

*SOUS-TRAITANCE :
QUESTIONS SPÉCIALES*

Benoît KOHL,
assistant à l'U.Lg.,
avocat

SOMMAIRE

INTRODUCTION 73

SECTION I

SOUS-TRAITANCE ET OUTSOURCING 75

A Définition du contrat de sous-traitance 75

B Distinction avec d'autres contrats. Aperçu 76

C Le contrat d'outsourcing 78

1. Notion 78

2. Distinction avec le contrat de sous-traitance 79

3. Régime juridique du contrat d'outsourcing 79

a) Clauses aménageant la collaboration 80

b) Clauses relatives à la durée du contrat 82

SECTION II

AUTONOMIE DES CONVENTIONS 85

A Autonomie des contrats et conséquences 86

1. L'autonomie des contrats 86

2. Applications concrètes de l'autonomie des conventions 89

a) Relations entre les deux parties extrêmes de la « chaîne » 89

b) Naissance du contrat de sous-traitance.....	100
c) La réception des travaux.....	102
d) Les retards d'exécution - clauses pénales ...	103
e) Fixation du prix et clause de révision de prix.....	104
f) Clause d'arbitrage.....	106
g) Changements et suppléments dans les entreprises à forfait.....	106
h) Droit de résiliation unilatérale.....	107
i) Les paiements.....	108
j) Obligations des parties - Clauses d'exonération - Responsabilité décennale ..	109
k) Extinction du contrat principal.....	112
B Les limites à l'autonomie des contrats dans la sous-traitance.....	113
1. La transparence contractuelle.....	115
2. Les groupes de contrats : un concept insuffisant.....	118
a) Notion.....	118
b) Régime juridique.....	120
3. Les autres mécanismes.....	122
a) La responsabilité contractuelle du fait d'autrui.....	123
b) Les aménagements conventionnels.....	124
c) Nullité et caducité.....	125

SECTION III

L'ACTION DIRECTE.....	129
A Les conditions d'application de l'action directe.....	131
1. Bénéficiaires de l'action directe.....	132
2. Créance - cause et assiette de l'action directe.....	135

a) Créance-cause.....	135
b) Assiette.....	136
c) Arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2001.....	138
3. Clauses dérogatoires.....	141
4. Action directe et faillite.....	142
B Le fonctionnement de l'action directe.....	145
1. L'indisponibilité de la créance-assiette.....	145
2. L'opposabilité des exceptions.....	147

Introduction

1. De longue date, le recours à la sous-traitance constitue un trait marquant de toute opération de construction, même d'envergure limitée.

Plus récemment, dans le secteur industriel, nombre d'acteurs économiques ont également adopté ce mode d'organisation. « *Les grands groupes industriels ont (...) de plus en plus tendance à se concentrer sur un nombre restreint d'activités stratégiques pour lesquelles ils possèdent un savoir spécifique. Dès lors, ils se sont mis à rechercher des sous-traitants capables de prendre en charge le développement, la conception et la fabrication de produits ou d'ensemble de produits (...). L'organisation concentrée de la production, reposant sur des entités à fort degré d'intégration, a donc laissé progressivement place à un réseau fondé sur la spécialisation et l'interdépendance d'entreprises partenaires* » (1).

2. L'ampleur du phénomène se marque aussi sous l'angle du droit. Toutefois, une étude générale du régime juridique de la sous-traitance ne trouvait pas ici sa place, d'autant que la Commission Droit et Vie des Affaires de l'Université de Liège lui a précisément consacré sa dernière journée d'études (le 18 avril 2002) (2).

(1) F. WALSCHOT, « Nouvelles dimensions de la sous-traitance », in *La sous-traitance*, C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, (à paraître en 2003), p. 3 du rapport provisoire.

(2) Les actes de ce colloque seront publiés en 2003 aux éditions Bruylant.

L'on s'attachera plutôt à l'analyse de quelques « morceaux arbitrairement choisis » dans cette matière :

- la distinction, dans le domaine industriel, entre le contrat de sous-traitance et le phénomène de l'*outsourcing* (section D) ;
- les conséquences et les limites à l'autonomie des contrats, notamment la question de la transparence contractuelle (section II) ;
- la jurisprudence récemment publiée en ce qui concerne l'ac-tion directe des sous-traitants (section III).

Section I

Sous-traitance et *outsourcing*

A. Définition du contrat de sous-traitance

3. Aucune disposition légale ne définit le contrat de sous-traitance. Certaines y font néanmoins écho (3) (4).

La doctrine et jurisprudence belge s'accordent cependant à qua-lifier comme telle la convention par laquelle une personne s'en-gage envers un entrepreneur principal, en dehors de tout lien de subordination, à exécuter tout ou partie du marché que ce der-nier a conclu avec le maître de l'ouvrage (5).

(3) Voy. l'article 1798 du Code civil, l'article 20, 12° de la loi hypothécaire, l'article 6 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exé-cution des marchés publics et des concessions de travaux publics ou l'article 30 bis, § 1er, 4° de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité des travailleurs (cette dernière disposition contient bien une définition du « sous-traitant », mais ne vise que la sous-traitance dans le domaine particulier de la construction).

(4) En droit français, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance définit celle-ci comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, tout ou partie du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage » (article 1er de la loi, tel que modifié par la loi du 11 décembre 2001).

(5) Voy. récemment Bruxelles, 17 septembre 1999. *R.R.D.*, 2000, p. 41, note P. Wéry : « pour avoir la qualité de sous-traitant, il faut, mais il suffit de se voir confier en totalité ou en partie l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage » (location de containers par le sous-traitant et évacuation par celui-ci des produits de démolition et des déchets).

B. Distinction avec d'autres contrats. Aperçu

4. Le contrat de sous-traitance présenté, sous certains aspects, des similitudes avec d'autres contrats, au premier rang desquels figure le louage d'ouvrage.

5. L'absence de lien de subordination dans les relations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant ainsi que l'indépendance dont dispose ce dernier pour réaliser les objectifs assignés permettent, malgré le pouvoir d'organisation du chantier revenant à l'entrepreneur (6), de rejeter la qualification de contrat de travail qui pourrait être donnée à la convention. La distinction reste cependant délicate, en particulier par rapport au mécanisme de mise à disposition de personnel (7).

6. La distinction entre le contrat de sous-traitance et le contrat de vente présente également de grandes difficultés dans l'hypothèse où le sous-traitant fournit à la fois la matière et son travail.

Si les parties ne se sont pas exprimées clairement, doctrine et jurisprudence ont actuellement tendance à retenir le critère dit de « spécificité ». Le contrat de sous-traitance doit être qualifié de contrat de vente dès lors que le bien fourni par le sous-traitant apparaît comme un bien « standard », fabriqué selon pas ou peu de spécifications de l'entrepreneur principal (produits comman-

(6) Voy. Bruxelles, 3 octobre 1988, *R.G.A.R.*, 1989, 11.553.

(7) Voy. M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, Coll. Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 237, n° 294 et réf. citées ; voy. également S. POURVOYEUR, « Relations juridiques de base de la sous-traitance. Différence avec d'autres relations contractuelles », *Bull. ass.*, 1998, Dossier 4, pp. 19 et s. ; A. DELVAUX et F. POTTIER, « Relations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Questions spéciales », in *La sous-traitance*, C.D.V.A., op. cit., pp. 11-12 rapport provisoire.

dés sur catalogue, fabriqués en série, standardisés ou stockables, ...) (8) ; en revanche, lorsque l'ouvrage fourni répond aux plans et spécifications de l'entrepreneur principal, le contrat sera qualifié de contrat d'entreprise.

Cette distinction présente une grande importance, notamment en ce qui concerne la question du transfert de la propriété, de la garantie des vices cachés ou de la responsabilité décennale.

