La formation du contrat d'entreprise », *Act. dr.*, 1991, pp. 1109-1110. Pour une application, voy. entre autres Civ. Malines, 12 octobre 2004, *D.A.O.R.*, 2005/73, p. 3. Dans ces types de contrats, il n'est pas question de « *partijbeslissing* », le prix étant fixé selon un mode de calcul préalablement convenu.
97. Ainsi, en cas de commencement d'exécution d'un chantier pour un maître de l'ouvrage commerçant, l'accord tacite de ce dernier pourra être déduit de l'absence de protestation à l'envoi des factures de l'entrepreneur de construction ; voy. notamment Cass., 7 janvier 2005, *D.A.O.R.*, 2006, p. 37, note G. BALLON, *Arr. Cass.*, 2005, p. 39, *Pas.*, 2005, p. 39, *R.W.*, 2005-2006, p. 1097, note R. HOUBEN (« En matière d'opérations commerciales, le juge peut déduire une présomption de fait de l'acceptation de la facture et y trouver la preuve que le débiteur a marqué accord avec l'obligation mentionnée dans la facture »), cité par J.F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 27, note 29.





**Cour de cassation** en ce qui concerne le contrat d'architecture<sup>98</sup> : le simple fait qu'au moment de la conclusion du contrat d'architecte ou de la promesse d'un tel contrat, ni le budget, ni le montant des honoraires dus à l'architecte, ni la manière de les calculer – généralement un pourcentage déterminé sur le prix des travaux –, n'aient été prévus par les parties, n'entraîne pas la nullité de ce contrat à défaut d'objet déterminé ou déterminable.

La question pouvait néanmoins légitimement se poser, dans la mesure où l'article 16 du Règlement de déontologie de l'Ordre des architectes<sup>99</sup> énonce que l'architecte « veille à soumettre des projets qui restent dans les limites du programme fixé dans la mission et du budget qui en découle, tels qu'ils apparaissent dans la convention conclue entre parties. Toute modification du programme fixé dans la convention et intervenant au cours de l'étude ou de l'exécution des travaux, doit faire l'objet d'une convention additionnelle qui en mentionnera l'incidence financière ». L'article 20 du même Code établit l'obligation pour l'architecte de rédiger par écrit la convention avec le maître de l'ouvrage. Dans son arrêt du 4 novembre 2004, la Cour de cassation précise toutefois que « les obligations déontologiques qui s'imposent à l'architecte en matière de budget et d'honoraires n'ont pas pour effet d'ériger ces éléments en éléments essentiels du contrat d'architecture ».

En d'autres termes, en ce qui concerne le budget, la détermination de celui-ci ne constitue un élément essentiel du contrat que si les parties le considèrent comme tel<sup>100</sup> ; il s'agit en réalité dans ce cas d'un élément dit « substantiel », « subjectivement essentiel » ou encore « essentialisé » : lorsque le maître de l'ouvrage érige en condition de son offre de contracter avec l'architecte la fixation du budget de la construction, il essentialise par sa volonté des éléments dits accessoires<sup>101</sup>. Si l'accord préalable des parties sur le budget de la construction ne constitue donc pas un élément essentiel du contrat, il relève toutefois d'une obligation déontologique dans le chef de l'architecte<sup>102</sup>.

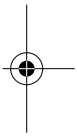
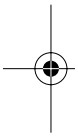
98. Cass., 10 octobre 2003, *T.B.O.*, 2004, p. 85, note K. UYTTERHOEVEN, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1842, *Pas.*, 2003, p. 1579 ; Cass., 4 novembre 2004, *T.B.O.*, 2005, p. 70, note K. UYTTERHOEVEN, *Arr. Cass.*, 2004, p. 1749, *Pas.*, 2004, p. 1723.

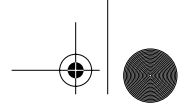
99. *M.B.*, 8 mai 1985.

100. Bruxelles, 10 janvier 2002, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2004, p. 1587.

101. Voy. à ce sujet P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 142.

102. Voy. entre autres J.F. HENROTTE, L.O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte. Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 139.





Quant aux honoraires, conformément au droit commun du contrat d'entreprise, leur détermination peut s'opérer *a posteriori*, un accord préalable sur leur montant ne constituant pas un élément essentiel de l'existence du contrat d'entreprise. Quel que soit le budget, mentionné ou non dans le contrat, les honoraires de l'architectes, lorsque ni leur montant ni leur mode de fixation ne sont établis dans la convention, seront fixés par l'architecte une fois la mission accomplie (*partijbeslissing*)<sup>103</sup>. Enfin, certains contrats d'architecture mentionnent toujours une référence à la norme déontologique n° 2, dans laquelle l'Ordre recommandait notamment, en tant que directive, des barèmes d'honoraires, en fonction de l'avancement de la mission de l'architecte et en cas de résiliation. Cette norme a cependant été considérée par la Commission européenne comme contraire au droit de la concurrence<sup>104</sup>. En outre, dans les contrats conclus avec les consommateurs, la clause constatant de manière irréfragable le consentement du client sur des clauses ou conditions dont il n'a pas pu prendre effectivement connaissance avant la conclusion du contrat, constituent des clauses abusives au sens de l'article 74, 3°, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur<sup>105</sup>. Tel serait ainsi le cas de la clause par laquelle serait constaté l'accord du maître de l'ouvrage sur la fixation des honoraires conformément à la norme déontologique n° 2, cette norme n'étant plus consultable suite à son retrait par l'Ordre des architectes<sup>106</sup>.

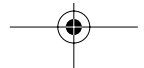
**13. Marchés à forfait et sujétions imprévues.** Il y a marché à forfait absolu ou à prix ferme lorsque l'entrepreneur prend l'engagement d'effectuer un travail défini pour un prix global et invariable fixé dès l'accord des volontés ou pour un prix unitaire par prestation avec indication des quantités

103. Voy. à ce sujet K. UYTTERHOEVEN, « De (objectief) essentiëlebestanddelen van eenarchitectenovereenkomst », note sous Cass., 4 novembre 2004, *T.B.O.*, 2005, p. 78

104. Décision de la Commission européenne du 24 juin 2004 ; voy. aussi la Décision n° 2008-P/K-45 du 25 juillet 2008 du Conseil de la concurrence concernant les honoraires recommandés pour les architectes d'intérieur.

105. Dans un arrêt du 6 avril 2011, la Cour constitutionnelle a jugé que l'inapplicabilité de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur sur la plupart des titulaires d'une profession libérale est contraire au principe d'égalité (C. C., n° 55/2011, 6 avril 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 861, *N.j.W.*, 2011, p. 298, note R. STEENNOT, *R.W.*, 2010-2011, p. 1494).

106. Pour une analyse de l'impact de la réglementation des clauses abusives sur certaines clauses habituelles des contrats conclus entre consommateurs et architectes, voy. entre autres B. SINDIC, « Contrat d'architecture et clauses abusives. Questions choisies à propos de la loi du 2 août 2002 », in I. DURANT et R. DE BRIEY (éd.), *L'exercice de la profession d'architecte*, coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 175-212.





nécessaires à la réalisation de l'ouvrage<sup>107 108</sup>. Le forfait absolu lie définitivement les parties contractantes qui ne peuvent s'écarter des plans et du forfait établis que de commun accord et, en matière immobilière, dans les formes de l'article 1793 du Code civil<sup>109</sup>.

L'entrepreneur assume, pour les travaux couverts par le forfait, les risques tenant à l'importance des travaux, à des difficultés imprévues d'exécution et aux fluctuations des coûts. Cette rigueur est cependant atténuée en présence de « sujétions imprévues ». Cette notion, consacrée en droit des marchés publics à l'article 16, § 2, du Cahier général des charges<sup>110</sup>, est timidement, mais certainement, appliquée de manière plus générale par les cours et tribunaux en droit privé de la construction. Ainsi, la cour d'appel de Liège, dans une affaire relative à la construction d'un immeuble à appartements et ayant donné lieu à un arrêt de rejet de la *Cour de cassation* du **5 décembre 2002** a-t-elle souverainement décidé au fond que les difficultés géologiques rencontrées par l'entrepreneur (découverte de blocs de roche et de pièces de pierre bleue, particulièrement importants) avaient constitué pour ce dernier des difficultés anormales et imprévues d'exécution auxquelles n'avaient pensé ni le bureau d'étude chargés des études du sol, ni les architectes, ni même le

**5**

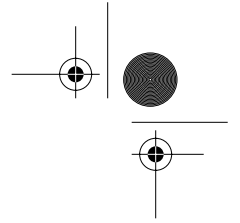
---

107. Cass., 16 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 663, *Arr. Cass.*, 1972, p. 672, *R.W.*, 1971-1972, p. 1879 ; Cass., 3 mai 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 811, *Arr. Cass.*, 1973, p. 839, *J.C.B.*, 1973, p. 364, note Y.D., *J.L.*, 1972-1973, p. 289, *J.T.*, 1973, p. 405, note A. FETTEWEIS, *J.T.T.*, 1973, p. 186, note L. DE WILDE, *R.W.*, 1973-1974, p. 651, *R.D.S.*, 1973, p. 110 ; Cass., 2 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 3 ; Cass., 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1222, *Arr. Cass.*, 1980, p. 1235, *Bull.*, 1980, p. 1222.

108. On admet cependant que l'existence d'une clause prévoyant l'adaptation du prix en fonction d'indicateurs économiques n'est pas inconciliable avec la nature d'un marché à forfait (Cass., 16 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 663, *Arr. Cass.*, 1972, p. 672, *R.W.*, 1971-1972, p. 1879).

109. Aux termes de l'article 1793 du Code civil, un architecte ou un entrepreneur, chargé de la construction à forfait d'un bâtiment d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, ne peut demander une augmentation du prix que si les modifications des travaux ont été autorisées par écrit et si le prix en a été convenu avec le propriétaire. Ce texte déroge au droit commun en tant qu'il impose aux parties le respect d'une formalité dans l'expression de leur volonté : l'accord du propriétaire doit être écrit.

110. L'article 16, § 2, du Cahier général des charges énonce que « l'adjudicataire n'a droit en principe à aucune modification des conditions contractuelles pour des circonstances quelconques auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger. Toutefois, l'adjudicataire peut soit pour demander une prolongation des délais d'exécution, soit lorsqu'il a subi un préjudice très important, pour demander la révision ou la résiliation du marché, se prévaloir de circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de l'offre ou de la conclusion du marché, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires ». Voy. à ce sujet M.A. FLAMME, P. MATHEI, P. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 2, 6<sup>e</sup> éd., 1997, pp. 364-366.



maître de l'ouvrage. Ces difficultés, dont l'ignorance ne pouvait en l'espèce être imputable à une faute de l'entrepreneur (qui s'était basé sur les indications qui lui étaient fournies par le bureau d'étude), faussaient l'économie du contrat d'entreprise et n'avaient pas été mises contractuellement à charge de l'entrepreneur, de sorte qu'il convenait de faire droit à sa demande d'indemnisation. Dans son arrêt, la Cour d'appel énonce qu'il n'est fait droit à la théorie des sujétions imprévues, qu'aux trois conditions cumulatives : « (i) que des difficultés imprévues, existant au moment de la formation du contrat, se manifestent au cours de l'exécution des travaux ; (ii) qu'elles soient de nature à remettre en cause la validité du contrat, le consentement de l'entrepreneur étant affecté d'une erreur substantielle ; (iii) que ces difficultés anormales ne soient pas contractuellement mises à charge de l'entrepreneur ». D'autres estiment au contraire qu'il n'est pas nécessaire de faire ainsi référence à la notion d'erreur substantielle viciant le consentement de l'entrepreneur : « les aléas assumés par l'entrepreneur dans les limites du forfait sont les aléas normaux et prévisibles, en sorte qu'il n'est pas obligé de supporter les « sujétions imprévues », à moins que le maître de l'ouvrage l'en instruisse et que les parties conviennent d'un supplément de prix non compris dans le forfait » <sup>111</sup>.

En toute hypothèse, l'on peut en conclure que la théorie des sujétions imprévues s'installe de manière durable en droit privé de la construction. Elle ne vise toutefois que les difficultés préexistantes au contrat ; elle se distingue en cela de la théorie de l'imprévision, laquelle concerne les événements et circonstances imprévisibles qui, s'ils bouleversent l'économie du contrat comme peuvent le faire les sujétions imprévues, naissent en revanche postérieurement à la formation du contrat. La théorie de l'imprévision n'est toujours pas admise par la jurisprudence belge <sup>112</sup> (sauf en matière de marchés publics <sup>113</sup>).

111. Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 811 et réf. citées.

112. Voy. p. ex. Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365 : « la règle de l'exécution de bonne foi n'implique pas que si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance ». Sur la théorie de l'imprévision, voy. entre autres D.M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986 ; S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 477 et s.

113. Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 803-806 ; M.A. FLAMME, P. MATHEI, P. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *op. cit.*, pp. 366-367.





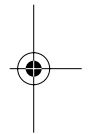
## SECTION 3

## Exécution du contrat d'entreprise

**14. L'intensité des obligations de l'entrepreneur (obligations de moyen et de résultat).** La question de l'intensité des obligations de l'entrepreneur de construction est restée discutée pendant longtemps. La majorité des auteurs considérait que, conformément aux principes fondamentaux de la théorie générale des obligations, l'entrepreneur n'était tenu que d'une obligation de moyen et qu'il appartenait par conséquent au maître de l'ouvrage de prouver la faute de ce dernier. Raisonnant sur la base de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 1961, rendu en matière de responsabilité décennale, qui semblait admettre qu'une faute est prouvée dès lors que le maître de l'ouvrage apporte la preuve d'un vice de construction ou d'un vice du sol, sauf pour l'entrepreneur à apporter l'ignorance invincible du vice, certains estimaient au contraire que le locateur d'industrie promettait un résultat. Suite à l'arrêt rendu par la *Cour de cassation* le **15 décembre 1995**<sup>114</sup> en matière de défauts graves, la preuve d'un vice de construction, exigé dès 1961 par la Cour de cassation, doit désormais s'entendre comme la preuve d'une faute dans les opérations de construction, qu'elles relèvent de la conception ou de l'exécution, et non seulement la seule preuve d'une dégradation<sup>115</sup>. Il revient donc au maître de l'ouvrage d'apporter la preuve d'une véritable faute dans le chef de l'entrepreneur ou en d'autres termes la preuve de l'imputabilité de la malfaçon à l'entrepreneur. Le fait que l'action soit fondée sur les articles 1792 et 2270 du Code civil (responsabilité décennale) n'y change rien.

Dans un arrêt du **5 décembre 2002**<sup>116</sup> (rendu en matière mobilière), la *Cour de cassation* a d'ailleurs confirmé que la détermination de l'intensité des obligations de l'entrepreneur devait être appréciée par le juge du fond conformément au droit commun. L'on rappelle que selon la distinction admise par la doctrine et la jurisprudence, l'obligation de résultat est celle en vertu de laquelle le débiteur est tenu de fournir un résultat donné, tandis que l'obligation de moyen est celle en vertu de laquelle le débiteur est tenu de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour aboutir au résultat recherché (c'est-à-dire est tenu d'agir comme un professionnel diligent et prudent, placé dans les mêmes

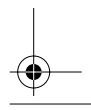
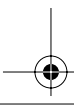
5



114. Cass., 15 décembre 1995, *Entr. ctdr.*, 1997, p. 177, conclusions J.-M. PIRET, obs. A. DELVAUX, *Arr. Cass.*, 1995, p. 1135, *Bull.*, 195, p. 1171, *J.L.M.B.*, 1996, p. 780, *Pas.*, 1995, I, p. 1171.

115. Voy. A. DELVAUX, B. DE COCQUEAU, F. POTTIER et R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 3.

116. Cass., 5 décembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2339, *J.L.M.B.*, 2003 p. 628, *R.W.*, 2005-2006, p. 420, note A. VAN OEVELEN, *R.G.D.C.*, 2004, p. 203, note W. GOOSSENS, *J.T.*, 2003, p. 228, *Arr. Cass.*, 2002, p. 2662, *R.G.A.R.*, 2004, 13938, *Dr. circ.*, 2003, p. 102.





circonstances, en vue de l'obtention du résultat). A défaut de disposition légale ou d'intention claire des parties, la jurisprudence recourt habituellement au critère de l'aléa pour déterminer l'intensité de l'obligation : si l'obtention du résultat ne dépend pas essentiellement du débiteur mais est au contraire sujette à l'interférence de nombreux aléas, on est en présence d'une obligation de moyen ; si en revanche l'obtention du résultat dépend essentiellement du débiteur, on est en présence d'une obligation de résultat<sup>117</sup>. Le critère de l'aléa fut ainsi explicitement retenu par le juge du fond pour qualifier de moyen l'obligation d'un entrepreneur (en matière fluviale), dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de rejet de la **Cour de cassation** du **18 janvier 2007**<sup>118</sup>.