7. En ce qu'elle repose sur l'absence de liens contractuels directs entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, la sous-traitance se démarque enfin de la « cotraitance » ou de la dévolution d'un marché par « lots séparés » (9). L'on rapprochera par ailleurs ces derniers mécanismes de la sous-traitance « imposée », dont l'utilisation apparaît sans cesse croissante et qui pourrait, aux yeux de certains, suggérer une requalification du contrat et une nouvelle répartition des responsabilités des divers intervenants (10).

(8) Sur le critère de la spécificité, voy. entre autres les références citées in A. FETTWELS, « L'option préliminaire : commande d'un ouvrage ou achat d'un bien à fabriquer ou à construire », *Act. Dr.*, 1991, p. 867 ; M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 13 et ss. ; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, op. cit., pp. 28-30, n° 12-13 ; sur le régime des responsabilités, voy. entre autres J.P. VERGAUWE, « La responsabilité du fabricant de matériaux en matière de construction immobilière », *Res et Jur. imm.*, 1984, p. 29.

(9) Sur ces notions voisines et leurs modalités (notamment le délicat problème de la coordination des travaux), voy. M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Chronique de jurisprudence. La sous-traitance », *J.T.*, 1983, pp. 355-356, n° 7-8 bis ; *id.*, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, op. cit., pp. 73-74, n° 90 ; E. DIRIX, « Onderaanneming », *Entr. et dr.*, 1991, p. 30, n° 2.

(10) À ce sujet, voy. A. DELVAUX et F. POTTIER, op. cit., pp. 22 et ss. rapport provisoire.

C. Le contrat d'outsourcing

1. Notion

8. La sous-traitance de spécialité connaît une croissance importante dans le secteur industriel, les entreprises choisissant de se concentrer sur leur « *core business* » (11). À côté du mécanisme de la sous-traitance est apparu un autre phénomène qui ne peut être confondu avec lui : l'*outsourcing*.

Le Professeur Fontaine, proposant une définition de cette notion, suggère de la réserver :

« (...) à des opérations par lesquelles une entreprise confie à un tiers fournisseur, en dehors d'un lien de subordination, la prise en charge d'une de ses activités internes, qu'elle considère comme ne relevant pas de son « *core business* ». Par activité interne, on entend en principe un ensemble de services rendus à l'entreprise elle-même, par opposition à l'exécution de prestations dues à la clientèle » (12).

Nombreuses sont ainsi les entreprises qui « externalisent » certaines de leurs activités qui ne constituent pas le cœur de leur métier : services de surveillance, de nettoyage, de restauration, d'informatique, de sélection du personnel, de comptabilité, ... (13).

(11) Voy. *supra* n° 1.

(12) M. FONTAINE, « Le contrat d'outsourcing. Analyse d'ensemble et distinction des opérations voisines », in *Les aspects juridiques de l'outsourcing*, Colloque U.C.L., Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 17, n° 20.

(13) L'*outsourcing* touche parfois des activités de base de certaines entreprises ; tel est par exemple le cas de la gestion des sinistres dans certaines entreprises d'assurance (voy. C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'outsourcing*, op. cit., p. 54, n° 2 : citant par ailleurs une étude de McKinsey, l'auteur précise que « les entreprises devraient économiser 400 milliards USD en recourant à l'externalisation de leurs services. A l'horizon 2008, l'ensemble des volumes d'activités outsourcing devraient peser quelques 500 milliards USD »).

2. Distinction avec le contrat de sous-traitance

9. La sous-traitance suppose la superposition de deux rapports contractuels : un contrat principal est conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entreprise ; par un second contrat, celle-ci charge le sous-traitant d'exécuter tout ou partie du travail.

En revanche, dans l'*outsourcing*, l'activité externalisée ne consiste pas dans la réalisation de tout ou partie du contrat conclu avec le client, mais dans une des fonctions internes à l'entreprise elle-même (14) (15).

10. La doctrine la plus récente déconseille dès lors à juste titre d'utiliser la notion de « sous-traitance » dans un sens large, synonyme d'*outsourcing* (16) : une société ne « sous-traite » pas son service informatique, mais confie cette activité à un tiers, en dehors de tout lien de subordination.

3. Régime juridique du contrat d'outsourcing

11. Le régime juridique du contrat d'*outsourcing* a fait l'objet de plusieurs rapports présentés à l'occasion d'un colloque consacré à ce phénomène le 22 février 2002 à l'Université Catholique de Louvain (17).

(14) Voy. M. FONTAINE, op. cit., p. 11, n° 6.

(15) L'*outsourcing* se distingue enfin du contrat de travail (le prestataire de service conserve son indépendance), de la filialisation (l'entreprise filiale demeure partie intégrante du groupe et peut donc exercer une activité relevant du « *core business* » de ce groupe), de la franchise ou la concession de vente (si l'activité de distribution est concédée à un tiers, ce dernier est néanmoins mis en contact direct avec le client, alors que dans l'*outsourcing*, le prestataire de services fournit ceux-ci à l'entreprise cocontractante, non aux clients de celle-ci) et de la *joint venture* (qui suppose la gestion conjointe d'un projet et le partage des profits). Voy. à ce sujet D. PHILIPPE, « Introduction au contrat d'outsourcing et règlement alternatif des conflits dans ce contrat », *Cah. Jur.*, 2002, pp. 37-38.

(16) Voy. M. FONTAINE, op. cit., p. 12, n° 8 ; C. DELFORGE, op. cit., pp. 59-61, n° 14-17.

(17) Les actes de ce colloque ont été récemment publiés aux éditions Bruylant (op. cit.).

12. Le contrat d'*outsourcing* est un contrat d'entreprise au sens large, régi par quelques règles du Code civil, mais principalement par la libre volonté des parties. Dans ce contrat sont donc présentes de nombreuses clauses « classiques », que l'on peut retrouver dans d'autres contrats de service : clauses de force majeure et de *hardship*, de *best efforts*, *reasonable care* et *due diligence*, de non concurrence, de confidentialité, de limitation de responsabilité, ... (18).

L'on se limitera ici à une brève description des clauses les plus caractéristiques de ce contrat, renvoyant pour le surplus aux études réunies dans l'ouvrage précité (19).

a) Clauses aménageant la collaboration

13. L'entreprise qui externalise un service désire en conserver une large maîtrise et le contrat d'*outsourcing* consacre la confiance mutuelle que se promettent les parties. Aussi renfermera-t-il un ensemble de clauses mettant en place la coopération entre les parties ; Madame Delforge cite ainsi, entre autres (20) :

- les clauses érigant le devoir de coopération en obligation essentielle du contrat ;

(18) Voy. les rapports de Monsieur M. FONTAINE et de Madame C. DELFORGE dans l'ouvrage précité ; l'on consultera également, à ce sujet, les récentes contributions du « Groupe de travail sur les contrats internationaux », publiées in *R.D.A.I.*, 2002, n° 3/4, (n° spécial « la rédaction des contrats internationaux »), pp. 251-471, et les nombreuses références citées.

(19) Outre le droit des obligations et des contrats, le phénomène de l'*outsourcing* touche bien entendu d'autres branches du droit, notamment le droit international privé, le droit fiscal ou le droit social (l'*outsourcing* conduit souvent à des transferts de personnel, soit de l'entreprise qui externalise vers le fournisseur, soit en sens inverse ; les réglementations applicables au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert conventionnel d'entreprises, au travail intérimaire, à la mise à disposition de personnel, voire aux licenciements collectifs, sont susceptibles de trouver application en la matière). Sur chacun de ces points, nous renvoyons aux rapports de Messieurs D. PHILIPPE (« Aspects internationaux et gestion des conflits »), A. DE VIRON (« Les aspects fiscaux de l'*outsourcing* ») et F. ROBERT (Les aspects sociaux de l'*outsourcing*), dans l'ouvrage précité.