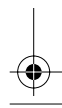
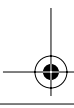
Si dans son arrêt précité du 15 décembre 1995, la Cour semble donc qualifier « de moyen », non « de résultat », l'obligation de l'entrepreneur de construire en respectant les règles de l'art et les documents contractuels, en présence de circonstances particulières, la qualification d'obligation de moyen peut parfois céder le pas devant celle de résultat.

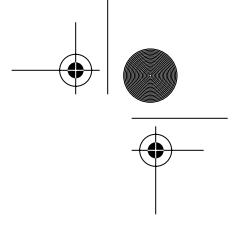
Celle-ci est par exemple retenue en ce qui concerne les obligations d'un promoteur immobilier. Cette solution est généralement déduite de l'observation que le promoteur est considéré comme étant un spécialiste chargé d'une mission globale de fournir à son client un bien immeuble, de la même manière que le ferait un vendeur. Le promoteur s'engage donc à fournir un résultat, c'est-à-dire un immeuble conforme au plan et au cahier des charges, dans le délai convenu avec son client ; il prend en charge les tâches et les risques qui reposent sur l'initiateur du projet immobilier<sup>119</sup> ; l'obligation de résultat concerne également l'absence de désordres postérieurement à la

117. Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 41. La jurisprudence recourt parfois à d'autres critères que celui de l'aléa, tel que celui du degré de spécialisation du débiteur, celui de l'aptitude respective des parties à apporter la preuve de l'inexécution ou encore celui du caractère grossier du manquement (voy. en ce sens B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations*, Liège, éd. Formation permanente CUP, vol. 27, 1998, p. 113 ; J. DEWEZ, « Responsabilité de l'entrepreneur : de l'obligation de résultat à l'obligation de moyen », note sous Comm. Mons, 17 avril 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 107).

118. Cass., 18 novembre 2007, *Resjur. imm.*, 2007, p. 27. Dans cette affaire, le juge du fond avait souverainement pu considérer que le cahier des charges imposant à l'entrepreneur de ne pas entraver la sécurité et la circulation des bateaux et de maintenir un mouillage minimum de trois mètres pendant la durée des travaux, consacrait une obligation de moyen et non de résultat « (...) étant donné que le maintien d'une profondeur navigable de trois mètres dans un fleuve susceptible de charrier des rochers et des pierres durant les travaux d'approfondissement nécessitant l'emploi d'excavatrices était nécessairement aléatoire ».

119. Voy. par exemple Liège, 26 mars 1997, *Entr. et dr.*, 1998 p. 263 ; Gand, 1<sup>er</sup> mars 1984, *Resjur. imm.*, 1984, p. 331, note G. BAERT.



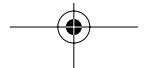


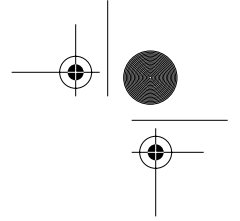
livraison de l'immeuble <sup>120</sup>. Cette solution vaut indépendamment de la qualification contractuelle retenue <sup>121</sup>. Bref, l'opération se caractérise, aux yeux de la jurisprudence, par l'absence d'aléa quant au résultat à atteindre <sup>122</sup>.

De même, la jurisprudence fait-elle fréquemment reposer sur l'entrepreneur une obligation de résultat lorsque le désordre est causé, non par une faute dans l'opération de construction, mais par des matériaux employés ou l'inadaptation des matériaux au sol <sup>123</sup>, ou encore en présence d'un entrepreneur spécialisé <sup>124</sup>. Enfin, l'on rappelle que les deux types d'obligations

5

120. Voy. par exemple Mons, 11 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1294, *Rev. Expert*, 1995, p. 38.
121. Voy. B. LOUVEAUX, « De quelques aspects civils du contrat de promotion (hors loi Breynne) », *Jurim pratique*, 2008, pp. 101 et s., spéc. p. 104.
122. Voy. entre autres Civ. Gand, 11 avril 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 1185 ; Bruxelles, 2 octobre 2002, *Resjur. imm.*, 2003, p. 219 ; Mons, 11 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1294, *Rev. Expert*, 1995, p. 38 ; Bruxelles, 14 janvier 1993, *Entr. et dr.*, 1993, p. 136 ; Bruxelles, 22 avril 1988, *Entr. et dr.*, 1990, p. 86 ; Mons, 11 février 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 542 ; Bruxelles, 8 avril 1992, *Entr. et dr.*, 1994, p. 54 ; Bruxelles, 26 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1992, p. 364, note P.H. ; Liège, 26 mars 1997, *Entr. et dr.*, 1998, p. 263. Voy. également dans ce sens entre autres K. UYTTERHOEVEN, « De promotieovereenkomst », in K. DEKETELAERE, M. SCHOUPE et A. VERBEKE, *Handboek Bouwrecht*, Bruges et Anvers, die Keure et Intersentia, 2004, p. 491 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 104 ; A. DELVAUX et P. HENRY, « Les particularités de la promotion », *Act. dr.*, 1991, p. 1244 ; B. KOHL, « Le promoteur », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2009, IV.4.1., n° 3.28-3.30.
123. Voy. A. DELVAUX, « Le régime de la responsabilité décennale », *Act. dr.*, 1992, p. 327 ; Y. HANNEQUART, « Réflexions générales », *Act. dr.*, 1992, pp. 442-447 ; A. DELVAUX, B. DE COCQUEAU, F. POTTIER et R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 6-8 ; voy. par exemple Comm. Turnhout, 9 janvier 1986, *Entr. et dr.*, 1986, p. 173 ; Mons, 28 juin 1995, *Entr. et dr.*, 1997, p. 156, note J. EMBRECHTS ; Anvers, 26 janvier 2009, *T.B.O.*, 2009, p. 225 ; Bruxelles, 9 novembre 2004, *R.W.*, 2007-2008, p. 152 ; Liège 11 juin 2007, *Entr. et dr.*, 2008, p. 242, note B. VANLIERDE ; Comm. Hasselt, 16 mars 2004, *R.W.*, 2006-2007, p. 107. Dans cette dernière décision, le tribunal estime que la simple démonstration que le vice du matériau ne pouvait être découvert qu'après un examen scientifique sophistiqué ou en laboratoire n'est pas suffisante pour établir l'ignorance invincible de l'entrepreneur. La jurisprudence majoritaire tend cependant à admettre l'exonération de l'entrepreneur dans ce cas (voy. Anvers, 26 janvier 2009, *T.B.O.*, 2008, p. 225 ; Liège 11 juin 2007, *Entr. et dr.*, 2008, p. 242, note B. VANLIERDE ; Anvers, 9 octobre 1990, *Entr. et dr.*, 1997, p. 162, note J. EMBRECHTS ; Anvers, 22 décembre 1992, *Entr. et dr.*, 1998, p. 35 ; Gand, 26 janvier 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 49 ; Liège, 30 septembre 2010, RG 2009/1513, *inédit* (Juridat n° 20100930-12) ; dans son arrêt, la Cour d'appel de Liège précise que « le caractère indécélable s'apprécie en fonction des compétences particulières de l'entrepreneur, de sa spécialisation éventuelle ; (en l'espèce), ce vice non seulement n'était pas apparent mais n'était pas décelable par des moyens d'investigation simples et raisonnables, n'étant apparu qu'après réalisation d'un carottage suivi d'une analyse chimique de la composition du béton »).
124. Voy. les nombreux exemples cités par M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000)*, Coll. Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 125-127. Dans ce contexte, le tribunal de commerce de Mons, dans





(moyen et résultat) se retrouvent fréquemment combinées dans un même contrat : « en fait, l'entrepreneur et l'architecte sont engagés dans un faisceau d'obligations concrètes de moyen et de résultat »<sup>125</sup>.

### 15. L'obligation d'information de l'architecte et de l'entrepreneur.

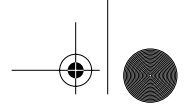
La jurisprudence a progressivement mis à charge de l'entrepreneur professionnel un véritable devoir de conseil envers le maître de l'ouvrage<sup>126</sup>, devoir d'autant plus rigoureux qu'il aura la qualité de spécialiste et que le maître de l'ouvrage sera un profane. L'architecte est également tenu d'un devoir de conseil. Ce devoir de conseil et d'assistance « (...) est de mise du début à la fin et dans toutes les facettes de la mission architecturale : lors de l'examen de la situation des lieux, lors des travaux de conception, dans le respect du programme et du budget précisés par le maître de l'ouvrage, dans le choix des techniques et des entrepreneurs, dans le contrôle des travaux, lors des réception des ouvrages, etc. »<sup>127</sup>.

Le devoir de conseil de l'architecte porte également, dans une certaine mesure, sur certains aspects juridiques du projet immobilier. Ainsi, dans un arrêt du **9 juin 1997**<sup>128</sup>, la *Cour de cassation* a souligné que le devoir d'assister le maître de l'ouvrage dans le choix de l'entrepreneur, qui trouve sa source dans l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte et qui est spécialement prescrit à l'architecte par l'article 22 du règlement de déontologie, s'accomplit, notamment, « (...) en rendant le maître de l'ouvrage attentif aux garanties que doit offrir

un jugement du 17 avril 2008, ajoute un élément temporel au raisonnement, en considérant que l'intensité de l'obligation de l'entrepreneur spécialiste, tenu *a priori* d'une obligation de résultat (en l'espèce une entreprise de chauffage), maximale en cours des travaux ou à l'issue de ceux-ci, diminue cependant avec le temps, la maîtrise de l'entrepreneur diminuant en raison de l'intervention de facteurs étrangers ; en d'autres termes, l'écoulement du temps joue en faveur de l'entrepreneur, puisque qu'après un certain laps de temps, le maître de l'ouvrage, face un défaut à l'origine inconnue, ne bénéficiera plus de la présomption de faute de l'entrepreneur qui reposait sur ce dernier à l'issue des travaux (Comm. Mons, 17 avril 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 103, note J. DEWEZ).

125. A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, Coll. Rép. not., Tome IX, Livre VIII, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 148. Selon M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, à l'analyse de la jurisprudence, les décisions constatant des obligations de moyen dans le chef des entrepreneurs et architectes sont en réalité de moins en moins nombreuses (M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1999-2000)*, Coll. Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 128).
126. Voy. entre autres A. DELVAUX, B. DE COCQUEAU, F. POTTIER et R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 15-17.
127. *Id.*, p. 132.
128. Cass., 9 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1279, note B. LOUVEAUX, *Arr. Cass.*, 1997, p. 625, *Bull.*, 1997, I, p. 649, *J.T.*, 1998, p. 3, *J.T.T.*, 1997, p. 494, *Pas.*, 1997, I, p. 649, *R.W.*, 1997-1998, p. 876 (et err. p. 1000), *Chron. D.S.*, 1997, p. 587.





l'entrepreneur ; (...) il s'ensuit que le devoir de conseil et d'assistance de l'architecte l'oblige à informer le maître de l'ouvrage de la réglementation concernant l'enregistrement des entrepreneurs et des conséquences qui peuvent en résulter, et à vérifier l'enregistrement de l'entrepreneur lors de la conclusion du contrat d'entreprise et au cours de l'exécution de celui-ci »<sup>129 130</sup>.

S'appuyant explicitement sur cette décision, la cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 19 avril 2005, avait décidé que l'article 22 du règlement de déontologie imposait également à l'architecte d'avertir le pouvoir adjudicateur des conséquences possibles du non-respect par ce dernier de la réglementation relative aux marchés publics. Dans son arrêt du **23 février 2007**<sup>131</sup>, la **Cour de cassation** refuse de casser cet arrêt, par lequel l'architecte était condamné à garantir le pouvoir adjudicateur à concurrence des montants auxquels ce dernier serait condamné à l'égard de l'entreprise soumissionnaire irrégulièrement évincée : la Cour constate en effet que le juge du fond avait bien apprécié *in concreto* le manquement contractuel de l'architecte. Enfin, pour être complet, l'on signale que la jurisprudence met également à charge de l'architecte un devoir de conseil d'ordre juridique à propos de la réglementation relative à l'urbanisme et à l'aménagement du territoire, à la

129. Le régime de la responsabilité solidaire des entrepreneurs non enregistrés a été profondément modifié par le législateur suite à la condamnation de la Belgique par un arrêt du 9 novembre 2006 de la Cour de Justice des Communautés Européennes (*J.L.M.B.*, 2007, p. 172, note B. KOHL, *J.T. dr. eur.*, 2007, p. 14, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, I, 10653, conclusions A. TIZZANO, *T.B.O.*, 2007, p. 131, note I. MASSIN, *T.F.R.*, 2007, p. 312). La procédure d'enregistrement est dorénavant volontaire, pour tous les travaux immobiliers. D'autre part, tout commettant d'un entrepreneur, qu'il soit enregistré ou non, est invité à consulter la nouvelle banque de données permettant de vérifier que l'entrepreneur n'est pas débiteur à l'égard des administrations fiscale ou sociale (voy. les articles 400, 401, 403, 404 et 406 du Code des impôts sur les revenus 1992 ainsi que l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs). Partant, le devoir de conseil de l'architecte porte désormais sur la nécessaire consultation par le maître de l'ouvrage de ladite banque de données.
130. La Cour de cassation s'appuyant sur l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 20 février 1939 pour asseoir le devoir de conseil de l'architecte à propos de la réglementation concernant l'enregistrement des entrepreneurs, la question de la validité d'une clause déchargeant l'architecte de cette obligation de conseil est controversée, en raison du caractère d'ordre public de cette disposition (voy. *pro* J.F. HENROTTE, L.O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte. Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 243 ; *contra* : M. CLAVIE, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur. Commentaires de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 328).
131. Cass., 23 février 2007, *Entr. et dr.*, 2007, p. 189, *Entr. et dr.*, 2008, p. 350, *Arr. Cass.*, 2007, p. 454, *Pas.*, 2007, p. 400, *R.W.*, 2008-2009, p. 669, note M. GELDERS, *R.G.D.C.*, 2008, p. 570, *T.B.O.*, 2007, p. 175.





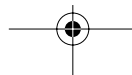
construction d'habitations (loi Breyne), aux aides publiques ou à la T.V.A.<sup>132</sup>.

Le devoir de conseil qui repose sur l'entrepreneur s'applique non seulement à l'égard du maître de l'ouvrage, mais également envers les autres intervenants à l'acte de construire. Dans ce cas, le fondement de l'obligation d'information ne réside plus dans le contrat d'entreprise (de manière explicite ou implicite, conformément à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil), mais dans le devoir général de prudence et de prévoyance qui s'impose à tous en application de l'article 1382 du Code civil (responsabilité extra-contractuelle). En cas de manquement à ce devoir, l'on se trouve dans une situation dite de « coexistence » des responsabilités : la victime lésée – en l'espèce les autres entrepreneurs – n'obtiendront gain de cause qu'en démontrant que l'auteur du fait dommageable – un autre intervenant à l'acte de construire (architecte ou entrepreneur) – n'exécutant pas son obligation contractuelle, a, dans le même temps, méconnu le devoir général de prudence qui s'impose à tous indépendamment de tout contrat. Ce principe a été définitivement posé par un arrêt de principe de la **Cour de cassation du 20 juin 1997**<sup>133</sup>, rendu dans un litige de droit de la construction. En l'espèce, l'entrepreneur s'était contractuellement engagé envers le maître de l'ouvrage à recouvrir immédiatement les zones démantelées à la suite de travaux, et, en toute hypothèse, à prendre les mesures nécessaires en vue d'éviter toutes infiltrations d'eau ; suite au manquement de l'entrepreneur et à l'infiltration d'eau, d'autres entrepreneurs avaient subi un préjudice. La Cour d'appel avait retenu la responsabilité extracontractuelle du premier à leur égard, dans la mesure où le manquement à l'obligation contractuelle constituait aussi la violation d'une obligation générale de prudence. L'entrepreneur faisait valoir, dans son pourvoi, que la Cour d'appel aurait dû, pour pouvoir le condamner sur la base de l'article 1382 du Code civil, examiner *in concreto* en quoi, indépendamment du contrat, ledit manquement constituait aussi un défaut de prudence. La Cour de cassation rejette cette approche : si les prétentions du tiers victime doivent certes se fonder sur une source juridiquement distincte du contrat, les mêmes faits peuvent parfaitement recevoir une qualification différente : « faute contractuelle à l'égard du cocontractant, faute délictuelle à l'égard des tiers »<sup>134</sup>.

132. Voy. J.F. HENROTTE, L.O. HENROTTE et B. DEVOS, *op. cit.*, pp. 241-248.

133. Voy. Cass., 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 708, *R.W.*, 1998-1999, p. 435, *Arr. Cass.*, 1997, p. 673, *Bull.*, 1997, p. 708, *Dr. circ.*, 1998, p. 81.

134. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 1 : Le fait générateur et le lien causal*, coll. Dossiers du J.T., n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 479.





L'obligation d'information envers les autres intervenants au projet immobilier était également au centre du litige ayant donné lieu à l'arrêt de la **Cour de cassation** du **29 novembre 2007**<sup>135</sup>. Dans cette affaire, l'un des entrepreneurs s'était écarté du projet architectural et avait conçu et réalisé une construction métallique qui était incomplète et incapable de supporter directement toutes les charges prévues, en particulier les murs à l'étage. Plus précisément, il avait modifié fondamentalement le projet et l'avait réalisé sans en avertir les autres entrepreneurs. Par contre, les architectes, qui avaient l'obligation de vérifier le plan d'exécution du constructeur de la charpente métallique (cette vérification étant d'autant plus indispensable qu'elle avait directement trait à la stabilité) avaient remarqué la modification effectuée par la l'entrepreneur, mais n'y avaient pas vu pas d'inconvénient « au motif qu'ils avaient confiance en la compétence de l'équipe technique (de l'entrepreneur) ». Le juge du fond, estimant cependant que la faute de l'entrepreneur était bien plus grave que celle des architectes, avait mis à charge du premier 75 % de la responsabilité, les 25 % restant à charge des architectes. Dans son pourvoi, l'entrepreneur contestait cette répartition des responsabilités, en avançant qu'en cas d'entreprise par lots séparés (ou adjudication scindée), la mission de coordination reposant sur les architectes aurait pour conséquence que ceux-ci seraient les seules personnes tenues de communiquer aux entrepreneurs les modifications apportées éventuellement par un entrepreneur aux plans d'exécution que les architectes auraient remarquées, sans que l'entrepreneur ayant ainsi modifié les plans d'exécution doive le faire. Dans son arrêt du 29 novembre 2007, la Cour rejette le pourvoi, en précisant que cette mission de coordination « spéciale » « (...) n'exclut pas qu'un entrepreneur qui s'écarte fondamentalement des projets réguliers de l'architecte, soit tenu, en vertu de ses obligations contractuelles à l'égard de son cocontractant ou en vertu de la norme générale de prudence à laquelle il est soumis, d'informer les autres entrepreneurs impliqués de cette modification de sorte que ceux-ci puissent convenablement évaluer les conséquences de cette modification et prendre les mesures appropriées ».

**16. La réception de travaux : aspects formels.** La réception est l'acte juridique unilatéral<sup>136</sup> par lequel le maître constate l'achèvement des ouvrages ainsi que leur conformité à ce qui avait été commandé et reconnaît, après vérification, que l'exécution des travaux a été apparemment correcte ; la réception a donc pour effet l'agrément des travaux. Bien que le Code civil ne

---

135. Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2143, *T.B.O.*, 2008, p. 33, *T.B.O.*, 2009, p. 25.

136. La réception est donc susceptible d'être entachée d'un vice de consentement (voy. par exemple Liège, 22 février 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1276, note R. DE BRIEY, *Resjur. imm.*, 1989, p. 27).



lui impose pas expressément une telle obligation, le maître de l'ouvrage a le devoir d'assurer la réception des travaux.

La réception peut être expresse, c'est-à-dire constatée dans un écrit (nommé « procès-verbal » par les praticiens) sans que l'utilisation de formules sacramentelles soit requise, ou tacite, c'est-à-dire résulter d'actes qui ne s'expliqueraient pas si le maître n'avait eu la volonté d'agréer les travaux. Ainsi, peuvent constituer une réception tacite, le paiement du prix sans réserves<sup>137</sup> ou encore la prise de réception sans contestation et la mise en service de l'ouvrage sans réserve<sup>138</sup>. Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la **Cour de cassation du 26 octobre 2006**<sup>139</sup>, le maître de l'ouvrage avait payé sans réserves la facture adressée par l'entrepreneur, alors que les travaux (liés au nettoyage d'un parc) n'avaient pas été réalisés sur plus des trois quarts de la superficie prévue. Selon l'entrepreneur, dès l'instant où le maître de l'ouvrage avait payé sans réserve aucune l'ensemble des factures, ce dernier ne pouvait plus prétendre que tout ou partie des travaux n'auraient pas été réalisés ou auraient été mal exécutés. Le juge du fond n'avait toutefois pas fait droit à cette thèse, en considérant que « si des travaux mal ou incomplètement exécutés peuvent faire l'objet d'une réception tacite, (...), en revanche, il ne peut en être de même de travaux qui en l'espèce n'ont pas été réalisés ». Dans son arrêt, la Cour de cassation rappelle que l'appréciation de l'existence d'une réception tacite procède d'un examen en fait des circonstances de la cause par le juge du fond, de sorte que ce dernier a légitimement pu, en l'espèce, dénier au paiement fait sans réserves le caractère de réception tacite et, partant, faire droit à la demande du maître de l'ouvrage fondée sur l'enrichissement sans cause. En effet, si la réception peut être tacite, le juge doit néanmoins pouvoir déduire des circonstances le caractère certain de celle-ci, le comportement du maître de l'ouvrage devant témoigner de sa volonté d'agréer les travaux.

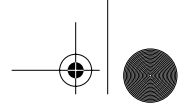
Cet arrêt illustre la différence relevée par P.A. Foriersentre l'agrégation tacite par l'acquéreur et la réception tacite par le maître de l'ouvrage. Si, dans la vente, l'agrégation se traduit par le simple défaut de protestation de l'acheteur lors de la délivrance ou à bref délai après celle-ci, de sorte que la sauvegarde du recours de l'acheteur suppose en principe une désagrégation expresse de sa part (mentionnant les griefs de l'acheteur), en revanche, en matière de contrat d'entreprise, « les tribunaux recherchent (...) *in concreto*, dans chaque

137. Liège, 4 octobre 1977, *J.L.*, 1977-1978, p. 137 ; Mons, 17 janvier 1984, *R.R.D.*, 1984, p. 272 ; Bruxelles, 22 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1476, note J. HENROTTE.

138. Bruxelles, 20 novembre 1979, *J.T.*, 1980, p. 297.

139. Cass., 26 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2167.





cas, si le maître a entendu agréer. Le phénomène est spécialement marqué en matière d'entreprise de construction »<sup>140</sup>.

**17. Effets de la réception provisoire et de la réception définitive.** En matière de construction immobilière, la pratique a consacré l'usage d'une double réception<sup>141</sup>, procédé initialement consacré par le Cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics (art. 12 et 27)<sup>142</sup>, et confirmé ensuite en matière de construction de logements par la loi Breyne du 9 juillet 1971 (art. 9). La doctrine majoritaire<sup>143</sup>, dont la position a été consacrée par la Cour de cassation<sup>144</sup>, lui reconnaît respectivement les effets suivants. La réception provisoire a pour seuls buts de constater l'achèvement des travaux (ou un certain degré d'achèvement des travaux) et de faire courir le délai pendant lequel le maître de l'ouvrage pourra procéder à une vérification approfondie desdits travaux. La réception définitive, quant à elle, est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage reconnaît la bonne exécution par son cocontractant de ses obligations. Seule la réception définitive vaut donc agrégation et, partant, constitue le point de départ de la responsabilité décennale<sup>145</sup>. Les règles ainsi énoncées par la Cour de cassation sont cependant supplétives. Il est donc tout à fait permis – et fréquent – pour les parties de définir autrement la portée des deux phases de la réception, et ainsi de convenir que l'agrégation des travaux se fera lors de la réception provisoire.

Dans un **arrêt du 21 septembre 2007**<sup>146</sup> rendu en matière d'exécution de marchés publics, la **Cour de cassation** a eu l'occasion de se pencher tant sur

5

140. P.A. FORIERS, « Décharge, réception, quittance », in L. CORNELIS et P. VAN OMMESLAGHE (éd.), *La fin du contrat*, Bruxelles, éd. ABJE et Jeune Barreau de Bruxelles, p. 124.

141. Le contrat peut toutefois prévoir une réception unique.

142. Annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (*Moniteur belge*, 18 octobre 1996).

143. Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence : Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, pp. 798-801, n° 180 et réf. citées.

144. Voy. Cass., 4 mars 1977, *J.T.*, 1978, p. 206, *Pas.*, 1977, I, p. 721, obs. ; Cass., 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1222, *Arr. Cass.*, 1980, p. 1235, *Bull.*, 1980, p. 1222 ; Cass., 24 février 1983, *J.T.*, 1983, p. 575, *Entr. et Dr.*, 1983, p. 221, *Arr. Cass.*, 1982-1983, p. 808, *Bull.*, 1983, p. 716, *Pas.*, 1983, I, p. 716, *R.C.J.B.*, 1985, p. 400, note J. HERBOTS, *R.W.*, 1983-1984, p. 164, *Resjur. imm.*, 1984, p. 105, *Rev. not. b.*, 1983, p. 315. Voy. à ce sujet, e.a., J. HERBOTS, « La charnière chronologique des responsabilités des entrepreneurs, architectes et promoteurs », *R.C.J.B.*, 1985, pp. 404 et s.

145. Cette position est toutefois contestée par une doctrine minoritaire (voy. spécialement M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le droit des constructeurs*, Bruxelles, L'entreprise et le droit, 1984, pp. 109-110).

146. Cass., 21 septembre 2007, *Entr. et dr.*, 2010, p. 417, note K. TOBBACK et C. GOETHALS, *Arr. Cass.*, 2007, p. 1711, conclusions T. WERQUIN, *T.B.O.*, 2009, p. 137.



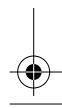
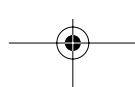
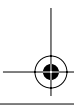


les aspects formels de la réception des travaux que sur les effets de celle-ci. La Cour refuse de casser un arrêt de la Cour d'appel de Liège qui avait constaté que le procès-verbal de réception provisoire avait mentionné une date conventionnelle antérieure pour l'achèvement de travaux, le procès-verbal précisant que cette date était celle « (...) à partir de laquelle court le délai de garantie des deux ans stipulé pour la réception définitive »<sup>147</sup>. L'article 43 § 2, alinéa 4 du Cahier général des charges précise en effet que « l'ouvrage qui est trouvé en état de réception provisoire est présumé, jusqu'à preuve du contraire, l'avoir été à la date fixée pour son achèvement ou, (lorsque l'ouvrage est terminé avant ou après cette date), à la date d'achèvement réel qu'a indiquée l'entrepreneur dans sa lettre recommandée ». La date de la réception provisoire est importante pour l'entrepreneur, puisque, dans les chantiers soumis au Cahier général des charges, elle constitue le point de départ de la responsabilité décennale, sans qu'aucune mention particulière soit nécessaire à cet effet<sup>148</sup>. Pour ce motif, il est légitime que lorsque l'administration tarde fautivement à procéder à la réception provisoire, elle soit tenue, au besoin par jugement, de faire rétroagir celle-ci à la date où les travaux étaient réellement en état d'être reçus<sup>149</sup>. En l'espèce cependant, l'entrepreneur avait négligé, une fois les travaux achevés, de notifier ce fait au pouvoir adjudicateur par lettre recommandée et de demander par la même occasion, conformément à l'article 43, § 2, alinéa 2, du Cahier général des charges, à ce qu'il soit procédé à la réception provisoire (la date de l'achèvement réel indiquée dans la lettre entraînant la présomption de ce que l'entrepreneur était en état de réception provisoire). Malgré cette carence, la Cour de cassation a confirmé que le juge du fond pouvait valablement déduire des mentions du procès-verbal de réception provisoire, dressé bien plus tard, que les travaux s'étaient effectivement achevés à une date antérieure. En d'autres termes, la Cour de cassation semble ne pas rendre nécessaire la formalité de la lettre recommandée pour permettre à l'entrepreneur de prétendre à la présomption précitée, lorsque ce dernier rapporte la preuve par d'autres voies (telle une mention dans le procès-verbal ultérieur) de ce les travaux étaient

147. L'arrêt se fonde sur les dispositions du Cahier général des charges tel qu'il se présentait dans sa version de 1977. Les dispositions pertinentes n'ont pas été substantiellement modifiées dans la version actuelle (1996) du Cahier général des charges.

148. Voy. l'article 41, alinéa 2, du Cahier général des charges : « À partir de la réception provisoire et sans préjudice des dispositions de l'article 39, relatives à ses obligations pendant le délai de garantie, l'entrepreneur répond de la solidité de l'ouvrage et de la bonne exécution des travaux conformément aux articles 1792 et 2270 du Code civil ».

149. Voy. M.A. FLAMME, P. MATHEI, P. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 2, 6<sup>e</sup> éd., 1997, p. 721.





achevés à cette date<sup>150 151</sup>. Notons enfin que, dans les marchés privés également, il n'est pas rare que, le maître de l'ouvrage ayant tardé ou refusé de recevoir provisoirement les travaux – et donc de les agréer, si cet effet était prévu par la convention –, le juge se prononce, le cas échéant avec l'aide d'un expert judiciaire, sur la date – antérieure – à laquelle l'immeuble était en état d'être réceptionné, et fixe à cette date le point de départ de la responsabilité décennale<sup>152</sup>.

Par ailleurs, en application du principe de l'effet relatif des conventions (article 1165 du Code civil), la dérogation contractuelle habituelle aux effets respectifs des réceptions provisoire et définitive – c'est-à-dire la fixation de l'effet d'agrément des travaux à la réception provisoire de ceux-ci –, d'une part ne s'impose qu'aux parties contractantes et, d'autre part, ne profite pas aux tiers. La **Cour de cassation** a eu l'occasion de rappeler ce principe dans un arrêt du **22 octobre 1999**<sup>153</sup>. Dans cette affaire, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur avaient convenu, par une clause du contrat d'entreprise, de faire remonter à la réception provisoire le point de départ de la responsabilité décennale. L'architecte, dont la responsabilité décennale était recherchée par le maître de l'ouvrage, prétendait pouvoir bénéficier de la clause précitée. La Cour de cassation rejette à bon droit le pourvoi : le fait que le devoir de contrôle de l'architecte suppose que ce dernier doit prendre en compte les clauses et conditions du contrat d'entreprise n'entraîne pas pour autant qu'il devienne partie à ce contrat et, partant, ne lui permet pas (sauf stipulation pour autrui) de prétendre à l'effet d'agrément de la réception provisoire prévu par ce contrat.

**5**

---

150. Voy. K. TOBBACK et C. GOETHALS, « Aanvang van de verjaringstermijn van de vordering op grond van de tienjarige aansprakelijkheid bij een overheidsopdrachtvooraaneming van werken », note sous Cass., 21 septembre 2007, *Entr. et dr.*, 2010, p. 420.

151. En effet, dans la mesure où en matière de marchés publics, le point de départ de la réception décennale coïncide avec le délai d'épreuve et de garantie s'écoulant entre la réception provisoire et la réception définitive, il était difficilement concevable, selon la Cour d'appel, de faire naître le délai décennal à la date du procès-verbal de réception provisoire, dans la mesure où celui-ci fixait une date antérieure pour la prise de cours du délai de garantie prévu par le Cahier Général des Charges courant jusqu'à la réception définitive. Comme l'expliquait l'avocat général T. WERQUIN dans ses conclusions, « (...) l'existence d'une réception ne peut être confondue avec sa prise d'effet. Dès lors qu'elle a pour objet premier de constater l'achèvement des travaux, elle doit prendre effet à dater du jour où l'achèvement a été matériellement réalisé conformément (au Cahier général des charges), ce jour servant de point de départ de la responsabilité décennale pour la réception provisoire et de déchéance du délai de garantie pour la réception définitive ».

152. Voy. par exemple Civ. Dendermonde, 26 avril 1968, *Entr. et dr.*, 1972, p. 12, note R. MOORS ; Comm. Bruxelles, 25 février 1975, *R.D.C.*, 1975, p. 320.

153. Cass., 22 octobre 1999, *REDRIM*, 2000, p. 199, note K. TROCH, *Resjur. imm.*, 2001, p. 24, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1324, *Bull.*, 1999, p. 1379, *R.W.*, 2001-2002, p. 1461.





## SECTION 4

**Responsabilité de droit commun de l'entrepreneur  
après la réception des travaux**

**18. Responsabilité de l'entrepreneur pour vices cachés véniels. Rappel des principes.** La réception définitive – ou la réception provisoire, lorsque les parties lui ont attaché un effet d'agrément – libère l'entrepreneur de la responsabilité des vices apparents sauf s'il s'agit de vices susceptibles de mettre en œuvre la responsabilité décennale visée aux articles 1792 et 2270 du Code civil ; dans son arrêt du 18 novembre 1983, la Cour de cassation énonce ainsi que « (...) suivant le droit commun en matière de contrat, la réception de l'ouvrage exécuté par l'entrepreneur, et la livraison et l'agrément de celui-ci par le maître de l'ouvrage signifient en principe qu'en ce qui concerne les obligations de l'entrepreneur, la convention a sorti ses effets – sauf exceptions pour les vices cachés ou le dol –, de sorte que l'entrepreneur a satisfait à ses obligations et qu'ensuite, il est déchargé de toute responsabilité pour l'ouvrage qu'il a construit »<sup>154</sup>. Dès 1975, la **Cour de cassation** avait déclaré qu'après la réception des travaux, l'entrepreneur demeure responsable des vices cachés même si ceux-ci ne mettent pas en péril la solidité de l'ouvrage<sup>155</sup>. Elle a depuis lors rappelé ce principe à de multiples reprises, et notamment dans un arrêt du **15 septembre 1994**<sup>156</sup>. Ceci s'explique par le fait qu'on ne peut considérer qu'un maître de l'ouvrage puisse renoncer à invoquer des vices dont il ignore l'existence en raison de leur caractère caché. L'entrepreneur reste donc tenu des vices cachés véniels nonobstant l'agrément des travaux<sup>157</sup>.