(20) Voy. C. DELFORGE, *op. cit.*, pp. 138-139, n° 226.

- les clauses autorisant un affinement du contenu des obligations réciproques au gré de la survenance d'événements particuliers ;
- les mécanismes de répartition des risques et bénéfices en cours d'exécution ;
- les mesures de représailles en cas d'inexécution ;
- l'exigence d'une mise en demeure préalable à l'application de toute sanction, contractuelle ou judiciaire ;
- les clauses aménageant soigneusement la possibilité de mettre un terme à la coopération,
- ...

14. Plus caractéristiques encore sont les clauses qui organisent la gestion conjointe du contrat (clauses assurant le « pilotage », ou « clauses de suivi de l'exécution », « *contract monitoring arrangements* »). La société d'*outsourcing* doit en effet s'adapter continuellement aux autres services internes du bénéficiaire et des interfaces entre les deux entreprises sont nécessaires. Le contrat organisera donc la création d'organes chargés :

- de la gestion quotidienne des projets ;
 - de la surveillance des projets ;
 - de la prise des décisions stratégiques.
- « Les organes de gestion quotidienne peuvent se réunir de manière fréquente mais plus informelle (par exemple, au moins une fois tous les trois jours) ; les organes de surveillance une fois tous les six mois et les organes stratégiques une fois par mois.

Les organes peuvent avoir une composition paritaire et des pouvoirs de décision peuvent leurs être octroyés pour les décisions techniques notamment. La plus grande li-

berté est de mise et les clauses sont adaptées à la nature du projet » (21).

La création de ces organes va régulièrement de pair avec l'instauration de procédures de *reporting*, imposant au fournisseur la remise de rapports périodiques, ou d'audit, qui autorisent l'entreprise bénéficiaire à exercer un contrôle permanent des services fournis.

15. Par ailleurs, le contrat contiendra souvent une clause de « *benchmarking* » (22). Cette clause impose au fournisseur d'assurer à l'entreprise bénéficiaire la compétitivité de ses prestations au regard du marché concerné. La remise régulière de rapports d'activité permet d'établir la preuve du maintien des performances de la société d'*outsourcing* ; celle-ci s'oblige à comparer en permanence sa qualité de service avec celle offerte par la concurrence.

Dans certains cas, le fournisseur peut être tenu d'informer le bénéficiaire des évolutions technologiques du marché concerné et « (...) de proposer à son cocontractant les aménagements nécessaires afin de réduire les coûts afférents à l'activité externalisée » (23).

b) Clauses relatives à la durée du contrat

16. Le contrat d'*outsourcing* s'inscrit dans la durée, « (...) afin de permettre au prestataire d'amortir les dépenses faites et au client de ressentir les bienfaits de sa décision » (24).

(21) D. PHILIPPE, « Introduction au contrat d'*outsourcing* et règlement alternatif des conflits dans ce contrat », *op. cit.*, p. 38 ; voy. également C. DELFORGE, *op. cit.*, pp. 141-143, n° 233-237.

(22) Voy. les exemples de clauses analysés par M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 22, n° 30-31 et C. DELFORGE, *op. cit.*, pp. 143-145, n° 238-242.

(23) C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 144, n° 241.

(24) C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 67, n° 32.

Les clauses relatives à la durée du contrat présenteront dès lors une importance considérable. Le contrat présentera ainsi les clauses habituellement présentes dans un contrat à prestations successives (25) (clauses précisant un terme, clause de reconduction ou de prorogation (26), clauses résolutoires expresse pour faute, clauses de résiliation unilatérale, de force majeure ou de *hardship*,...) et des clauses plus spécifiques au contrat d'*outsourcing*, telles que les clauses d'évolution et de renégociation ou les clauses de réversibilité (27) :

17. Les clauses de renégociation obligent mutuellement les parties « (...), en cas de lacune du contrat ou de survenance de circonstances imprévues, à discuter les éventuelles adaptations nécessaires et éviter de la sorte que le contractant n'en appelle à une mesure plus drastique comme le recours aux tribunaux » (28).

18. Les clauses de réversibilité envisagent la manière selon laquelle l'entreprise bénéficiaire, une fois la collaboration achevée, pourra récupérer la direction pleine et entière des services dont

(25) Sur ce type de contrats, voy. J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, Paris, L.G.D.J., 1969 ; M. TROCHU, « L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive », in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouart*, Paris, Dalloz, 1994 ; L. CORNELIS, F. GLANSDORFF, J. HERBOTS, P. MARCHANDISE, D. PHILIPPE et F. WALSHOT, *La vie du contrat à prestations successives*, Bruxelles, éd. J.B., 1991.

(26) Voy. à ce sujet nos études : « Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat. II. Les clauses qui organisent la poursuite des relations contractuelles », *R.D.A.I.*, 2002, pp. 443 et ss. ; « La prorogation et la reconduction du contrat », in *La fin du contrat*, Liège, éd. C.U.P., vol. 51, pp. 261-312.

(27) Voy. C. DELFORGE, p. 67, n° 32.

(28) C. DELFORGE, *op. cit.*, pp. 109-109, n° 148 ; l'auteur précise (note 148, p. 108) que « (...) de telles clauses pourraient paraître inutiles dans la mesure où il ne fait aucun doute que la volonté commune des parties peut toujours modifier le contenu des obligations respectives. Pourtant, elles demeurent importantes en ce qu'elles disciplinent les parties et, d'un point de vue psychologique, favorisent certainement la recherche d'une solution de compromis ».

elle s'était partiellement dépossédée (29) ; ainsi, par exemple, « (...) lorsqu'un utilisateur délègue son informatique, il perd peu à peu son savoir-faire en la matière. Conscientes de cette peur du non-retour, les sociétés de service informatique prévoient des mécanismes techniques et contractuels de réversibilité : nous nous engageons à réinstaller le système informatique chez le client et à le faire redémarrer avec son personnel » (30).

Ces dernières clauses renfermeront des obligations post-contractuelles (31) : obligation pour le fournisseur de poursuivre une assistance (rémunérée) de son client après l'expiration du contrat (32), de remettre en possession de celui-ci les biens dont il est demeuré propriétaire durant la relation, autorisation expresse, pour le client, de « débaucher » le personnel de son fournisseur qui était spécifiquement affecté à la gestion du service externalisé,...

(29) Cette reconversion peut être facilitée, durant l'existence du contrat, par la mise en place des comités de pilotage, la tenue de réunions fréquentes, la remise de rapports d'activité et l'audit de la société d'*outsourcing* (voy. *supra*, n° 14), ainsi que par l'obligation mise à charge de cette dernière de notifier à l'entreprise bénéficiaire un délai de préavis suffisamment long, lui permettant de recouvrir progressivement son autonomie (voy. C. DELFORGE, *op. cit.*, pp. 129-130, n° 197-200).

(30) S. ROZENFELD, « Contrat de facilités management. Des pratiques à géométrie variable », *Expertises*, 1998, p. 215, cité par D. PHILIPPE, « Introduction au contrat d'*outsourcing* et règlement alternatif des conflits dans ce contrat », *op. cit.*, p. 39.