154. Cass., 18 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 303, *J.T.*, 1984, p. 549, *R.W.*, 1984-1985, p. 47, note G. BAERT, *Arr. Cass.*, 1983, p. 323, *Bull.*, 1984, p. 303.

155. Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, I, p. 708, *Arr. Cass.*, 1975, p. 783, *T. Aann.*, 1977, p. 302 ; Cass., 18 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 303, *J.T.*, 1984, p. 549, *R.W.*, 1984-1985, p. 47, note G. BAERT, *Arr. Cass.*, 1983, p. 323, *Bull.*, 1984, p. 303 ; Cass., 25 octobre 1985, *J.T.*, 1986, p. 438, *Entr. etdr.*, 1986, p. 204, note J. EMBRECHTS, *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 270, *Bull.*, 1986, p. 226, *Pas.*, 1986, I, p. 226, *R.W.*, 1988-1989, p. 670, note C. VAN SCHOUBROECK ; Cass., 18 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1125, *Arr. Cass.*, 1986-1987, p. 1250, *Bull.*, 1987, p. 1125, *R.W.*, 1988-1989, p. 1124.

156. Cass., 15 septembre 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 454, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1068, obs. B. LOUVEAUX, *J.T.*, 1995, p. 68, *R. Cass.*, 1995, p. 31, note G. BAERT, *R.G.A.R.*, 1995, 12471, *Arr. Cass.*, 1994, p. 748, *Bull.*, 1994, p. 730, *Pas.*, 1994, I, p. 730.

157. Par un arrêt du 12 janvier 1995 (*Pas.*, 1995, I, p. 35, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 8, note J. VANBELLE, *Arr. Cass.*, 1995, p. 35, *Bull.*, 1995, p. 35), la Cour de cassation casse une décision qui, tout en relevant que l'absence de drain périphérique entraînant l'humidité (alors qu'il en aurait fallu un et que l'entrepreneur le savait ou aurait dû le savoir) était un vice caché entraînant la responsabilité de l'entrepreneur, avait dans le même temps considéré comme dénuée de pertinence la circonstance que le maître de l'ouvrage connaissait l'absence de drain, à tout le moins lors de la réception définitive. En effet, un vice ne peut être considéré comme étant « caché » s'il était





**19. Responsabilité de l'entrepreneur pour vices cachés véniels. Délai utile.** L'action en responsabilité contractuelle à raison des vices cachés véniels est une action personnelle. Elle se prescrit, en application de l'article 2262*bis* du Code civil, dans un délai ultime de dix ans à compter de l'agrément. Une fois le défaut apparu, le maître de l'ouvrage ne peut rester passif : l'action est en effet soumise à un délai « de procédure ». À cet égard, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 8 avril 1988, que ne s'appliquait pas, par analogie, l'article 1648 du Code civil relatif au contrat de vente (lequel oblige l'acheteur à agir « à bref délai ») : en matière de contrat d'entreprise, l'action doit être intentée « en temps utile » à partir de la découverte du vice <sup>158</sup>.

Au-delà du vocabulaire employé, le régime présente donc des similitudes avec le droit de la vente. Nous partageons à cet égard l'opinion de P.A. Foriers : « (...) la seule nuance entre les deux régimes apparaît comme assez théorique (...). Certes, en matière d'entreprise, la Cour de cassation ne fait pas allusion à l'idée de « bref délai », mais à celle de « temps utile », mais au-delà de ces divergences de vocabulaire, l'idée de base est la même. Il faut que l'on ne puisse induire de l'absence de protestation ou d'action du maître de l'ouvrage qu'il aurait agréé le défaut » <sup>159</sup>. L'appréciation du délai au-delà duquel il pourra être considéré que le maître de l'ouvrage a tacitement agréé le défaut relève de l'appréciation souveraine du juge du fond, au regard des circonstances particulières à chaque cause <sup>160</sup>.

La détermination du point de départ de ce délai « utile » pose question en présence de relations de sous-traitance ou de ventes successives de l'immeuble.

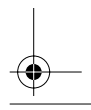
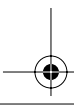
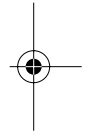
---

décelable et, *a fortiori*, s'il était connu par le maître de l'ouvrage lors de la réception-agrément. En l'espèce cependant, la cassation de la décision – logique en raison de la contradiction des motifs –, ne devrait finalement avoir rien changé pour le maître de l'ouvrage, dans la mesure où l'action semblait se fonder sur le régime la responsabilité décennale de l'entrepreneur (articles 1792 et 2270 du Code civil), lequel s'applique indistinctement au vice apparent et au vice caché, pourvu qu'il soit grave (voy. *infra* n° 21).

158. Cass., 8 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 921, *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 1000, *Bull.*, 1988, p. 921.

159. P.A. FORIERS, « Les obligations de l'entrepreneur : les sanctions de l'inexécution », in M. VANWICJK-ALEXANDRE (éd.), *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, coll. CUP, vol. 63, Liège, éd. Formation permanente CUP, 2003, p. 26.

160. Voy. p. ex. récemment Anvers, 30 septembre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 58 ; Bruxelles, 12 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 718, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 740, note G. BALLON ; Liège, 22 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 725 ; voy. également les décisions inédites citées par B. LOUVEAUX, « Inédits de jurisprudence en droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1678-1679. Dans un jugement du 6 janvier 1998, tribunal de première instance de Nivelles considère que la durée de l'expertise judiciaire n'entame pas le délai raisonnable : il ne peut être déduit de l'écoulement de cette période que le maître de l'ouvrage ait accepté le défaut ; ce dernier doit cependant agir sans tarder une fois le rapport d'expertise déposé (Civ. Nivelles, 6 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 164).





Le problème est d'abord apparu dans le cadre d'actions en garantie formées sur la base de la garantie des vices cachés de la vente : assigné par son client pour un motif imputable aux matériaux mis en œuvre dans le cadre du contrat d'entreprise ou dans le cadre du contrat de vente (lorsqu'il vend l'immeuble après l'avoir érigé), l'entrepreneur exerce généralement un recours en garantie contre son fournisseur-vendeur. Dans ce cas, se pose la question de savoir à quel moment prend cours le bref délai de l'article 1648 du Code civil dans lequel l'entrepreneur (acheteur) doit introduire son action contre le fournisseur (vendeur). Par un arrêt du **29 janvier 2004**<sup>161</sup>, la **Cour de cassation** avait consacré la règle selon laquelle le point de départ du bref délai était, dans ce cas, la date à laquelle l'entrepreneur était lui-même assigné par son client (et non la date à laquelle il avait acheté les matériaux destinés à être incorporés)<sup>162</sup>. Dans ses conclusions, le Ministère public soulignait en effet que l'acquéreur des matériaux, avant d'être lui-même assigné par son propre acquéreur (ou par le maître de l'ouvrage), ne dispose en principe pas d'intérêt à agir contre son propre vendeur (articles 17 et 18 du Code judiciaire)<sup>163</sup> : en effet, en même temps que les matériaux, l'entrepreneur a transmis, sauf clause contraire, l'action en garantie des vices cachés attachée à ceux-ci (« *accessoriumsequitur principale* »).

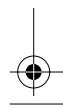
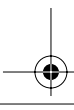
Dans un arrêt du **14 novembre 2008**<sup>164</sup>, la Cour adopte une solution différente en matière de contrat d'entreprise. Dans cette affaire, un entrepreneur avait commis des malfaçons dans la pose d'une chape dans un immeuble construit pour un promoteur immobilier. Bien que le promoteur se soit rapidement rendu compte du problème, il attendit le moment d'être assigné par l'acquéreur de l'immeuble – trois années plus tard – avant d'appeler l'entrepreneur en garantie. Pour la cour d'appel, le délai de trois ans écoulé entre le moment de la découverte du défaut par le promoteur immobilier et l'introduction de l'action contre l'entrepreneur excédait le délai « utile » dans lequel

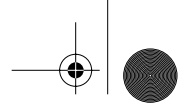
161. Cass., 29 janvier 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 431, *Arr. Cass.*, 2004, p. 149, conclusions D. THijs, *D.A.O.R.*, 2004, p. 55, conclusions D. THijs, *Pas.*, 2004, p. 186, *R.A.B.G.*, 2004, p. 402, *R.D.C.*, 2004, p. 537, *T.V.V.*, 2004, p. 133.

162. Voy. dans le même sens Bruxelles, 9 novembre 2004, *R.W.*, 2007-2008, p. 152 ; Comm. Hasselt, 27 mars 2002, *R.W.*, 2004-2005, p. 232.

163. Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, p. 202, n° 55, note 47. Les auteurs se réfèrent également à la maxime *contra non valentemagere non curitpraescriptio* (« la prescription ne court pas contre celui qui se trouve dans l'impossibilité d'agir »). Voy. à ce sujet J. DABIN, « Sur l'adage "*contra non valentemagere non curitpraescriptio*" », note sous Cass., 2 janvier 1969, *R.C.J.B.*, 1969, pp. 93 et s.

164. Cass., 14 novembre 2008, *R.W.*, 2009-2010, p. 1223, note K. VANHOVE, *Pas.*, 2008, p. 2554, *R.A.B.G.*, 2010, p. 606, *R.G.D.C.*, 2011, p. 136.





cette action devait être introduite. Dans son arrêt, la Cour de cassation refuse de faire droit au pourvoi, qui s'appuyait par analogie sur l'argumentation utilisée en matière de vente, et décide que l'intérêt du promoteur immobilier ou de l'entrepreneur principal d'intenter une action du chef de l'exécution défectueuse des travaux par l'entrepreneur ou le sous-traitant, ne dépend pas nécessairement d'une action du maître de l'ouvrage. La Cour relève ensuite qu'en matière d'entreprise de travaux, le juge doit examiner en fait si l'action en garantie du promoteur immobilier contre l'entrepreneur ou de l'entrepreneur principal contre le sous-traitant a été intentée en temps utile et il ne doit pas nécessairement se fonder sur le moment où a été intentée l'action du maître de l'ouvrage contre le promoteur immobilier ou l'entrepreneur principal. En d'autres termes, à la différence du vendeur intermédiaire, l'intérêt à agir du promoteur immobilier ou de l'entrepreneur principal n'est pas toujours dépendant d'une assignation par le client de celui-ci.

**5**

En apparence, la différence entre les deux régimes est ténue. Comme le relève K. Vanhove, elle s'explique sans doute par la circonstance que, dans le contrat de vente, le défaut caché affecte la chose elle-même, quel que soit le propriétaire dans les mains duquel elle se trouvera (même lorsque celle-ci est ensuite incorporée<sup>165</sup>), alors que, dans le contrat d'entreprise, lorsqu'il s'agit de l'inexécution d'un travail commandé par un entrepreneur ou un promoteur-constructeur, cette action n'est pas transmise au maître de l'ouvrage<sup>166</sup>. Signalons par ailleurs l'ambiguïté du terme « promoteur » retenu par la Cour de cassation. L'on fait en effet habituellement une différence entre, d'une part, le promoteur-vendeur et, d'autre part, le promoteur-constructeur<sup>167</sup>. Selon nous, ce n'est que dans ce dernier cas que s'appliquera la solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 14 novembre 2008 ; en revanche, en présence d'un promoteur-vendeur, l'action en responsabilité contre l'entrepreneur engagé par ce dernier à raison des défauts cachés véniels de l'entreprise (de même que l'action en responsabilité décennale) est – comme l'action en garantie des vices cachés de la vente – transmise au client du promoteur-vendeur. La jurisprudence récente fournit de nouvelles illustrations

---

165. Voy. Cass., 18 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2009, p. 138, *N.j.W.*, 2006, p. 608, conclusions M.P., note K. VANHOVE, *Pas.*, 2006, p. 1154, *R.W.*, 2007-2008, p. 147, conclusions G. DUBRULLE, note N. CARETTE, *T.B.O.*, 2006, p. 126, conclusions M.P., note W. GOOSSENS. Voy. à ce sujet *infra* n° 29.

166. K. VANHOVE, « De procedure termijn voor een gedwongenwaring svordering wegenslichttever borgen gebreken in zak ea an neming », note sous Cass., 14 novembre 2008, *R.W.*, 2009-2010, pp. 1226-1227.

167. Voy. B. KOHL, « Le promoteur », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2009, IV.4.1., n° 1.4-1.5.





de ce principe<sup>168</sup>, également rappelé par la **Cour de cassation** dans son arrêt du **29 février 2008**<sup>169</sup>. Dans ce cas, le point de départ du « délai utile » dans le chef du promoteur-vendeur devra selon nous s'apprécier de la manière indiquée par la Cour dans son arrêt précité du 29 janvier 2004.

L'on rappelle enfin que, d'ordre supplétif, les parties peuvent aménager cette responsabilité. Elle peuvent notamment convenir de raccourcir la durée de la responsabilité de l'entrepreneur. Elles peuvent également aménager un délai contractuel dans lequel le maître de l'ouvrage est tenu, soit de dénoncer le défaut caché, soit d'introduire son action devant les cours et tribunaux ; ce faisant, elles écartent le caractère quelque peu aléatoire de l'appréciation par le juge du fond de la notion de « délai utile ». La validité des clauses exonératoires ou limitatives de la responsabilité de l'entrepreneur à raison des défauts cachés véniels sera appréciée conformément au droit commun<sup>170</sup>.

**20. Absence de présomption de connaissance du vice de l'entrepreneur professionnel.** Dans un arrêt du **5 décembre 2002**, la **Cour de cassation** met fin à la tendance visant à faire peser sur l'entrepreneur la présomption de connaissance des vices cachés que les juges du fond mettent généralement à charge du vendeur professionnel (sauf à prouver le caractère indécélable de celui-ci)<sup>171</sup>. A l'appui de sa décision, la Cour relève qu'« il ne ressort d'aucune

168. Voy. par exemple Civ. Anvers, 15 janvier 2004, *R.W.*, 2007-2008, p. 1207 ; Liège, 7 septembre 2004, *Entr. et dr.*, 2007, p. 251 ; Bruxelles, 9 mai 2003, *Entr. et dr.*, 2009, p. 81, note B. VAN LIERDE. Voy. également *infra*, n° 27.

169. Cass., 29 février 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 587, *R.A.B.G.*, 2010, p. 665, note E. DE BAERE, *R.C.D.I.*, 2008, p. 19, *T.B.O.*, 2008, p. 151. Voy. également *infra* n° 27.

170. L'on rappelle qu'une telle clause n'est pas valable lorsqu'elle permet au débiteur de s'exonérer de son dol, lorsqu'elle enlève tout objet au contrat ainsi que, dans les contrats conclus avec les consommateurs, lorsque la clause « libère l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires, ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat » (article 74, 13°, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur ; voy. également l'article 74, 25° : est interdite la clause qui a pour objet « d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du vendeur en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce vendeur »).

171. Si la présomption de connaissance du vice par le vendeur professionnel s'appuie sur une jurisprudence maintenant bien établie, ainsi que sur une doctrine majoritaire, elle n'a jamais été consacrée comme telle par la Cour de cassation. Cette jurisprudence est néanmoins critiquée par certains qui suggèrent d'en revenir à la règle « *spondetperitiamartis* », qui consacre l'obligation de compétence du vendeur professionnel et à laquelle devrait être reconnue un caractère supplétif (voy. P.A. FORIERS, « La garantie des vices cachés du vendeur professionnel », in *Vente et cession de créance*, coll. CUP, vol. 15, Liège, éd. Formation permanente CUP, 1997, pp. 51-58 ; l'auteur souligne (p. 56) que, dans les faits, « les connaissances techniques du fabricant ou du spécialiste, jointes à son devoir d'information, pourront permettre fréquemment de conclure, en fait, à un dol – ou à une faute lourde non expressément couverte par la clause d'exonération »).





disposition légale qu'un entrepreneur spécialisé est présumé avoir eu connaissance du vice caché dont la chose qui lui a été confiée pour entretien demeure affectée après l'exécution de son ouvrage ; (...) conformément au droit commun, l'entrepreneur n'encourt une responsabilité contractuelle qu'en cas de manquement à l'une des obligations découlant du contrat ; (...) il appartient au juge du fond de rechercher si l'obligation dont l'inexécution est reprochée à l'entrepreneur est une obligation de moyen ou de résultat ». Il n'est donc pas question, comme l'avait fait le juge du fond, de transposer au contrat d'entreprise le régime de présomption de connaissance du vice du vendeur professionnel ; la Cour s'accorde sur ce point avec la doctrine majoritaire <sup>172</sup>.