(31) Sur le régime juridique des obligations post-contractuelles, voy. entre autres M. FONTAINE, « Les obligations survivant au contrat » dans les *contrats internationaux*, *D.P.C.I.*, 1984, pp. 7-27 ; cette étude a été reprise en 1989 dans l'ouvrage regroupant les différentes chroniques du groupe de travail « contrats internationaux » (voy. M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Paris, coll. FEDUCI, FEC, 1989, pp. 323-340) ; G. CARLE, « Les obligations post-contractuelles », in L. Cornelis et P. Van Ommeslaghe (dir.), *La fin du contrat*, Bruxelles, ABJE et CJB, 1993, pp. 257-285 ; F. JADOUL, « La liquidation de la situation contractuelle », in L. Cornelis et P. Van Ommeslaghe (dir.), *La fin du contrat*, *op. cit.*, pp. 211-254, spéc. pp. 242-244 ; en France, J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Levallois, Éd. Francis Lefebvre, 1999, pp. 653-676, n° 1782-1842 ; M. TROCHU, *op. cit.*, spéc. pp. 386-388.

(32) « Il arrive encore que le fournisseur s'engage contractuellement à aider le client dans la prospection d'un nouveau contractant » (C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 132, n° 204).

Section II

Autonomie des conventions (33)

19. La sous-traitance fait naître une relation entre trois parties distinctes : le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant (34). Cette opération économique présente la forme d'une chaîne de contrats (35).

20. Malgré les rapports étroits entre les trois protagonistes, les deux conventions restent juridiquement indépendantes l'une par rapport à l'autre. Le contrat de sous-traitance revêt un caractère autonome par rapport au contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. Les nombreuses conséquences de cette indépendance entre les contrats (tant au niveau de leur formation, que de leur exécution ou de leur extinction) ne vont pas sans poser certaines difficultés.

Aussi les dérogations et les limites à cette autonomie des conventions sont-elles considérables. Elles ont pour origine la loi, la jurisprudence ou la volonté des parties.

(33) La présente section constitue une version réaménagée de la première partie du rapport que nous avons rédigé avec le Professeur Michèle VANWIJCK-ALEXANDRE, à l'occasion du colloque de la Commission Droit et Vie des Affaires (C.D.V.A.) de l'Université de Liège, le 18 avril 2002. Les actes de ce colloque seront publiés en 2003 aux éditions Bruylant.

(34) Voy. E. DIRIX, *op. cit.*, p. 30, n° 1.

(35) Sur la notion de chaîne de contrats, voy. en droit français B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975, p. 37 et s.

Dans une première partie, nous présenterons quelques conséquences de l'autonomie des contrats. Ensuite seront abordées les limites à cette autonomie.

A. Autonomie des contrats et conséquences

1. L'autonomie des contrats

21. Aux termes de l'article 1165 du Code civil, « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu à l'article 1121 ».

Un contrat ne produit son effet obligatoire (ou ses effets internes) qu'à la charge et au profit des parties contractantes. Elles seules peuvent en invoquer ou s'en voir imposer l'effet obligatoire ; à l'inverse, les tiers ne peuvent tirer aucun droit d'un con-

trat auquel ils n'ont pas pris part, ni se voir en imposer les obligations (36).

La Cour de cassation a récemment rappelé la vigueur du principe de l'effet relatif des contrats : « hormis le cas de la stipulation à son profit, un tiers ne peut demander à son bénéficiaire l'exécution d'une obligation résultant d'une convention et il ne peut invoquer le caractère obligatoire d'une convention à laquelle il n'est pas partie aux fins de limiter ses obligations envers un contractant » (37).

Le principe de la relativité des conventions prend une dimension particulière dans le cadre de la sous-traitance.

(36) Pour une étude récente et générale du principe de la relativité des conventions, de ses applications et de ses limites, voy. S. BAR, « Les effets internes du contrat », in *Commentaire Pratique. Les Obligations*, Bruxelles, Kluwer, 2002, II.1.7. On ne doit cependant pas déduire de ce principe que le contrat n'est rien pour les tiers. Il constitue un fait qui existe pour tout le monde ; il en est de même pour la situation de fait ou de droit qui en découle (effets externes, qui traduisent l'existence du contrat en tant que réalité que les tiers ne peuvent ignorer). Les tiers doivent tenir compte de l'existence du contrat et peuvent éventuellement s'en prévaloir : se trouve ainsi défini le principe de l'opposabilité des conventions. Cette distinction entre effets internes et effets externes est désormais consacrée par la jurisprudence et par les plus grands auteurs (voy. Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272 ; Cass., 11 avril 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 156 ; Cass., 9 mars 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 491 ; Cass., 9 juillet 1953, *Pas.*, 1955, I, p. 910 ; Cass., 3 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 272 ; en droit belge, l'on consultera également, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, tome I, 3ème éd., n° 118 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 503-505, n° 46 ; M. FONTAINE, « Effets internes et effets externes », in M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 227, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 40-66 ; E. DIRIX, *Obligatoire verbodungen tussen contractanten en derde*, Anvers, Kluwer, 1984, pp. 17-18 ; J. LIMPENS, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, 1961, pp. 88-104 ; J.P. MASSON, « La relativité des actes juridiques : vérité d'évidence ou prétendue règle ? », note sous cass., 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1973, pp. 290-301 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 146-147, n° 163 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers et Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, pp. 347-348, n° 282).

(37) Cass., 9 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 448, p. 1114.

En effet, la sous-traitance fait naître deux contrats distincts : le premier entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal, le second entre celui-ci et le sous-traitant. Le sous-traitant est donc un entrepreneur pour la partie de l'ouvrage qu'il exécute et assume toutes les obligations reconnues dans un contrat d'entreprise au profit du maître de l'ouvrage.

22. Même si les deux conventions sont fondamentalement liées sur le plan économique, le contrat de sous-traitance demeure autonome par rapport au contrat principal liant le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur ; le contrat de sous-traitance n'est nullement accessoire au contrat principal, et peut répondre à des conditions propres au regard de celles imposées par le maître de l'ouvrage. Bref, les deux contrats sont juridiquement indépendants : « *Hoewel er economisch gezien fundamenteel mee verbonden, blijft het onderaannemingscontract juridisch een zelfstandige overeenkomst onderscheiden van de hoofdaaneming* » (38).

Par conséquent, le maître de l'ouvrage doit être considéré, sauf exceptions, comme un tiers par rapport à la convention de sous-traitance. Pareillement, le sous-traitant est un tiers au regard de la convention d'entreprise générale.

(38) Comm. Hasselt, 31 octobre 1995, R.W., 1995-1996, p. 993 ; voy. également A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, coll. *Rep. Not.*, tome IX, livre VIII, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 107, n° 85-1 ; M. WUYTSWINKEL et C. JASSOGNE, « Le contrat d'entreprise », in C. Jassogne (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, tome I, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 342, n° 443 ; M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *op. cit.*, p. 238, n° 295 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », R.C.J.B., 1999, pp. 824-829, n° 196 ; Th. BRAUN, « La sous-traitance », in *Guide de droit immobilier*, titre IV, chap. 11, Bruxelles, Story-Scientia, 1996, p. 59 ; W. GOOSSENS, « Kwalificatie en (on-)afhankelijkheid van de onderaannemingsovereenkomst », (a parâtre), n° 42 ; F. BURSSENS, « Rechtspraakroniek van de vastgoedberoepen, deel III : de aannemer van werken en van diensten (1988-2000) », *Rev. dr. imm.*, 2002, p. 57.

Appliqué à cette situation, le principe de la relativité des conventions interdit en principe au sous-traitant de se prévaloir de droits nés du contrat principal ou d'exiger l'exécution d'obligations que crée ce dernier. La situation du maître de l'ouvrage à l'égard du contrat de sous-traitance est similaire.

23. Les Cours et tribunaux ont été confrontés à de nombreuses situations qui leur ont permis rappeler la rigueur de ces principes.

2. Applications concrètes de l'autonomie des conventions

a) Relations entre les deux parties extrêmes de la « chaîne »

24. Nous avons constaté que la sous-traitance se caractérise notamment par la création d'une « chaîne » de contrats, reliés en leur centre par la personne de l'entrepreneur principal. Ce dernier noue des relations contractuelles avec le maître de l'ouvrage d'une part, avec le sous-traitant d'autre part.

Il ne se conclut toutefois aucun contrat entre les deux parties situées à l'extrémité de la « chaîne », c'est-à-dire entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Chacune de ces deux parties est en principe un tiers au regard de la convention que l'autre a conclue avec l'entrepreneur principal. Le principe de la relativité des contrats interdit dès lors en principe que l'un ou l'autre puisse bénéficier de droits issus de cette convention auquel il n'est pas partie.

25. La rigueur de ces principes est atténuée par le mécanisme de l'action directe, dont bénéficie le sous-traitant.

26. En revanche, pareil mécanisme n'existe pas en sens inverse au profit du maître de l'ouvrage : à l'heure actuelle, il ne paraît toujours pas possible, pour ce dernier, de s'adresser directement au sous-traitant lorsque le préjudice qu'il subit est imputable à une inexécution fautive des obligations de ce sous-traitant (39). Sauf quelques exceptions, la voie de l'action délictuelle, comme celle de l'action contractuelle sont compromises. Ceci appelle quelques commentaires.

1° Les difficultés de l'action en responsabilité délictuelle

27. Le maître de l'ouvrage peut-il fonder une action contre le sous-traitant sur pied de l'article 1382 du Code civil ?

Cette voie est compromise en raison de la jurisprudence développée à ce propos par la Cour de cassation depuis son arrêt du 7 décembre 1973 (40). Aux termes de cette jurisprudence, le sous-traitant, agent d'exécution, n'est pas un tiers au regard de l'exécution du contrat d'entreprise.

En conséquence, outre le cas de la faute constitutive d'une infraction pénale (41), sa responsabilité ne peut être engagée que si la faute qu'il lui est imputée constitue la violation non d'une obliga-

tion contractuelle (42) mais d'une obligation qui s'impose à tous et si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.

L'on voit mal comment le dommage causé par l'inexécution fautive des obligations du sous-traitant envers l'entrepreneur principal pourrait satisfaire à ces conditions, sauf à découvrir l'existence d'un dommage imprévisible lors de la conclusion du contrat, lequel est qualifié par la Cour de cassation d'extracontractuel (43).

28. Sous cette dernière réserve, un tel régime crée une véritable immunité des agents d'exécution à l'égard du maître de l'ouvrage. Cette situation est particulièrement grave du point de vue de ce dernier dans l'hypothèse où il ne dispose d'aucun recours utile à l'égard de son cocontractant, soit qu'il soit en faillite, soit qu'il soit exonéré de sa responsabilité dans les limites permises. Combinée à l'absence d'action « directe » du maître de l'ouvrage, l'on débouche sur une double injustice ; ainsi que le souligne Monsieur Bernard Louveaux, « le maître de l'ouvrage, victime d'une inexécution défaillante, n'est pas indemnisé tandis que le sous-traitant coupable de la prestation fautive n'est pas sanctionné » (44).

(39) Voy. F. DELVICHIE, « Het contract van onderaanneming in het bouwrecht », *Limb. Rechtsl.*, 1983, p. 11.

(40) Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376 ; Cass., 3 décembre 1976, *R.G.A.R.*, 1978, 9.908 ; Cass., 15 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 57 ; Cass., 2 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1229 ; Cass., 8 avril 1983, *R. IV*, 1983-1984, 163 ; voy. encore récemment Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, p. 730, note V. Simonart.

(41) Voy. par exemple Bruxelles, 27 juin 1996, *Res et iura imm.*, 1996, p. 112 (coups et blessures suite à l'effondrement d'un mur) ; Liège, 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 382 (manque de prévoyance des sous-traitants ayant causé un incendie) ; Liège, 18 novembre 1997, *R.G.A.R.*, 1999, 13.094 (*idem*) ; voy. également M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. POTTIER, *op. cit.*, pp. 255-256, n° 319.

(42) S'appuyant sur de récents arrêts de la Cour de cassation (25 octobre 1990, *R.G.A.R.*, 1990, 11.990 ; 26 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 675 ; 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 286), d'aucuns estiment que la responsabilité délictuelle pourrait également être engagée lorsque la faute est simultanément délictuelle (manquement à l'obligation générale de prudence) et contractuelle (système du caractère « mixte de la faute »). Voy. à ce sujet X. DIEUX, « Le contrat, instrument de dirigisme ? », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1984, pp. 310-311 ; M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. POTTIER, *op. cit.*, pp. 256-257, n° 319.

(43) Voy. Cass., 20 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 182.

(44) B. LOUVEAUX, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », note sous Liège, 7 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 298.

Nous n'examinerons pas dans le cadre du présent exposé les nombreuses critiques suscitées par cette jurisprudence (45). Nous simplement que la position adoptée par la Cour de cassation est désormais largement respectée par les juridictions de fond (46).

2° Vers la renaissance d'un droit d'action contractuelle ?

29. Le principe de la relativité des conventions, combiné avec la théorie de l'immunité des agents d'exécution, conduit, sauf exceptions (47), à l'impossibilité de reconnaître au maître de l'ouvrage tout droit d'action contre le sous-traitant.

La Cour d'appel de Liège a eu l'occasion de rappeler la rigueur de cette situation : « (...) le maître de l'ouvrage ne dispose d'aucune

(45) D'une manière générale, sur les évolutions récentes, en doctrine et en jurisprudence, de la question de l'option des responsabilités et la théorie de l'immunité relative des agents d'exécution, voy. entre autres les nombreuses références citées par P. WERY, « Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne », in *Droit de la responsabilité*, Liège, Formation permanente Commission Université-Palais, vol. X, Liège, éditions de la C.U.P., 1996, pp. 23 et s. ; *id.*, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle à la lumière de la jurisprudence récente », *R.G.D.C.*, 1998, pp. 81 et s. ; A. MOREAU-MARGREVE, C. BIQUET-MATHIEU et A. GOSSELIN, « Grands arrêts récents en matière d'obligations », *Act. dr.*, 1997, pp. 40 et s. ; R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.G.J.B.*, 1995, pp. 529 et s., n° 1 et ss. ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WIJNANT, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993) », *T.P.R.*, 1995, pp. 1514 et s.

(46) Voy. M.-A. FLAMME, Ph. DELVAUX et Fr. POTTIER, *op. cit.*, p. 278-279, n° 338 et réf. citées. Seule la Cour d'appel de Liège semble s'être démarquée un certain temps de cette jurisprudence (voy. Liège, 28 juin 1984, *J.L.*, 1984, p. 509 et obs. M. Doutreuve), avant de s'engager dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour suprême (voy. par exemple Liège, 7 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 296, note B. Louveaux).

(47) Outre l'éventuelle stipulation pour autrui, rappelons que le maître de l'ouvrage recouvre un droit d'action sur le fondement des articles 1382 et suivants, soit lorsque la faute est constitutive d'une infraction, soit lorsqu'elle constitue la violation non d'une obligation contractuelle mais d'une obligation qui s'impose à tous et qu'elle a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.

action directe à l'égard du sous-traitant de l'entrepreneur principal (...); chacune des parties se trouve dans des liens contractuels qui limitent au cocontractant immédiat le recours en responsabilité et excluent toute action directe contre un sous-traitant, auteur réel du dommage ; (...) cette solution, adoptée depuis toujours par la doctrine et la jurisprudence, sauvegarde ce qui reste du caractère « intuitu personae » dans l'exécution du contrat d'entreprise où l'entrepreneur principal choisit par le maître de l'ouvrage est seul responsable à son égard du choix qu'il a fait de ses sous-traitants (...); par ailleurs, (...) une action directe sur la base de la responsabilité aquilienne ne serait recevable que pour autant qu'il puisse être soutenu avec un minimum de vraisemblance qu'une faute quasi-délictuelle - constituée par un manquement à l'obligation générale de prudence étranger à l'exécution du contrat liant les parties et générateur d'un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat - serait imputable (au sous-traitant) » (48).