Cette jurisprudence est d'importance, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité des clauses d'exonération ou de limitation de la responsabilité de l'entrepreneur : en effet, dans le contrat de vente, le vendeur professionnel étant présumé avoir connu le vice ou étant présumé apte à découvrir le vice, l'acheteur peut sur cette base se prévaloir de la nullité des clauses exonératoires ou même limitatives de garantie, sauf si le vendeur parvient à renverser la présomption <sup>173</sup>.

**5**

## SECTION 5

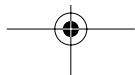
### Responsabilité décennale de l'entrepreneur

**21. Défauts couverts par la responsabilité décennale.** Il résulte de la combinaison des articles 1792 et 2270 du Code civil que seul un vice grave de la construction ou du sol est susceptible d'engager la responsabilité décennale des architectes et des entrepreneurs. Les cours et tribunaux disposent d'un pouvoir souverain dans l'appréciation de la gravité du vice. On considère généralement comme grave toute « défectuosité qui altère considérablement la solidité ou la stabilité du bâtiment ou de l'une de ses parties maîtresses » <sup>174</sup>.

172. Voy. P.A. FORIERS, *op. cit.*, p. 53 et réf. citées. Voy. cependant C. JASSOGNE, « La mauvaise foi du professionnel », *R.G.D.C.*, 2011, p. 112. L'auteur relève qu'« (...) en tant qu'il se réfère à l'absence de »dispositions légales», l'arrêt du 5 décembre 2002 paraît peu attentif au fait que pareille disposition spécifique n'existe pas non plus à l'égard du vendeur professionnel, et que la présomption qui pèse sur lui est essentiellement une création jurisprudentielle ».

173. Voy. par ex. P. VAN OMMESLAGHE, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilités en droit belge », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles et Paris, Bruylant et Dalloz, 1994, p. 197 et réf. citées.

174. Cass., 11 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 200, *Arr. Cass.*, 1970-1980, p. 186 ; Cass., 18 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 185, conclusions du Procureur général W. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; Cass., 18 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 303, *J.T.*, 1984, p. 549, *R.W.*, 1984-1985, p. 47, note G. BAERT, *Arr. Cass.*, 1983, p. 323, *Bull.*, 1984, p. 303.





Cette responsabilité peut être reconnue dès lors qu'il existe une possibilité pour le vice d'affecter, même progressivement, la solidité du bâtiment. À la différence du droit français<sup>175</sup>, une malfaçon de nature à rendre la construction impropre à sa destination normale n'est pas suffisante pour enclencher le jeu des articles 1792 et 2270 du Code civil, lorsque cette malfaçon n'altère pas la solidité ou la stabilité de l'immeuble<sup>176</sup>. Dans pareil cas, le maître de l'ouvrage fondera sur action sur la responsabilité contractuelle de droit commun, à la condition qu'il puisse démontrer le caractère caché du défaut et qu'il agisse en temps utile<sup>177</sup>.

Tant le texte des articles 1792 et 2270 du Code civil que le caractère d'ordre public de la responsabilité expliquent que celle-ci s'applique quand bien même le vice était apparent au moment de la réception-agréation des travaux. La *Cour de cassation* l'a précisé sans équivoque dans un arrêt du 18 novembre 1983<sup>178</sup>. Elle le confirme à nouveau *a contrario* de manière implicite dans des arrêts du **4 avril 2003**<sup>179</sup> et du **2 février 2006**<sup>180</sup>, en énonçant que la règle induite des articles 1792 et 2270 du Code civil vaut « également » en cas de vice caché.

**22. Délais : pas de distinction entre le délai de garantie et le délai d'action.** Les arrêts précités de la *Cour de cassation* du **4 avril 2003** et du **2 février 2006** confirment par ailleurs la vision traditionnelle de la jurisprudence

175. Voy. B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2008, pp. 174-175 et réf. citées.

176. La tendance qui, en jurisprudence, avait étendu le champ d'application de l'article 1792 en y incluant la notion d'impropriété de l'ouvrage à sa destination et même de critères liés au confort, semble avoir bel et bien disparu depuis une vingtaine d'années ; voy. par exemple récemment Anvers, 5 juin 2000, *T.B.O.*, 2008, p. 190, note K. UYTTERHOEVEN ; Civ. Bruxelles, 21 décembre 2007, *T.B.O.*, 2008, p. 201 ; Civ. Anvers, 23 octobre 2007, *T.B.O.*, 2008, p. 199. Voy. cependant *contra* : Bruxelles, 9 mai 2003, *Entr. et dr.*, 2009, p. 81, note B. VANLIERDE : la Cour décide de manière catégorique que l'article 1792 peut s'appliquer au défaut fonctionnel grave (sans toutefois l'appliquer en l'espèce, en raison du caractère vénial du défaut). Cette décision apparaît toutefois isolée.

177. Voy. *supra*, n° 19.

178. Cass., 18 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 303, *J.T.*, 1984, p. 549, *R.W.*, 1984-1985, p. 47, note G. BAERT, *Arr. Cass.*, 1983, p. 323, *Bull.*, 1984, p. 303 ; voy. également Cass., 11 avril 1986, *J.T.*, 1987, p. 85, *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 1088, *Bull.*, 1986, p. 983, *Pas.*, 1986, I, p. 983, *R.W.*, 1986-1987, p. 2629, note J. EMBRECHTS.

179. Cass., 4 avril 2003, *T.B.O.*, 2004, p. 43, note W. GOOSSENS, *Arr. Cass.*, 2003, p. 882, *Pas.*, 2003, p. 736, *R.G.A.R.*, 2004, 13826.

180. Cass., 2 février 2006, *N.j.W.*, 2006, p. 218, *R.W.*, 2005-2006, p. 1590, note S. MOSSELMANS, *Pas.*, 2006, p. 270.





belge, selon laquelle, en présence d'un vice grave, le délai de dix ans énoncé aux articles 1792 et 2270 du Code civil concerne autant le délai de garantie que le délai de procédure.

Le délai de garantie est le délai, prenant cours lors de la réception-agréation des travaux<sup>181</sup>, durant lequel la responsabilité de l'entrepreneur peut être mise en cause pour des défauts affectant l'immeuble (que ces défauts apparaissent ou pas) ; le délai de procédure est le délai durant lequel le maître de l'ouvrage doit entreprendre son action en justice après la découverte du défaut de construction. Si, en présence de vices cachés véniels, le maître de l'ouvrage doit introduire son action dans un délai « raisonnable » après la découverte du vice (l'action étant par ailleurs prescrite à l'expiration du délai de droit commun dix ans établi par l'article 2262*bis* du Code civil)<sup>182</sup>, en revanche, comme le confirme la Cour de cassation dans les arrêts précités, lorsque le juge relève la présence d'un vice grave, fût-il caché, il n'est pas exigé que l'action du maître de l'ouvrage soit introduite dans ce délai « raisonnable », pour autant que le délai de dix ans établi aux articles 1792 et 2270 du Code civil ne soit pas expiré au moment où l'action est introduite.

5

**23. Délais : pas d'influence de l'expiration du délai décennal sur le bref délai de la vente.** En matière de vente, selon l'article 1648 du Code civil, l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, suivant la nature du vice et l'usage du lieu de la vente. La Cour de cassation décide quant à elle que l'appréciation du bref délai dans lequel l'action fondée sur la garantie des vices cachés doit être intentée, de même que son point de départ, ressortit à l'appréciation souveraine du juge du fond. Il doit pour ce faire tenir compte de la nature du vice<sup>183</sup>.

Si l'origine du vice caché dont souffre l'acquéreur s'explique par un manquement de l'entrepreneur ou de l'architecte, le vendeur – tenu envers l'acheteur sur la base de la garantie des vices cachés – pourra fonder un recours contre ces derniers sur la base des règles de la responsabilité décennale, lorsque le défaut est susceptible de porter atteinte à la solidité ou à la stabilité du

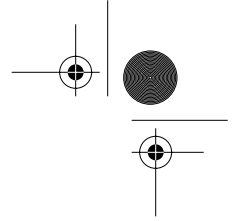
---

181. Voy. à ce sujet *supra*, n° 17.

182. Voy. Cass., 8 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 921, *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 1000, *Bull.*, 1988, p. 921 ; Cass., 15 septembre 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 454, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1068, obs. B. LOUVEAUX, *J.T.*, 1995, p. 68, *R. Cass.*, 1995, p. 31, note G. BAERT, *R.G.A.R.*, 1995, 12471, *Arr. Cass.*, 1994, p. 748, *Bull.*, 1994, p. 730, *Pas.*, 1994, I, p. 730. Voy. *supra*, n° 19.

183. Voy. par exemple Cass., 4 mai 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 223 ; Cass., 20 février 1976, *Arr. Cass.*, 1976, p. 728, *Pas.*, 1976, I, p. 695 ; Cass., 19 mai 1983, *R.G.A.R.*, 1987, 11234, note P.-H. DELVAUX ; Cass., 29 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 624, *Arr. Cass.*, 1986-1987, p. 693, *Bull.*, 1987, p. 624, *J.T.*, 1987, p. 499.





bâtiment (ou sur la base de la responsabilité contractuelle de droit commun dans les autres cas). Dans un arrêt du **10 octobre 2003**<sup>184</sup>, la **Cour de cassation** a précisé que la circonstance que le délai de dix ans de l'article 1792 du Code civil soit expiré lorsque l'action en garantie des vices cachés est introduite contre le vendeur, n'emporte aucune conséquence sur les conditions auxquelles cette dernière action est soumise. En d'autres termes, l'action en garantie des vices cachés demeure ouverte à l'acquéreur nonobstant l'expiration du délai de la responsabilité décennale. Ce principe, qui s'explique par les points de départ différents des délais respectifs (réception-agréation pour l'action en responsabilité décennale et découverte du défaut par l'acquéreur ultérieur pour l'action en garantie des vices cachés) n'est pas sans risque pour le vendeur, qui pourra être assigné sans disposer de recours en garantie contre l'entrepreneur ou l'architecte fautif<sup>185</sup>.

**24. Délais : évolution du dommage ou survenance de nouveaux dommages après l'expiration du délai.** L'action en responsabilité décennale concerne les défauts qui apparaissent dans les dix ans à dater de l'agréation des travaux, c'est-à-dire, sauf convention contraire, à dater de la réception définitive<sup>186</sup>. Le délai de dix ans constitue un délai préfix, qui ne peut être interrompu ni suspendu. Dans deux arrêts (du **27 octobre 2006**<sup>187</sup> et du **22 décembre 2006**<sup>188</sup>), la **Cour de cassation** répond à la question de savoir si de nouveaux défauts (apparus à d'autres endroits de l'ouvrage) résultant d'une même faute contractuelle, mais apparus après l'expiration du délai décennal, peuvent être « virtuellement »<sup>189</sup> compris dans la citation introduite à l'origine par le maître de l'ouvrage sur la base des

184. Cass., 10 octobre 2003, *T.B.O.*, 2004, p. 85, note K. UYTTERHOEVEN, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1842, *Pas.*, 2003, p. 1579.

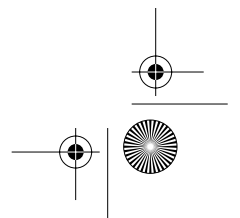
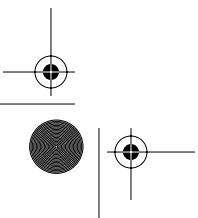
185. Voy. S. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENEPOEL et K. WILLEMS, « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten : koop en aanneming (1999-2006) », *T.P.R.*, 2008, p. 1711. B. KOHL, « Le contrat de vente d'immeuble. Développements récents », in B. KOHL (éd.), *La vente immobilière. Aspects civils, administratifs et fiscaux*, coll. CUP, vol. n° 121, Liège, Anthemis, 2010, pp. 99-100.

186. Cass., 4 mars 1977, *J.T.*, 1978, p. 206, *Pas.*, 1977, I, p. 721, obs. ; Cass., 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1222, *Arr. Cass.*, 1980, p. 1235, *Bull.*, 1980, p. 1222 ; Cass., 24 février 1983, *R.C.J.B.*, 1984, p. 400, note J. HERBOTS, *Entr. et dr.*, 1983, p. 221, obs., *J.T.*, 1983, p. 575, *Rev. not. b.*, 1983, p. 315.

187. Cass., 27 octobre 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 1435, note K. VANHOVE, *Pas.*, 2006, p. 2190, *R.A.B.G.*, 2007, p. 591, *T.B.O.*, 2007, p. 34.

188. Cass., 22 décembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1439, note A. VAN OEVELEN, *T.B.O.*, 2007, p. 40, *Pas.*, 2006, p. 2855.

189. Nous reprenons l'expression de K. VANHOVE, « Virtuele tienjarige aansprakelijkheidsvorderingen », note sous Cass., 27 octobre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1436.





manquements contractuels constatés. La Cour de cassation, dans son arrêt du 27 octobre 2006, casse l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers, qui avait refusé au maître de l'ouvrage le bénéfice de l'article 1792 pour les nouveaux défauts apparus après le délai décennal. Autrement dit, dans une action introduite avant l'expiration du délai contre un entrepreneur ou un architecte sur la base d'une faute de construction ou de conception déterminée est également comprise l'action pour les défauts apparus ultérieurement, mais uniquement dans la mesure où ceux-ci constituent des conséquences nouvelles du même manquement contractuel ; selon la Cour, « (...) la circonstance que le nouveau dommage se situe à un autre endroit que le dommage pour lequel l'indemnité originaire est demandée ou que le demandeur n'a pas formulé de réserve pour un autre dommage éventuel lorsqu'il intente la demande originaire, n'exclut pas en soi que la nouvelle demande concerne de nouveaux effets, pour un édifice déterminé, d'un même vice et d'un même manquement contractuel dans la conception ou dans l'exécution »<sup>190 191</sup>. Ce faisant, la Cour maintient l'approche qu'elle avait réservée à cette question dans son arrêt du 29 mars 1984<sup>192</sup>, mais que d'aucuns, en doctrine, avaient entretemps contestée<sup>193</sup>.

**5**

Il se déduit aussi de cet arrêt du 27 octobre 2006 que si le maître de l'ouvrage souhaite engager la responsabilité décennale aussi bien de l'entrepreneur que de l'architecte, il doit le faire avant l'expiration du délai à l'égard

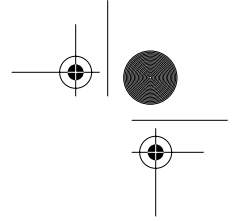
---

190. La Cour d'appel d'Anvers avait en effet relevé que les vices nouvellement identifiés, bien que situés à un autre endroit, étaient de même nature et avaient une même cause que ceux qui faisaient l'objet de la demande originaire et que le nouveau dommage constituait « (...) un nouvel effet d'un même vice de conception ou d'exécution dans le cadre de la même adjudication réalisée par un même entrepreneur (...) et approuvée par un seul procès-verbal de réception provisoire ». Partant, selon la Cour de cassation, la Cour d'appel ne pouvait interdire au maître de l'ouvrage de prétendre à l'indemnisation des préjudices résultant desdits nouveaux dommages.

191. A l'inverse, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 22 décembre 2006, la Cour d'appel de Gand avait conclu à la recevabilité de la demande concernant les « nouveaux » dommages. La Cour de cassation, après avoir rappelé le principe posé dans son arrêt du 27 octobre 2006, relève que, selon le juge du fond, : « (i) la demande finale du premier défendeur est précisément fondée sur les faits qui ont été énoncés dès le départ dans la citation ; (ii) la demande finale du premier défendeur ne peut aucunement être qualifiée de demande nouvelle mais au contraire d'extension légale de la demande principale originaire ; (iii) le fil conducteur du dossier est celui de « l'évolution » allant en s'aggravant, de plusieurs dommages, qui doit être qualifiée de dommage nouveau et réclamé en tant que tel, mais inhérent à une évolution du même dommage ». Elle conclut dès lors au rejet du pourvoi.

192. Cass., 29 mars 1984, *Pas*, 1984, I, p. 908, *R.G.E.N.*, 1988, p. 382, *Arr. Cass.*, 1983-1984, p. 1016, *Bull.*, 1984, p. 908.

193. Voy. en particulier G. BAERT, « Toekomstige schade in bouwzaken en de tienjarige garantie », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, p. 490.