30. Observons qu'il s'agit bien de l'action d'un maître de l'ouvrage contre un sous-traitant dont il est ici question. D'autres situations très proches de celle-ci ont trouvé un accueil plus favorable de la jurisprudence. Il en est ainsi notamment de la transmission au sous-acquéreur de l'action en garantie des vices cachés (49), de la

(48) Liège, 7 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 296, note B. Louveaux. De nombreuses autres juridictions se sont vues, de la même manière, contraintes d'appliquer cette solution à contrecoeur (voy. entre autres Mons, 30 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 372; Mons, 16 janvier 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 189; Bruxelles, 28 octobre 1987, *J.T.*, 1988, p. 665, note F. Glansdorff; Bruxelles, 9 mai 1986, *Eur. et dr.*, 1988, p. 237, note M.-A. Flamme; Anvers, 13 avril 1981, *Turnib. Rechtsl.*, 1982, p. 18; Liège, 26 février 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1303; civ. Bruxelles, 12 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1064; civ. Turnhout, 19 octobre 1987, *Turnib. Rechtsl.*, 1988, p. 59).

(49) La jurisprudence belge, unanime, admet de longue date (voy. Cass., 8 juillet 1886, *Fas.*, 1886, I, p. 300; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, n° 718), que l'action en garantie des vices cachés de l'acheteur originaire passe, telle quelle, dans le patrimoine des acquéreurs successifs de la chose.

transmission au client du promoteur immobilier des actions que celui-ci détient contre l'entrepreneur (ou l'architecte) (51).

31. En l'absence d'un changement législatif et eu égard à la position stricte de la majorité de la jurisprudence rappelée ci-dessus, plusieurs solutions, issues du droit des obligations, ont été avancées par les auteurs (et suivies par une minorité de juridictions (52)) pour tenter de justifier un tel recours (53).

(51) La transmission à l'acquéreur de l'action du promoteur ne paraît admise qu'en tant qu'accessoire de la chose vendue (voy. principalement Mons, 12 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 152, note J.F. Henrotte ; d'autres décisions reconnaissent la transmission de l'action mais n'en précisent pas le fondement). Or, si l'on voit bien l'identité entre un contrat de vente et un contrat de « promotion-vente », marqué par l'intention d'acquies un produit fini, il ne faut pas oublier que sont soumis à la Loi Breyne des contrats qui présentent parfois plus de ressemblances avec le contrat d'entreprise qu'avec le contrat de vente. Dans une définition globale, le législateur a inclus un ensemble de contrats, qu'il s'agisse de ventes, de louages d'industrie, de mandats ou de conventions innomées. Ainsi un contrat d'entreprise générale « classique » peut-il être soumis à la loi lorsque les autres conditions requises par celle-ci, notamment l'exigence d'un ou des versements avant l'achèvement, sont par ailleurs réunies (voy. J.M. CHANDELLE, *La Loi Breyne*, coll. *Rép. Not.*, Tome VII, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 22, pp. 60-61). Dans pareil cas, la transmission des actions du promoteur ne pourrait s'appuyer sur le fondement décrit ci-dessus (voy. à ce sujet notre commentaire, « Chronique de jurisprudence. Le contrat d'entreprise et la loi Breyne », in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, vol. XXXV, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 268-271).

(52) Voy. Bruxelles, 9 février 1982, *J.T.*, 1982, p. 816, obs. D. Devos ; *Entr. et dir.*, 1983, p. 1, obs. M.-A. Flamme (transmission de l'action en responsabilité décentrale). Cet arrêt a été cassé par la Cour suprême.

(53) La Cour d'appel de Liège, dans l'arrêt précité, écarte cependant ce vent contraire : « (...) certes, (...) quelques décisions isolées ont reconnu l'existence d'une action en responsabilité contractuelle du maître de l'ouvrage à l'égard du sous-traitant de l'entrepreneur principal et (...) il serait sans doute souhaitable que, de lege ferenda, une telle action soit reconnue comme l'a été, par la loi du 19 février 1990, celle accordée aux sous-traitants à l'égard du maître de l'ouvrage ; cependant, (...) si (...) certains auteurs (semblent se diriger dans ce sens) par le biais de diverses constructions juridiques qui toutes apparaissent critiquables à l'un ou l'autre titre, la cour considère que le fait que le législateur de 1990 n'ait pas cru opportun d'apporter à ce problème une solution identique à celle prise au bénéfice des sous-traitants, n'autorise pas l'adoption d'un système juridique de substitution faisant appel, par exemple, à la notion de « groupe de contrats » à l'instar de la jurisprudence française ».

transmission à l'acquéreur d'un immeuble de l'action en responsabilité décennale du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur (ou l'architecte) (50) ou encore, dans une certaine mesure, de la

(50) De la même manière que la transmission de l'action en garantie des vices cachés, cette transmission de droits « *propter rem* » a été admise, en vertu des articles 1122 et 1615 du Code civil, en tant qu'accessoire de la chose vendue (voy. J. HERBOTS, « L'affinage du principe de la transmission automatique des droits « *propter rem* » du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble », note sous cass. 15 septembre 1989, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 509 et s.). La Cour de cassation a cependant précisé que « (...) l'action en responsabilité décennale appartient au propriétaire maître de l'ouvrage et, en cas de vente de l'immeuble durant la procédure, reste dans son patrimoine, à moins que la cession de cette action à l'acheteur ne résulte de l'acte de vente ou d'un acte distinct » (cass., 15 septembre 1989, *R.C.J.B.*, 1992, p. 509, note J. Herbots). En d'autres termes, l'action en responsabilité décennale qui a été mise en œuvre par le vendeur avant la vente n'est pas transmise à l'acheteur, sauf disposition expresse contraire de l'acte de vente ou d'un acte distinct, opérant cession de cette action. Le professeur Herbots explique cette position suivant le critère de l'intérêt à exercer ce droit, cet intérêt subsistant en principe (sauf volonté en sens contraire) en cas de vente du bien postérieurement à l'intentement de l'action (voy. J. HERBOTS, *op. cit.*, pp. 509 et ss. ; cette thèse est notamment critiquée par X. DIEUX, « Les chaînes et les groupes de contrats en droit belge. *Convergences et divergences*, Bruxelles et Paris, Bruylant et Dalloz, 1994, pp. 109 et s.). Outre l'action en responsabilité décennale, la transmission des autres actions qui n'offrent un intérêt qu'à l'acheteur est sujette à discussion. Tel est le cas, par exemple, de l'action contre le locataire en raison des dommages locatifs, de l'action pour troubles de voisinage (voy. par exemple Civ. Furnes, 13 décembre 1996, *R.W.*, 1999-2000, p. 334, commenté par M. VANWJCK-ALEXANDRE in « Chronique de jurisprudence. La vente », *Chronique du droit à l'usage du Notariat*, vol. XXXV, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 17, pp. 159-161), de l'action contre l'assureur du bien vendu ou, plus généralement, de toutes les actions contractuelles dont le vendeur est titulaire. Pour un point récent de la question, voy. entre autres D. PATART, « La transmission des droits et actions *propter rem* lors du transfert de l'immeuble auquel ils se rapportent », *R.G.E.N.*, 2000, pp. 249 et ss. ; H. DE PAGE et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4ème éd., tome IV, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 188 et s., n° 118 ; P. VAN HOUTTE, « La responsabilité de l'architecte, de l'entrepreneur et du sous-traitant envers l'acquéreur », in D. Meulemans (dir.), *L'achat et la vente d'un immeuble*, Bruxelles, Larcier, 1993, pp. 325 et s.

L'on trouvera ci-dessous de brefs commentaires relatifs à ces solutions (54), qui ne trouvent pas écho dans la jurisprudence ma-joritaire.

32. Le mandat tacite. Certains considèrent que l'entrepreneur général qui recourt à un bureau d'études ou à un sous-traitant choisi par le maître de l'ouvrage agit comme le mandataire tacite du maître de l'ouvrage et qu'un lien direct de droit s'établit donc entre ce dernier et ledit bureau d'études ou le sous-traitant.

Un arrêt de la Cour d'appel de Mons résume la position de la jurisprudence en la matière : « *Le fait que le maître de l'ouvrage ait choisi le bureau d'études n'a pas pour effet de créer un lien de droit entre ces parties dès lors que les clauses contractuelles*

(54) À ce sujet, voy. notamment F. BALON, « Maître de l'ouvrage - sous-traitant : quelles relations ? B) Relations maître de l'ouvrage - sous-traitant », *La sous-traitance*, colloque C.D.V.A., op. cit. (à paraître) ; E. MONTERO, « La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage », R.G.A.R. 1989, n° 11.445 ; F. GLANSDORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », J.T., 1988, p. 695 ; id., « Réflexion complémentaire au sujet de l'action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant et plus généralement au sein des groupes de contrats », R.G.A.R. 1990, n° 11.596 ; J. WILLEMS, « Responsabilité personnelle ou in solidum, moyens de pression, obligations de réparation du dommage », *Act. dr.*, 1991, pp. 1194 à 1196 ; B. LOUVEAUX, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », note sous Liège, 7 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 296 et suite dans *J.L.M.B.*, 1997, p. 376 ; M. WUYTSWINKEL et C. JASSOGNE, op. cit., p. 346 ; A. DELVAUX et D. DESSARD, op. cit., p. 204, n° 264 ; J.-P. VERGAUWE, « Action directe dans le droit de la construction », *Entr. et dr.*, 1998, pp. 206 et s. ; G. HERBOTS « De onzichtbare man. Over de vraag of de bouwheer de onderaannemer kan aansprakelijk », *Bull. ass.*, 1998, Dossier 4, pp. 49 et s. ; F. DELWICHE, « Het contract van onderaanneming in het bouwrecht », *Limb. Rechtsl.*, 1983, pp. 1 et s. ; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. POTTIER, op. cit., pp. 282 et s., n° 340 ; A. DELVAUX, « Transmissibilité des actions en responsabilité », *Act. dr.*, 1992, pp. 357 et s. ; A. DELVAUX et J.-N. KRAEWINKELS, « Questions actuelles du droit de la construction », in *Droit de la construction*, Liège, Formation permanente Commission Université-Palais, vol. X, Liège, éditions de la C.U.P., 1996, pp. 147 et s. ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, op. cit., pp. 828 et s., n° 197.

précisent que ces études incombent entièrement à l'entrepreneur et que ce dernier a effectivement reçu et payé les factures émises par le bureau d'études ». Et la Cour d'appel de déplorer : « (...) aussi insatisfaisant que cela apparaisse sur le plan de l'équité, le maître de l'ouvrage n'a, dans ces conditions, pas d'action directe contre le bureau d'études sous-traitant de l'entrepreneur principal » (55).

33. La stipulation pour autrui implicite. D'aucuns (56) paraissent trouver dans l'opération de sous-traitance la réunion des conditions principales de la stipulation pour autrui, développées précédemment.

Ce fondement est néanmoins critiqué, notamment en ce qu'il reposerait sur une volonté artificiellement présumée de l'entrepreneur principal (57).

34. L'extension de l'article 1122 du Code civil aux ayants cause à titre particulier. L'article 1122 du Code civil précise qu'on est sensé avoir stipulé « (...) pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

(55) Mons, 30 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 372.

(56) Voy. M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, op. cit., pp. 100 et ss., n° 121 et ss.

(57) En effet, il ne suffit pas que le maître de l'ouvrage trouve un avantage dans pareil mécanisme, encore faut-il établir l'intention de stipuler au profit d'un tiers (voy. H. DE PAGE, op. cit., tome II, n° 654). Il faudra ainsi rapporter la preuve que dans le contrat de sous-traitance, l'entrepreneur principal ait voulu stipuler au bénéfice du maître de l'ouvrage (voy. Civ. Liège, 25 octobre 1973, *J.L.*, 1973-1974, p. 219). Voy. entre autres P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte*, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 375 ; F. GLANSDORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », op. cit., p. 668.

Certains (58) estiment que la notion d'« ayant cause » de l'article 1122 du Code civil comprend, non seulement les ayants cause universels ou à titre universel, mais aussi les ayants cause à titre particulier. Ainsi, le maître de l'ouvrage serait l'ayant cause à titre particulier de l'entrepreneur principal et ne pourrait dès lors plus être considéré comme un tiers par rapport à la convention conclue entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant.

Cette solution est critiquée, notamment au motif que « (...) les ayants cause à titre particulier (...) sont précisément les seuls ayants cause à n'être pas visés par l'article 1122, pour la raison qu'ils sont bel et bien des tiers » (59) ; dans le cas contraire, le principe de la relativité des conventions en serait atteint dans ses fondements.

35. L'extension de l'article 1615 du Code civil au contrat d'entreprise. Au même titre que l'acquéreur d'un immeuble, le maître de l'ouvrage se verrait transmettre, comme accessoire de l'ouvrage fourni, l'action de l'entrepreneur général à l'égard de son sous-traitant (application par analogie de l'article 1615 du Code civil) (60).

Cette thèse se heurte toutefois à la considération selon laquelle le contrat d'entreprise n'est pas en principe translatif de droits.

(58) Voy. P. RIGAUX, « À propos du concours des responsabilités », note sous Bruxelles, 28 octobre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 320 ; *id.*, *Le droit de l'architecture*, *op. cit.*, n° 373.

(59) F. GLANSDORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », *op. cit.*, p. 668.

(60) Voy. Bruxelles, 25 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1272 ; F. GLANSDORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », *op. cit.*, pp. 669 et s. ; voy. également A. DELVAUX et J.-N. KRAEWINKELS, *op. cit.*, pp. 156 et s. ; Th. BRAUN, *op. cit.*, n° IV.11.4.3.

L'obligation de délivrance y présente un contenu différent de l'obligation de délivrance dans la vente (61).

36. Le parallélisme nécessaire devant exister entre la situation du maître de l'ouvrage et la situation du sous-traitant ou celle de l'acquéreur d'un immeuble. Par la loi du 19 février 1990, le législateur a conféré au sous-traitant une véritable action directe à l'égard du maître de l'ouvrage et auquel était auparavant reconnu le bénéfice de l'action oblique.

Cet argument prend appui sur la constatation que de flagrantes discordances de régimes existent selon que l'on se trouve face à un contrat de louage d'ouvrage ou face à un contrat de vente ou selon que l'on défende les intérêts d'un maître de l'ouvrage ou ceux d'un sous-traitant (62).

37. Un principe général de droit fondé sur la reconnaissance du concept de « groupe de contrat ». D'autres (63) en core pensent démontrer l'existence d'un principe général de droit consistant dans le droit, pour le créancier, de rechercher directement sur le plan contractuel la responsabilité de l'agent d'exécution de son débiteur. De ce principe résulterait une action con-

(61) Notamment lorsque le travail effectué porte sur l'exécution de prestation de nature intellectuelle. Les professeurs Simont, de Gavre et Foriers observent ainsi qu'« il est dès lors artificiel de considérer en matière d'entreprise que l'entrepreneur transmette au maître de l'ouvrage ses recours contre ses sous-traitants à titre d'accessoire de la délivrance de l'ouvrage » (L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.-A. FORIERS, *op. cit.*, p. 831, n° 197).