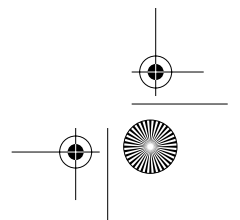
de chacun d'eux. Ainsi, ce n'est pas parce que le maître de l'ouvrage a introduit son action dans le délai décennal contre l'entrepreneur, et qu'ensuite ce dernier introduit, toujours dans ce délai, une action en garantie contre l'architecte, que le maître de l'ouvrage est déchargé de l'obligation d'introduire personnellement son action contre l'architecte dans le délai de dix ans. Autrement dit, en cas de survenance de nouveaux dommages après l'expiration du délai décennal, il ne pourra être question pour le maître de l'ouvrage d'étendre, par voie de conclusions, l'action en responsabilité à un intervenant avec lequel il n'aurait établi aucun lien d'instance avant l'expiration dudit délai.

Enfin, l'on signale également un arrêt important de la cour d'appel d'Anvers, rendu le 4 novembre 2008<sup>194</sup> et qui n'a pas fait l'objet de pourvoi. L'arrêt tranche d'abord implicitement la question si l'exécution pour l'entrepreneur dans le délai de dix ans de travaux de réparation et ou de mise en ordre constitue ou non une reconnaissance de responsabilité dans son chef et partant, si elle a un effet interruptif. Si la jurisprudence semble réticente à admettre l'effet interruptif des travaux exécutés sans reconnaissance préjudiciable quant à sa responsabilité, de tels travaux étant généralement exécutés « pour des motifs commerciaux »<sup>195</sup>, tel n'est pas le cas en présence de travaux de réfection suffisamment importants pour pouvoir être considérés comme de gros ouvrages. Dans ce cas, la Cour de cassation considère en effet que le délai de dix ans prend cours non seulement à compter de la réception de l'ouvrage originaire mais aussi à compter des réfections pouvant être considérées elles-mêmes comme de gros ouvrages<sup>196</sup>. La cour d'appel d'Anvers confirme cette position *a contrario* dans l'arrêt annoté, en décidant que les interventions limitées ne peuvent faire courir aucun nouveau délai décennal. La cour d'appel ajoute par ailleurs que puisque le délai décennal est un délai préfix et que la responsabilité décennale est d'ordre public, il n'est par conséquent pas possible de le prolonger par contrat. En l'espèce, étant donné que la responsabilité décennale aurait expiré le 11 août 2004, la commune pour laquelle les travaux avaient été effectués avait décidé d'envoyer un courrier à l'architecte et l'entrepreneur principal pour leur demander s'ils étaient prêts à

194. Anvers, 4 novembre 2008, *T.B.O.*, 2009, p. 31, note K. UYTTERHOEVEN, *N.j.W.*, 2008, p. 930, note S. MAES.

195. Voy. par exemple Civ. Anvers, 21 septembre 1988, *Entr. etdr.*, 1990, p. 48 ; Mons, 17 janvier 1984, *R.R.D.*, 1984, p. 272 ; Civ. Anvers, 17 février 1981, *Entr. etdr.*, 1980, p. 128 ; voy. également A. DELVAUX, « Le régime de la responsabilité décennale », *Act. Dr.*, 1992, p. 323.

196. Cass., 9 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 401, *Arr. Cass.*, 1988-1989, p. 440, avis J. DU JARDIN, *Bull.*, 1989, p. 401, *R.W.*, 1988-1989, p. 1229, avis J. DU JARDIN.





prolonger d'une année la responsabilité décennale relative aux réparations effectuées au toit. Alors que l'architecte avait fait savoir qu'il ne pouvait être d'accord, l'entrepreneur principal avait marqué son accord le 6 juillet 2004, donc avant l'expiration de la responsabilité décennale. Par sa décision, qui écarte l'action contre l'entrepreneur en raison de son introduction tardive, la Cour tranche avec la solution habituellement retenue par la doctrine, qui considère invariablement qu'« il est toujours possible aux parties de convenir d'un délai de responsabilité plus long, même si de telles clauses sont improbables »<sup>197</sup>. Les commentateurs de l'arrêt approuvent néanmoins cette solution, les articles 1792 et 2270 établissant non seulement un délai de garantie contractuelle, mais également un délai de procédure dans lequel l'action doit être introduite<sup>198</sup>.

5

## SECTION 6

### Chaînes des contrats

**25. Action directe du sous-traitant. Renvoi.** Plusieurs arrêts importants ont été rendus par la Cour de cassation en matière d'action directe du sous-traitant (article 1798 du Code civil) pendant ces quinze dernières années.

Cette matière fait l'objet de la contribution de A. Cruquenaire et L.O. Henrotte dans le présent ouvrage. Nous y renvoyons le lecteur.

**26. Responsabilité du fait des sous-traitants.** La Cour de cassation énonce depuis longtemps<sup>199</sup> que le débiteur d'une obligation répond envers son créancier non seulement de ses fautes propres mais aussi de celles commises par ses agents d'exécution. Le débiteur est en effet tenu à l'exécution de ses obligations à l'égard de son cocontractant, peu importe qu'il ait ou non recours à des tiers pour ce faire. Il s'agit là d'une application du principe général de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Dans un arrêt du

---

197. J.F. HENROTTE, L.O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte. Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 385 ; A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, Coll. Rép. not., Tome IX, Livre VIII, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 182 ; A. VERBEKE, N. CARETTE, N. HOECKX et K. VANHOVE, *Bijzondere overeenkomsten in kortbestek*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 250 ; voy. également dans ce sens Comm. Hasselt, 30 janvier 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 1329.

198. Voy. K. UYTTERHOEVEN, « Hoe fataal is de tienjarige aansprakelijkheidstermijn ? », note sous Anvers, 4 novembre 2008, *T.B.O.*, 2009, p. 36 ; S. MAES, « Verlenging tienjarige aansprakelijkheid », note sous Anvers, 4 novembre 2008, *N.j.W.*, 2008, p. 933.

199. Voy. p. ex. Cass, 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376, *Arr. Cass.*, 1974, p. 395, *J.T.*, 1974, p. 443, *R.W.*, 1973-1974, p. 1597, note J. HERBOTS ; Cass., 3 décembre 1976, *R.G.A.R.*, 1978, 9908, obs., *R.W.*, 1977-1978, p. 1303 ; Cass., 21 juin 1979, *J.T.*, 1979, p. 675.





**27 février 2003** <sup>200</sup> rendu en matière d'entreprise de construction, la **Cour de cassation** confirme cette jurisprudence habituelle : « lorsqu'une personne qu'un contractant s'est substituée pour exécuter une obligation contractuelle commet une faute dans l'exécution de cette obligation, le contractant est lui-même contractuellement responsable du dommage causé par cette faute au cocontractant ».

Ce principe trouve une application particulière dans l'article 1797 du Code civil qui rend l'entrepreneur principal responsable du fait des personnes auxquelles il a confié l'exécution de tout ou partie du marché principal et ce, indépendamment de toute faute personnelle dans son chef. L'entrepreneur principal est entièrement responsable, par exemple, du retard, des malfaçons imputables à l'un de ses sous-traitants et ne peut invoquer ces faits comme cause étrangère libératoire <sup>201</sup>. Traditionnellement, la doctrine et la jurisprudence considéraient que l'entrepreneur principal ne devait répondre que de la faute de ses sous-traitants. Ainsi, l'entrepreneur pouvait-il prétendre être libéré à l'égard du maître de l'ouvrage en cas de fait non fautif du sous-traitant (démence, cause étrangère libératoire, etc.). Un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1984 <sup>202</sup> a explicitement consacré, en matière de bail, le principe de responsabilité du locataire pour les faits même non fautifs de ses sous-locataires <sup>203</sup>. La généralité des termes employés par la Cour de cassation dans cet arrêt du 29 novembre 1984 et la motivation principale de l'arrêt (à savoir l'emploi du mot « fait » et non « faute » dans l'article 1735 du Code civil) ont conduit certains auteurs à interpréter celui-ci comme consacrant la responsabilité de l'entrepreneur principal pour le fait, même non fautif, de son sous-traitant. Dans cette thèse, l'entrepreneur principal ne pourrait donc plus invoquer la cause étrangère libératoire dont pourrait pourtant se prévaloir son sous-traitant <sup>204</sup>.

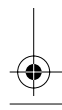
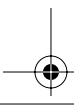
200. Cass., 27 février 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 410, *Arr. Cass.*, 2003, p. 513, *Pas.*

201. Gand, 25 octobre 1966, *Entr. et dr.*, 1970, p. 173 ; Gand, 15 décembre 1971, *T. Aann*, 1973, p. 22, obs. T. DELAHAYE ; Bruxelles, 10 octobre 1974, *R.W.*, 1975-1976, p. 1242 ; Liège, 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 382.

202. Cass., 29 novembre 1984, *R.C.J.B.*, 1987, p. 213, note F. GLANDSDORFF, *J.T.*, 1987, p. 417, note Ph. DELVAUX, *Arr. Cass.*, 1984, p. 446, *Bull.*, 1985, p. 399, *Pas.*, 1985, I, p. 399, *R.W.*, 1986-1987, p. 542.

203. Il s'agissait en l'espèce d'un sous-locataire dément reconnu non responsable de ses actes mais pour lequel le locataire a été considéré comme responsable à l'égard du bailleur.

204. Voy. A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, coll. Rép. not., t. IX, liv. VIII, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 203, n° 262 ; P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *J.T.*, 1987, pp. 417 et s. Ce dernier auteur ne peut se résoudre à voir dans cet arrêt de la Cour la consécration d'un principe général de responsabilité contractuelle du fait, même non fautif, d'autrui. Il propose dès lors de limiter le champ d'application de l'enseignement de la Cour aux seuls cas de responsabilité





**27. Action de l'acquéreur de l'immeuble contre l'entrepreneur.** En cas de vente, les accessoires juridiques transmis avec le bien sont non seulement les droits et actions réels en lien avec le bien, mais également les « droits *prop-ter rem* », c'est-à-dire les droits et actions fondamentalement attachés à la propriété de la chose et dont l'exercice ne présente d'intérêt que pour le propriétaire<sup>205</sup>. Il n'en est autrement que si, au moment de la vente, le vendeur a déjà introduit l'action en garantie<sup>206</sup>. L'acheteur d'un immeuble bénéficie donc de tous les droits et actions appartenant au vendeur qui sont liés à cet immeuble, entre autres l'action en responsabilité contractuelle du vendeur à l'égard de l'entrepreneur. La jurisprudence récente fournit de nouvelles illustrations de ce principe<sup>207</sup>, également rappelé par la *Cour de cassation* dans son arrêt du **29 février 2008**<sup>208</sup>.

5

La Cour expose qu'en règle générale, dans le cadre d'un tel mécanisme, l'entrepreneur conserve à l'égard de l'acquéreur les droits et exceptions qu'il pouvait faire valoir à l'encontre du vendeur. Ce faisant, la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles qui avait considéré, dans le cadre d'une action introduite par les acquéreurs des lots privatifs et par l'association des copropriétaires contre l'entrepreneur en réparation de défauts et malfaçons affectant l'immeuble, que l'entrepreneur n'était pas fondé à invoquer l'exception d'inexécution, parce que celle-ci n'aurait, selon

contractuelle du fait d'autrui fondés sur des textes légaux comportant, à l'instar de l'article 1735 du Code civil, le mot « fait » (et non faute), ce qui est le cas de l'article 1797 du Code civil. Il convient de remarquer que P.-H. DELVAUX, conscient de l'impact de l'extension de la responsabilité de l'entrepreneur principal au fait non fautif de son sous-traitant, entend revenir à une interprétation « minimaliste » de l'article 1797 du Code civil. Selon lui, la responsabilité du fait du sous-traitant ne s'appliquerait qu'aux seules entreprises de construction, l'article 1797 ne visant initialement que celles-ci. Ce faisant, l'auteur revient totalement sur la jurisprudence et la doctrine établies de longue date, qui appliquent l'article 1797 du Code civil à tout contrat d'entreprise.

205. Voy. notamment Cass., 5 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 398, *Arr. Cass.*, 1980-1981, p. 382, *Bull.*, 1981, p. 398, *R.W.*, 1981-1982, p. 886, *R.G.E.N.*, 1983, p. 108, *T.Not.*, 1982, p. 22.
206. Voy. Cass., 15 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 65, *Arr. Cass.*, 1989-1990, p. 70, *Bull.*, 1990, p. 65, *R.C.J.B.*, 1992, p. 509, note J. HERBOTS, *R.W.*, 1989-1990, p. 776, *R.D.C.*, 1990, p. 387, note E. DIRIX.
207. Voy. par exemple Civ. Anvers, 15 janvier 2004, *R.W.*, 2007-2008, p. 1207 (transmission par le promoteur-vendeur (dans un contrat régi par la loi Breyne) à l'acquéreur de l'action en responsabilité contractuelle à l'encontre de l'architecte) ; Liège, 7 septembre 2004, *Entr. et dr.*, 2007, p. 251 (immeuble en cours de construction par un maître de l'ouvrage : transmission à l'acquéreur de la créance d'indemnisation des vices affectant l'immeuble vendu qui ne font pas l'objet, au jour de la vente, d'une procédure judiciaire) ; Bruxelles, 9 mai 2003, *Entr. et dr.*, 2009, p. 81, note B. VAN LIERDE (transmission aux acquéreurs de l'action en responsabilité décennale).
208. Cass., 29 février 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 587, *R.A.B.G.*, 2010, p. 665, note E. DE BAERE, *R.C.D.I.*, 2008, p. 19, *T.B.O.*, 2008, p. 151. Voy. également à ce sujet B. KOHL, « Le contrat de vente d'immeuble. Développements récents », in B. KOHL (éd.), *La vente immobilière. Aspects civils, administratifs et fiscaux*, coll. CUP, vol. n° 121, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 87-88.



la Cour d'appel, pu s'appliquer qu'en cas de rapport synallagmatique et qu'en l'espèce, en effet, aucun lien contractuel n'existait entre les différents copropriétaires et l'entrepreneur ayant érigé l'immeuble pour le promoteur-vendeur. La Cour de cassation casse cette décision, tout en rappelant le principe de l'opposabilité aux acquéreurs des exceptions que l'entrepreneur pouvait lui-même opposer à l'égard de son client, vendeur de l'immeuble.

En revanche, comme le rappelle, le tribunal de commerce de Tongres dans un jugement du 2 octobre 2007<sup>209</sup>, l'existence dans le contrat de vente d'une clause d'exonération de la garantie des vices cachés ne fait pas obstacle à l'action en garantie que peut introduire l'acquéreur contre l'entrepreneur et qui lui est transmise avec le bien par le vendeur. En effet, comme le relèvent S. Bar et C. Alter, « alors que le titulaire de l'action directe [du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage] peut en principe se voir opposer par le sous-débiteur les exceptions que son débiteur avait contre lui, l'action en garantie des vices cachés ou décennale, transmise au sous-acquéreur et exercée contre le vendeur originaire, ne peut se voir opposer les moyens tels qu'une action de non-garantie, que le vendeur intermédiaire aurait eus contre le sous-acquéreur »<sup>210</sup>.

**28. Action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant.** La théorie de l'immunité relative des agents d'exécution est réaffirmée avec vigueur de manière régulière en matière de sous-traitance par la **Cour de cassation** (notamment dans ses arrêts du **26 avril 2002**<sup>211</sup>, du **14 mai 2004**<sup>212</sup> et du **2 février 2006**<sup>213</sup>). Par l'effet de cette jurisprudence constante, les possibilités

209. Comm. Tongres, 2 octobre 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 579, *F.J.F.*, 2009, p. 833, *R.W.*, 2009-2010, p. 246.

210. S. BAR et C. ALTER, « Les effets du contrat », in *Les obligations – Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2005, nos II.1.7 et s., spéc. p. 85. Voy. également en ce sens P. WÉRY : « la situation du sous-acquéreur qui se prévaut d'un droit *propter rem* est plus intéressante (que celle sous-traitant dans le cadre d'une action directe) puisque le vendeur initial ne peut exciper que d'un moyen de défense tiré du contrat initial : il ne pourrait opposer au sous-acquéreur une clause de non-garantie qui figurerait dans la sous-acquisition » (P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, coll. Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 766).

211. Cass., 26 avril 2002, *R.W.*, 2004-2005, p. 940, *Arr. Cass.*, 2002, p. 1136, *Pas.*, 2002, p. 1017, *R.G.A.R.*, 2002, 13585, *J.P.A.*, 2004, p. 10.

212. Cass., 14 mai 2004, *Resjur. imm.*, 2005, p. 31, *Arr. Cass.*, 2004, p. 855, *Pas.*, 2004, p. 836, conclusions M.P.

213. Cass., 2 février 2006, RG C-04052/N, inédit. La Cour précise à nouveau que « l'agent d'exécution qui est subrogé à un contractant afin d'exécuter totalement ou en partie le contrat ne peut être considéré comme un tiers dans les rapports contractuels en ce qui concerne l'exécution du contrat et à l'égard du cocontractant du maître de l'ouvrage ». Voy. à ce sujet W. GOOSSENS, « Knelpuntenaanneming van recht », in B. TILLEMANN et A. VERBEKE, *Knelpuntendienstencontracten*, coll. Knelpuntcontractenrecht, n° 4, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 1 et s., spéc. p. 28.





d'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant sur la base délictuelle sont très limitées, dans la mesure où l'on prive ce dernier de la qualité de « tiers » par rapport au maître de l'ouvrage. Sauf si sa faute constitue une infraction pénale, la responsabilité du sous-traitant ne peut être engagée sur le plan extracontractuel, que si les deux conditions suivantes sont remplies cumulativement : (i) la faute imputée doit constituer aussi une faute extracontractuelle, c'est-à-dire soit un manquement à une obligation générale de prudence soit la violation d'une loi ou d'un règlement imposant une règle de conduite ou une abstention ;(ii) cette faute doit avoir causé un autre dommage que celui résultant seulement de la mauvaise exécution du contrat <sup>214</sup>. Le principe de la relativité des conventions, combiné avec cette théorie de l'immunité relative des agents d'exécution, rend donc très difficile l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant.

**5**

Confrontée à cette situation, la cour d'appel de Bruxelles a été invitée par un maître de l'ouvrage à poser la question préjudicielle suivante à la Cour d'arbitrage : « L'article 1798 du Code civil, tel que modifié par la loi du 19 février 1990, qui accorde au sous-traitant une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage ne crée-t-il pas une discrimination inconstitutionnelle (articles 10 et 11 de la Constitution) envers le maître de l'ouvrage qui ne dispose pas de pareil recours à l'encontre du sous-traitant ? » <sup>215</sup>.

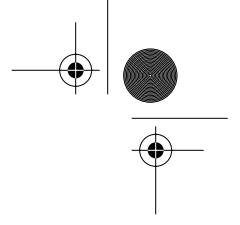
Dans son arrêt du **28 juin 2006**, la Cour d'arbitrage (devenue **Cour constitutionnelle**) répond par la négative à cette question très controversée <sup>216</sup>. Constatant la différence de traitement créée par l'article 1798 entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage, la Cour estime néanmoins que « la situation du sous-traitant et celle du maître de l'ouvrage diffèrent fondamentalement en ce qui concerne la nature de l'obligation dont l'exécution est demandée : le sous-traitant demande le paiement d'une somme pour un travail qu'il a accompli, tandis que le maître de l'ouvrage demanderait l'exécution

214. Voy. entre autres sur ce point M. VANWIJCK-ALEXANDRE et B. KOHL, « Droit des obligations et sous-traitance », in *La sous-traitance*, coll. Colloques C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 71-72.

215. Bruxelles, 6 octobre 2005, R.G. 1198/ AR/2595, inédit. Voy. sur cette affaire R. DE BRIEY et O. JAUGNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », in *Droit de la construction*, Actes du Colloque du 31 mai 2006, Liège, Éd. Jeune Barreau, 2006, pp. 117 et s., spéc. pp. 132-146.

216. C.A., 28 juin 2006, *Entr. et dr.*, 2006, p. 328, note B. KOHL, *Arr. C.A.*, 2006, p. 1335, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184, note E. MONTERO, *R.A.G.B.*, 2007, p. 583, note F. BURSENS, *R.G.D.C.*, 2007, p. 287, note O. JAUNIAUX, *T.B.O.*, 2006, p. 155, note K. UYTTERHOEVEN. Pour de plus amples développements à propos de cet arrêt, voy. notre note B. KOHL, « Action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : le débat n'est pas clos », note sous C.A., 28 juin 2006, *Entr. et dr.*, 2006, pp. 334 et s.





d'une obligation de faire non respectée par l'entrepreneur principal. En outre, lorsqu'une action directe est intentée par le sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage, ce dernier peut opposer à l'action les exceptions déduites de ses propres relations avec l'entrepreneur principal ». La Cour considère par ailleurs que le législateur avait raisonnablement pu considérer que les sous-traitants, comme les maçons, charpentiers et ouvriers, se trouvaient dans une position économique particulière, en raison de leur dépendance à l'égard de l'entrepreneur principal. La Cour semble en outre faire un appel du pied au législateur, en précisant que « le principe d'égalité ne lui imposait pas de prévoir également une action directe, qui est un mécanisme dérogatoire au droit commun, en faveur du maître de l'ouvrage. Toutefois, ce principe d'égalité ne l'empêcherait pas de prévoir une protection spécifique du maître de l'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant ».

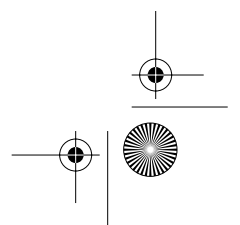
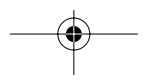
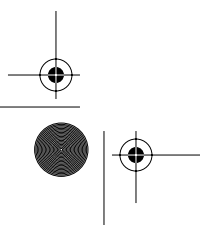
**29. Action du maître de l'ouvrage contre le fournisseur des matériaux.** La question tranchée par la *Cour de cassation* dans son arrêt du **18 mai 2006**<sup>217</sup> présente un grand intérêt pratique : le maître de l'ouvrage dispose-t-il d'une action « directe » contre le fournisseur de matériaux de l'entrepreneur ? Cette question très controversée doit être soigneusement distinguée d'un autre problème distinct, qui ne pose plus guère de difficultés depuis de nombreuses années : il n'est plus contesté, d'une part que l'action en garantie des vices cachés du vendeur d'un bien meuble ou immeuble est transmise aux acquéreurs successifs de ce bien<sup>218</sup>, et, d'autre part, que l'action en responsabilité dont bénéficie le maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur ou l'architecte est également transmise aux acquéreurs successifs de l'immeuble<sup>219</sup>. De manière plus générale, la jurisprudence et la doctrine semblent admettre que les acquéreurs d'un bien bénéficient ainsi des droits *propter rem*, c'est-à-dire des droits et actions fondamentalement attachés à la propriété de cette chose et dont l'exercice ne présente d'intérêt que pour le propriétaire<sup>220</sup> ; l'on peut même parler d'un principe général de transmission à l'ayant cause à titre particulier des actions et garanties attachées à la chose. Plusieurs fondements sont avancés pour justifier cette théorie, notamment

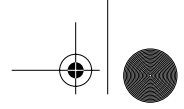
217. Cass., 18 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2009, p. 138, *N.j.W.*, 2006, p. 608, conclusions M.P., note K. VANHOVE, *Pas.*, 2006, p. 1154, *R.W.*, 2007-2008, p. 147, conclusions G. DUBRULLE, note N. CARETTE, *T.B.O.*, 2006, p. 126, conclusions M.P., note W. GOOSSENS.

218. Voy. Cass., 8 juillet 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 302 ; Cass., 5 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 398, *Arr. Cass.*, 1980-1981, p. 382, *Bull.*, 1981, p. 398, *R.W.*, 1981-1982, p. 886, *R.G.E.N.*, 1983, p. 108, *T.Not.*, 1982, p. 22.

219. Voy. *supra* n° 27.

220. Voy. entre autres à ce sujet S. BARRET C. ALTER, *Les effets du contrat*, coll. Pratique et droit, Waterloo, Wolters Kluwer, 2006, p. 71 et réf. citées.





l'article 1122 du Code civil ou, plus fréquemment, l'article 1615 du Code civil, qui consacre l'obligation du vendeur de livrer la chose avec ses accessoires.

Dans le cas d'espèce, est en revanche visée l'hypothèse de la transmission au maître de l'ouvrage, par le contrat d'entreprise conclu entre celui-ci et l'entrepreneur, de l'action en garantie des vices cachés dont est titulaire ce même entrepreneur contre le vendeur des matériaux de construction incorporés dans l'immeuble.

L'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006 tranche la controverse et assimile le maître de l'ouvrage au sous-acquéreur : le fait que la chose viciée soit livrée au maître de l'ouvrage dans le cadre de l'exécution d'un contrat d'entreprise, plutôt que d'un contrat de vente, ne décharge nullement le fournisseur (vendeur) originaire de son obligation de garantie à l'égard de l'utilisateur final du bien ; l'action en garantie se trouve liée à la chose vendue par le vendeur originaire et se transmet à ses différents utilisateurs, même si elle est incorporée dans un ouvrage dont la construction fait l'objet d'un contrat d'entreprise. Les conclusions de l'avocat général font clairement apparaître que c'est l'existence d'un « lien objectif » entre l'action en garantie et le bien transmis, ainsi que la circonstance que cette action inhérente au bien ne présente de l'intérêt que pour le destinataire final du bien, qui justifient, sauf convention contraire, la transmission de l'action à ce dernier ; plus particulièrement, l'avocat général estime qu'il n'y a pas lieu d'interpréter de manière trop restrictive l'article 1615 du Code civil en tant que fondement au principe de la transmission des droits *propter rem* : la distinction que cette interprétation restrictive établirait entre d'une part, l'acquéreur final d'un bien et, d'autre part, le bénéficiaire final d'un bien dans le cadre d'un contrat d'entreprise, n'est donc pas justifiée aux yeux du ministère public, suivi en cela par la Cour dans l'arrêt commenté.

Ce faisant, la Cour rejoint la jurisprudence de la Cour de cassation française qui, depuis un arrêt du 7 février 1986, décide que « le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; qu'il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée »<sup>221</sup>.

L'arrêt de la Cour de cassation se limite à reconnaître le principe de la transmission au maître de l'ouvrage de l'action en garantie des vices cachés dont bénéficie l'entrepreneur contre le fournisseur de matériaux. En revanche,

---

221. Cass. civ. fr. (plén.), 7 février 1986, *D.*, 1986, 286, note A. BENABENT.



la Cour n'a pas été amenée à se prononcer sur l'hypothèse de la transmission au maître de l'ouvrage de l'action en responsabilité décennale (ou de l'action en responsabilité en raison des défauts cachés véniels) dont bénéficie l'entrepreneur contre le sous-traitant ; jusqu'à présent, la jurisprudence refuse de reconnaître l'existence d'une telle « action directe » du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant<sup>222</sup>, et la Cour constitutionnelle n'y trouve rien à redire<sup>223</sup>. Suite à la décision de la Cour de cassation dans cet arrêt du 18 mai 2006, la porte n'est-elle pas laissée entrouverte pour la reconnaissance, à terme, d'un principe d'une transmission au maître de l'ouvrage de l'action en responsabilité décennale contre le sous-traitant ?

Depuis longtemps en effet<sup>224</sup>, l'action en responsabilité décennale (ainsi que l'action en responsabilité contre l'entrepreneur à raison des vices cachés véniels) est, comme l'action en garantie des vices cachés, transmise aux acquéreurs successifs de l'immeuble ; ne doit-elle pas bénéficier également au maître de l'ouvrage, dès lors que l'on accepte la transmission à ce dernier de l'action en garantie des vices cachés contre le fournisseur ? Plusieurs commentateurs de l'arrêt ont franchi le pas : il est vrai que les situations du fournisseur de matériau et du sous-traitant sont proches, tant en fait qu'en droit. Ainsi J. Cabay relève entre autres que les contrats de vente et d'entreprise présentent régulièrement un caractère mixte, mais également que, « (...) si l'on fonde la transmission de l'action sur la théorie de l'accessoire, comme semble le faire la Cour de cassation, ce qui importe en réalité, ce n'est pas qu'il y ait eu transfert de propriété vers l'entrepreneur, mais bien par l'entrepreneur »<sup>225</sup>. En effet, comme l'ajoute F. Glansdorff, c'est « (...) comme accessoire à ce transfert-là (de l'entrepreneur au maître de l'ouvrage) que l'entrepreneur transmet l'action qu'il possède »<sup>226</sup>, de sorte que la qualification du contrat en vertu duquel il détient cette action perd son influence.

Une interprétation des termes l'arrêt de la Cour de cassation dans ce sens nous paraît cependant prématurée, et dépasserait assurément les limites posées dans le pourvoi. La reconnaissance d'une « action directe » générale du maître

222. Voy. entre autres récemment, Liège, 7 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 296, note B. LOUVEAUX, *R.R.D.*, 1994, p. 55 ; Gand, 18 juin 2004, *T.G.R.*, 2004, p. 278, *T.B.O.*, 2004, p. 238 ; Mons, 16 janvier 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 189, *R.R.D.*, 1997, p. 694, note J. FAGNART.

223. Voy. *supra* n° 28.

224. Cass., 8 juillet 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 300.

225. Voy. ainsi J. CABAY, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.*, 2009, p. 767.

226. F. GLANSORFF, « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amorce d'une solution ? », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 555.





de l'ouvrage contre le sous-traitant entraînerait en outre une complète reconsidération, sinon des principes mêmes de la relativité des conventions et de la théorie de l'immunité des agents d'exécution, à tout le moins des conséquences importantes qu'emporte l'application cumulée de ces principes en droit de la construction ; il nous semble improbable que telle ait été la volonté de la Cour en l'espèce.

## SECTION 7

### Fin du contrat d'entreprise

**5**

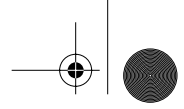
**30. Résiliation unilatérale et indemnité forfaitaire.** L'article 1794 du Code civil confère au maître de l'ouvrage le pouvoir de résilier (pour l'avenir), par sa seule volonté, un marché à forfait pour autant qu'il indemnise l'entrepreneur de ses débours, de ses travaux et de son manque à gagner. Ce texte, qui déroge manifestement au principe de la convention-loi consacré par l'article 1134 du Code civil, n'est plus considéré par la doctrine et la jurisprudence comme une application particulière de l'article 1184 du Code civil<sup>227</sup>. Par la généralité de ses termes, il s'applique à tout ouvrage quelconque, matériel ou intellectuel, pourvu qu'il s'agisse de l'entreprise d'un travail déterminé par son objet ou par un terme exprès (et ce, afin de pouvoir déterminer le *lucrum cessans*)<sup>228</sup>, quelque soit le mode de fixation du prix.

L'article 1794 du Code civil n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent donc y déroger soit pour supprimer ou limiter l'exercice du droit de résiliation,

---

227. Lorsque le maître de l'ouvrage a mis un terme au contrat sans préciser les motifs de cette décision, la tendance est de considérer qu'il l'a fondée sur l'article 1794 du Code civil, avec pour conséquence la possibilité pour l'entrepreneur de réclamer l'indemnisation des frais qu'il a déjà exposés (*damnum emergens*) ainsi que de son *lucrum cessans*. Le contrat étant résilié par sa volonté, il n'est pas plus possible pour le maître de l'ouvrage de solliciter ensuite la résolution pour l'avenir du contrat pour faute grave de l'entrepreneur, sur la base de l'article 1184 du Code civil : la jurisprudence n'admet pas facilement la « requalification » de la résiliation en résolution. La doctrine considère cependant que l'on ne peut priver le maître de l'ouvrage du droit de réclamer des dommages et intérêts pour les inexécutions imputables à l'entrepreneur et antérieures à la résiliation. Voy. sur cette question, entre autres P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 829 ; M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », note sous Mons, 21 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2007, p. 233-234, n° 13 ; P.-A. FORIERS, « Les obligations de l'entrepreneur : les sanctions de l'inexécution », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, coll. CUP, vol. LXIII, Ed. Formation Permanente CUP, Liège, 2003, p. 63-64, n° 52 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstcontract*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1045.

228. Cass., 4 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 7, *R.C.J.B.*, 1981, p. 523, *J.T.*, 1981, p. 99, *Arr. Cass.*, 1980, p. 7, *R.W.*, 1980-1981, p. 2686.



soit pour préciser le montant, les modalités de calcul ou les composantes de l'indemnité. Elles peuvent également convenir d'accorder un tel droit à l'entrepreneur<sup>229</sup>. Le montant de cette indemnité est parfois fort élevé. Même si l'on peut être tenté d'y voir une clause pénale illicite, la **Cour de cassation**, dans un arrêt de principe du **22 octobre 1999**, rappelle la différence entre ces deux clauses : « (...) l'article 1229, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil dispose que la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ; (...) il s'en déduit que la somme stipulée à titre de clause pénale ne peut être qu'une indemnisation forfaitaire du dommage pouvant résulter pour le créancier de l'inexécution de cette obligation et (...) ne saurait, dès lors, être une clause pénale au sens de cet article 1229 la stipulation conventionnelle d'une somme d'argent qui ne constitue pas la réparation d'un dommage mais la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale prévue par le contrat ; (...) en ce cas, il n'appartient pas, en règle, au juge d'apprécier le rapport entre le montant convenu et le dommage susceptible d'être causé par cette résiliation unilatérale »<sup>230</sup>. Dans sa note critique sous cet arrêt, I. Moreau-Margrèverève notamment l'aspect formaliste de la distinction tracée : le droit que le contrat donne au débiteur de ne pas s'exécuter n'est véritablement un droit pour celui-ci que si son exercice est assorti d'une indemnité qui ne vise qu'à réparer le préjudice susceptible d'être encouru par le créancier : « en effet, dès lors que, sous peine de sanction, aujourd'hui, en droit commun, de la réduction, la clause pénale ne peut être qu'indemnitaire, ne serait-il pas logique que soit soumise à une sanction du même ordre l'indemnité fixée en cas d'exercice d'un droit de non-exécution si ladite indemnité se révèle excessive ? Il nous paraît pour le moins heurtant qu'un débiteur en état d'inexécution ne puisse être pénalisé alors que pourrait l'être celui qui exerce le droit de ne pas exécuter que lui reconnaît la convention »<sup>231</sup>. Nonobstant ces critiques convaincantes, la **Cour de cassation** (notamment dans un arrêt le **30 mars 2001** en matière de construction<sup>232</sup>), suivie par les juges du fond<sup>233</sup>, a maintenu cette jurisprudence.

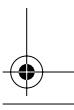
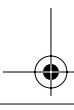
229. Voy. par exemple Liège, 23 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 502.

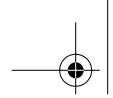
230. Cass., 22 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1373, *R.C.J.B.*, 2001, p. 103, note I. MOREAU-MARGREVE, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1318, *Bull.*, 1999, p. 1373, *J.L.M.B.*, 2000, p. 476, *R.W.*, 2001-2002, p. 1502, *R.G.D.C.*, 2001, p. 552, *R.D.C.*, 2000, p. 181.

231. I. MOREAU-MARGREVE, « Quel sort réserver aux clauses reconnaissant à une partie une faculté de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement d'une somme d'argent ? », note sous Cass., 22 octobre 1999, *R.C.J.B.*, 2001, p. 140.

232. Cass., 30 mars 2001, *Pas.*, 2001, p. 560, conclusions BRESSELEERS, *Arr. Cass.*, 2001, p. 566, conclusions BRESSELEERS (à propos d'un contrat d'entreprise avec application de l'article 1794). Voy. également Cass., 6 septembre 2002, *R.G.D.C.*, 2004, p. 106, *Arr. Cass.*, 2002, p. 1737, *Pas.*, 2002, p. 1546, *R.A.B.G.*, 2003, p. 637, *R.W.*, 2004-2005, p. 300 (en matière de bail).

233. Voy. par exemple Mons, 22 octobre 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 100, note H. SCHELHAAS.





# Table des matières

## 1

### L'instruction des litiges de la construction ..... 7

Anne DEMOULIN

*juge au tribunal de 1<sup>re</sup> instance de Liège, maître de conférence à l'U.Lg.*

Introduction ..... 8

#### SECTION 1

Les mesures alternatives à l'expertise ..... 9

A. *Le caractère subsidiaire de l'expertise* ..... 9

B. *La descente sur les lieux avec expert* ..... 10

C. *L'audition de l'expert à l'audience* ..... 13

D. *L'expertise simplifiée* ..... 14

E. *Les autres mesures d'instruction* ..... 17

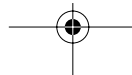
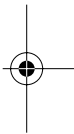
F. *L'échevinage* ..... 17

#### SECTION 2

L'expertise ..... 18

A. *La mission de l'expert en matière immobilière* ..... 18

1. *La rédaction de la mission* ..... 18





- 2. L'expertise est réservée au fait technique ..... 20
- B. *La gestion de l'expertise immobilière* ..... 21
  - 1. Le juge, gestionnaire de l'expertise ..... 21
  - 2. La gestion des délais ..... 23
  - 3. La gestion des coûts ..... 24
  - 4. La gestion des incidents ..... 28
- C. *Une étape délicate dans l'expertise immobilière : la conciliation* ..... 29
- Conclusion ..... 31

## 2

### Actualités en droit des marchés publics : état de la transposition..... 33

Ann Lawrence DURVIAUX  
*professeur à l'U.Lg., avocate*

#### SECTION 1

- État de la transposition ..... 34

#### SECTION 2

- L'arrêté royal du 15 juillet relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ..... 41
- A. *Généralités* ..... 43
- B. *La sélection des candidats* ..... 50
  - 1. Généralités ..... 50
  - 2. Droit d'accès ..... 54
  - 3. Les mécanismes de liste fermée de candidats sélectionnés et de pré-qualification pour les marchés nationaux ..... 59
- C. *Attribution* ..... 61
- D. *Conclusions* ..... 79





### 3

## L'immobilier et la consommation : deux mondes à part ? ..... 81

Jean Pierre RENARD

*avocat, juge suppléant au tribunal de commerce de Nivelles*

Ariane JORIS

*avocat*

Introduction ..... 82

#### SECTION 1

Application *ratione personae* du droit de la consommation  
à l'immobilier ..... 85

A. *Définition du « consommateur »* ..... 85

B. *Définition du « professionnel »* ..... 87

#### SECTION 2

Application *ratione materiae* du droit de la consommation  
à l'immobilier ..... 90

A. *Définition des « produits » et des « biens »* ..... 90

B. *Définition du « service »* ..... 91

C. *Conclusions* ..... 93

#### SECTION 3

Les obligations découlant du droit de la consommation  
sur les professionnels de l'immobilier ..... 94

A. *Introduction* ..... 94

B. *L'obligation de « pratiques commerciales » loyales* ..... 95

1. *Définition de la pratique commerciale* ..... 95

2. *Définition de la pratique commerciale déloyale* ..... 96

3. *Interdiction des pratiques déloyales trompeuses ou agressives* ..... 99

a) *Les pratiques commerciales trompeuses* ..... 100

1° *Les pratiques commerciales trompeuses par commission* ..... 100

2° *Les omissions trompeuses* ..... 102

3° *La liste noire des pratiques commerciales trompeuses* ..... 103



b) <i>Les pratiques commerciales agressives</i> .....	105
1° Définition de la pratique commerciale agressive .....	105
2° Caractéristiques de la pratique commerciale agressive .....	105
3° La liste noire des pratiques agressives .....	106
C. <i>La Protection du Consommateur dans la phase précontractuelle et contractuelle</i> .....	106
1. Les Principes .....	106
2. Le contrat écrit doit être écrit de manière claire et compréhensible .....	107
3. En cas de doute, l'interprétation « la plus favorable au consommateur » vaudra .....	107
4. Toute clause abusive est interdite et nulle .....	108
a) <i>Le principe de l'interdiction des clauses abusives</i> .....	108
b) <i>La liste des clauses abusives « noires »</i> .....	109
1° Première catégorie de clauses abusives : les clauses qui restreignent les droits du consommateur .....	110
2° Deuxième catégorie de clauses abusives : les clauses qui permettent au professionnel de modifier ses obligations .....	112
3° Troisième ensemble de clauses abusives : les clauses abusives qui ont une influence sur la fin du contrat .....	113

**SECTION 4**

Les sanctions attachées aux violations des règles du droit de la consommation .....	114
A. <i>Les sanctions en cas de violation des pratiques commerciales loyales</i> .....	114
1. Les sanctions administratives .....	114
a) <i>La demande de renseignements (article 103 L.P.M.C.)</i> .....	114
b) <i>La procédure d'avertissement (article 123 L.P.M.C.)</i> .....	114
2. Les sanctions civiles .....	115
a) <i>La première sanction en cas d'infraction grave : le remboursement intégral sans restitution</i> .....	115
b) <i>La deuxième sanction dans les autres cas : le remboursement modulé sans restitution</i> .....	116
c) <i>La troisième sanction : la vente forcée. La rétention du produit sans paiement</i> .....	117
3. Les sanctions pénales .....	117
4. L'action en cessation .....	117



B. *Les sanctions en cas de violation de la L.P.M.C. dans la phase précontractuelle et contractuelle (article 75 L.P.M.C.)* ..... 118

**Conclusions** ..... 119

**4**

**L'article 1798 du Code civil :  
une action directe aux voies détournées** ..... 121

Laurent-Olivier HENROTTE

*avocat, assistant à l'U.Lg.*

Alexandre CRUQUENAIRE

*avocat, maître de conférences aux F.U.N.D.P. et chargé de cours invité à l'U.C.L.*

Introduction ..... 123

**SECTION 1**

Un rappel préalable : les éléments caractéristiques du mécanisme de l'action directe ..... 125

**SECTION 2**

Le champ d'application de l'action directe de l'article 1798 du Code civil ..... 126

A. *La notion de sous-traitant* ..... 126

B. *L'application à tout contrat de services - non-limitation au secteur de la construction immobilière* ..... 126

C. *La sous-traitance en cascade : discrimination* ..... 127

**SECTION 3**

Les créances susceptibles d'être invoquées (les créances-causes) ..... 130

A. *Les créances limitées au contrat de sous-traitance* ..... 130

B. *Les créances certaines, exigibles et, le cas échéant, liquides* ..... 130

C. *Les créances en principal et leurs accessoires* ..... 132

**SECTION 4**

Les créances constituant l'assiette de l'action directe (les créances-objets) ..... 133





A. <i>Les créances limitées au contrat principal</i> .....	133
B. <i>Les créances non nécessairement liquides et exigibles         pour l'effet conservatoire de l'action directe</i> .....	134
C. <i>La créance et ses accessoires</i> .....	135
<b>SECTION 5</b>	
Modalités d'exercice de l'action directe .....	135
<b>SECTION 6</b>	
Les effets de l'action directe .....	138
<b>SECTION 7</b>	
Les moyens de défense du maître de l'ouvrage contre l'action directe .....	139
A. <i>Les exceptions tirées des deux rapports contractuels</i> .....	139
B. <i>Les exceptions antérieures à l'exercice de l'action directe –         Le sort particulier de l'exception d'inexécution</i> .....	140
<b>SECTION 8</b>	
L'action directe et les situations de concours .....	141
A. <i>Position de la question</i> .....	141
B. <i>La faillite et la liquidation</i> .....	141
C. <i>La réorganisation judiciaire</i> .....	142
D. <i>La saisie-arrêt</i> .....	142
E. <i>Conclusion en ce qui concerne le droit de préférence</i> .....	144
<b>SECTION 9</b>	
Les clauses dérogatoires à l'article 1798 du Code civil .....	145
<b>SECTION 10</b>	
L'action directe dans un contexte européen .....	147
A. <i>Le tribunal compétent</i> .....	147
1. Les clauses attributives de compétence .....	147
2. Les clauses attributives de compétence et les prorogations de compétences .....	148
3. Les clauses attributives de compétence et les cessions, subrogations ou chaînes de contrats .....	150



Table des matières

4. Les règles de compétence ordinaire ..... 151

B. *La loi applicable* ..... 153

**SECTION 11**

Quelles perspectives pour le mécanisme de l'action directe ? ..... 154

**5**

**Le contrat d'entreprise.**

**Jurisprudence récente des cours suprêmes ..... 161**

Benoît KOHL

*professeur à l'U.Lg., professeur invité à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas),  
avocat*

**SECTION 1**

Qualification du contrat d'entreprise ..... 165

**SECTION 2**

Formation du contrat d'entreprise ..... 176

**SECTION 3**

Exécution du contrat d'entreprise ..... 191

**SECTION 4**

Responsabilité de droit commun de l'entrepreneur  
après la réception des travaux ..... 202

**SECTION 5**

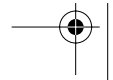
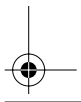
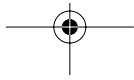
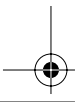
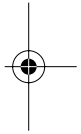
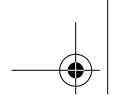
Responsabilité décennale de l'entrepreneur ..... 207

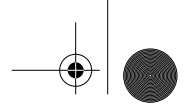
**SECTION 6**

Chaînes des contrats ..... 213

**SECTION 7**

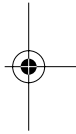
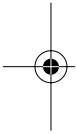
Fin du contrat d'entreprise ..... 221

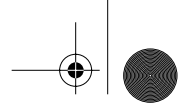




## Titres parus dans le cadre de la Commission Université-Palais (CUP)

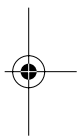
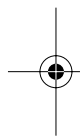
- Mai 2011 (vol. 126)** La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire (288 pages)
- Mars 2011 (vol. 125)** Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur (224 pages)
- Février 2011 (vol. 124)** Le nouveau droit belge de la concurrence (304 pages)
- Janvier 2011 (vol. 123)** Droit des familles (264 pages)
- Décembre 2010 (vol. 122)** Actualités en droit judiciaire (240 pages)
- Novembre 2010 (vol. 121)** La vente immobilière : aspects civils, administratifs et fiscaux (360 pages)
- Octobre 2010 (vol. 120)** Actualités du droit de l'entreprise en difficulté (272 pages)
- Septembre 2010 (vol. 119)** Droit de la responsabilité. Domaines choisis (360 pages)
- Mai 2010 (vol. 118)** Actualités en droit familial international (264 pages)
- Mars 2010 (vol. 117)** Le droit des victimes (264 pages)
- Février 2010 (vol. 116)** Actualités de droit social (352 pages)
- Janvier 2010 (vol. 115)** Administration provisoire, questions pratiques (280 pages)
- Décembre 2009 (vol. 114)** Actualités en droit de l'exécution forcée (304 pages)
- Novembre 2009 (vol. 113)** La copropriété (264 pages)
- Octobre 2009 (vol. 112)** Le bail et le leasing immobilier (384 pages)
- Septembre 2009 (vol. 111)** Actualités en droit fiscal. Les effets de la crise bancaire et dix ans de réforme de la procédure (312 pages)
- Mai 2009 (vol. 110)** Le droit de la distribution (376 pages)
- Mars 2009 (vol. 109)** Protection du consommateur, pratiques commerciales et technologies de l'information et des communications (256 pages)
- Février 2009 (vol. 108)** Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états (256 pages)
- Janvier 2009 (vol. 107)** Droit de la responsabilité (320 pages)
- Décembre 2008 (vol. 106)** Actualités en droit des assurances (434 pages)
- Novembre 2008 (vol. 105)** Le contentieux administratif – Questions d'actualité (178 pages)
- Octobre 2008 (vol. 104)** Chronique de jurisprudence en droit des biens (388 pages)





- Septembre 2008 (vol. 103)** Actualités de droit familial. Le point en 2008 (190 pages)  
**Mai 2008 (vol. 102)** L'effet de la décision de justice : contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal (256 pages)  
**Avril 2008 (vol. 101)** L'exécution des condamnations pénales (336 pages)  
**Février 2008 (vol. 100)** Sûretés et procédures collectives (272 pages)  
**Janvier 2008 (vol. 99)** La preuve. Questions spéciales (288 pages)  
**Décembre 2007 (vol. 98)** L'accès à la justice (272 pages)  
**Novembre 2007 (vol. 97)** Réforme du droit de la jeunesse (232 pages)  
**Octobre 2007 (vol. 96)** Droit des obligations (224 pages)  
**Septembre 2007 (vol. 95)** Le droit judiciaire en mutation (360 pages)  
**Mai 2007 (vol. 94)** Questions de droit social (376 pages)

**Les ouvrages édités en 2007, 2008, 2009 et 2010 sont disponibles à la vente chez ANTHEMIS :**  
tél. 010/42 02 90 – fax 010/40 21 84 – e-mail : [info@anthemis.be](mailto:info@anthemis.be) – [www.anthemis.be](http://www.anthemis.be)



- Décembre 2006 (vol. 91)** Actualités de droit pénal et de procédure pénale (328 pages)  
**Novembre 2006 (vol. 90)** La vente, un contrat usuel très réglementé (320 pages)  
**Octobre 2006 (vol. 89)** Le statut des actionnaires. Questions spéciales (344 pages)  
**Septembre 2006 (vol. 88)** La nullité des contrats (286 pages)  
**Mai 2006 (vol. 87)** Les actions en cessation (480 pages)  
**Mars 2006 (vol. 86)** Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil (400 pages)  
**Février 2006 (vol. 85)** Phenix et la procédure électronique (302 pages)  
**Janvier 2006 (vol. 84)** La réparation du dommage : le décès (448 pages)  
**Décembre 2005 (vol. 83)** Actualités en droit judiciaire (444 pages)  
**Novembre 2005 (vol. 82)** Droit fiscal de la famille (288 pages)  
**Octobre 2005 (vol. 81)** Actualités en droit de la jeunesse (328 pages)  
**Septembre 2005 (vol. 80)** Actualités du contentieux familial international (294 pages)  
**Mai 2005 (vol. 79)** Droit médical (348 pages)  
**Avril 2005 (vol. 78)** Contrainte, limitation et atteinte à la propriété (302 pages)  
**Février 2005 (vol. 77)** Droit des étrangers (350 pages)  
**Janvier 2005 (vol. 76)** La cession du fonds de commerce (276 pages)  
**Décembre 2004 (vol. 75)** Le crédit à la consommation (272 pages)  
**Novembre 2004 (vol. 74)** Le droit disciplinaire des Ordres professionnels (176 pages)  
**Octobre 2004 (vol. 73)** L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ? (272 pages)

**Ces ouvrages sont disponibles à la vente chez De Boeck Services :**  
tél. 010/48 25 00 – fax 010/48 25 19 – e-mail : [commande@deboeckservices.com](mailto:commande@deboeckservices.com)