(62) Voy. B. LOUVEAUX, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 1997, p. 376 qui exhorte les plaideurs à saisir la Cour d'arbitrage de cette seconde question.

(63) Voy. E. MONTERO, *op. cit.*, n° 11.445.

tractuelle directe au sein des groupes de contrats, auxquels seraient dès lors attribués des effets juridiques (64).

Toutefois, nous observerons par après que ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont élevé jusqu'à présent la notion de « groupe de contrats » au rang de concept autonome, générateur de solutions originales et détaché des principes connus du droit des obligations (65). L'existence d'un tel principe général, dont les contours sont par ailleurs indéterminés, semble bien loin d'être reconnue en droit belge.

38. La tierce complicité du sous-traitant. Cette thèse suppose cependant pour son application une participation consciente du sous-traitant à la violation des obligations de l'entrepreneur principal (66).

b) Naissance du contrat de sous-traitance

39. En raison de l'autonomie des deux contrats, la naissance du contrat de sous-traitance est indépendante de celle du contrat principal. Aussi, lorsque l'entrepreneur principal conclut un con-

trat avec un sous-traitant, il demeure tenu à son égard même si le marché n'est finalement pas passé avec le maître de l'ouvrage (67). L'entrepreneur prudent veillera à prévoir un mécanisme lui permettant de sauvegarder ses droits dans l'hypothèse où le contrat principal ne serait finalement pas conclu (68).

Il peut d'abord attendre l'attribution du marché principal pour mettre en concurrence les candidats dont les offres préalables lui avaient permis d'établir un prix global à l'intention du maître de l'ouvrage (pratique du « deuxième tour ») (69). L'entrepreneur principal et le sous-traitant peuvent également conclure un contrat préalable par lequel ils promettent, l'un de confier la sous-traitance d'une partie de l'ouvrage, l'autre de l'accepter, en cas de conclusion du contrat principal. Enfin, une condition suspensive peut être insérée dans la convention de sous-traitance (70).

(67) Voy. Gand, 3 avril 1980, *Ent. et Dr.*, 1983, p. 113, note P. Thiery.

(68) Voy. notamment W. GOOSSENS, *op. cit.*, n° 43.

(69) Voy. M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, *op. cit.*, p. 76, n° 93. Dans le cahier des charges qui réglera la procédure d'offre des sous-traitants, l'entrepreneur pourra stipuler que l'inscription par un sous-traitant de son offre rend celle-ci invocabable jusqu'à ce qu'une certitude existe quant à l'obtention du marché principal. Une fois ce dernier conclu, l'entrepreneur principal dispose du libre choix d'accepter l'offre du sous-traitant qui lui paraît la plus intéressante. Sur la question de l'indemnisation des travaux d'études préalables réalisés par les sous-traitants écartés, voy. entre autres A. DELVAUX et J.-N. KRAEWINKELS, *op. cit.*, p. 46 et réf. citées.

(70) Le Bâtonnier Baert observe toutefois que même si l'on devait considérer que le contrat de sous-traitance était conclu sous la condition suspensive implicite de l'obtention du marché ou d'une quelconque autorisation, encore cette condition est-elle réputée accomplie (en application de l'article 1178 du Code civil) lorsque l'entrepreneur reste en défaut d'effectuer les démarches nécessaires pour obtenir le marché ou les autorisations requises. Suite à la rupture du contrat de sous-traitance, l'entrepreneur pourra être condamné à verser au sous-traitant des dommages et intérêts pour indemniser les travaux éventuellement réalisés, ainsi que le bénéfice qu'aurait pu gagner le sous-traitant (voy. G. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, 3ième éd., Bruxelles, Story-Scientia, 1986, p. 539).

(64) Voy. les observations A. DELVAUX, « Transmissibilité des actions en responsabilité », *op. cit.*, p. 366. Cette thèse prend appui sur la jurisprudence de la Cour de cassation française qui par un arrêt du 21 juin 1988, que, « (...) dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial » (Cass. fr. civ., 21 juin 1988, *Bull. civ.*, 1988, I, n° 202 ; *D.*, 1989, p. 5, note C. Larroumet ; *J.C.P.*, 1988, II, n° 21125, note P. Jourdain ; *R.T.D.Civ.*, 1988, p. 763, note P. Jourdain). L'action contractuelle reconnue au maître de l'ouvrage contre le sous-traitant se fonde sur la notion même de groupe contractuel. Rappelons que par un arrêt du 12 juillet 1991 rendu en audience plénière, la Cour de cassation est revenue sans équivoque sur cette jurisprudence (Cass. fr. plén., 12 juillet 1991, *D.*, 1991, p. 519, note J. Ghestin ; *J.C.P.*, 1991, II, 21743, note G. Viney).

(65) Voy. X. DIEUX, « Les chaînes et les groupes de contrats en droit belge. Pour un retour aux sources », *op. cit.*, p. 111.

(66) Voy. sur cette théorie, B. LOUVEAUX, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 1995, p. 296 ; Civ. Bruxelles, 12 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1064 (rejetée en l'espèce car il n'était pas démontré à suffisance que la participation du sous-traitant à la violation de l'obligation de l'entrepreneur principal était consciente).

c) La réception des travaux

40. La réception des travaux du sous-traitant se réalisera indépendamment de la réception de l'entreprise générale par le maître de l'ouvrage (71), sauf clause particulière ; dans ce dernier cas, s'il est convenu d'opérer la réception des ouvrages sous-traités au moment de la réception générale de l'ouvrage, le sous-traitant supporte les risques de force majeure survenus entre la date de livraison matérielle et la date de leur réception juridique par le maître de l'ouvrage.

Dans l'ordre normal des choses, la réception par l'entrepreneur du marché sous-traité devrait se produire avant celle du marché global par le maître de l'ouvrage.

Toutefois, eu égard à l'indépendance des contrats, même si le maître de l'ouvrage a procédé à la réception de l'entreprise générale, l'entrepreneur dispose peut-être encore du droit de refuser la réception des travaux effectués par le sous-traitant (72).

À l'inverse, la réception des ouvrages sous-traités est inopposable au maître de l'ouvrage. Il en résulte que si l'entrepreneur agréé

(71) Voy. Comm. Hasselt, 31 octobre 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 993 ; voy. également les nombreuses références citées dans les études de jurisprudence mentionnées *supra* en notes.

(72) Voy. E. DIRIX, *op. cit.*, p. 33 ; voy. également Liège, 19 juin 1974, *Entr. et dr.*, 1978, p. 287 ; Bruxelles, 13 mars 1978, *J.T.*, 1978, p. 560 ; voy. cependant Comm. Bruxelles, 15 décembre 1986, inédit, cité par M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, *op. cit.*, p. 84 (« (...) la réception provisoire de l'ensemble des travaux (...) implique en effet la réception provisoire des travaux exécutés par les sous-traitants ».

les travaux du sous-traitant avant la réception de l'ensemble (73), il s'expose à de graves périls puisque le maître de l'ouvrage n'est pas tenu par cette prise de position : si ce dernier refuse quant à lui de donner son agrément, l'entrepreneur principal ne pourra plus recourir à son tour contre son sous-traitant. De même l'entrepreneur ne peut-il se prévaloir de la non-réception définitive du marché pour s'opposer à la libération de la garantie de bonne fin émise par le sous-traitant si les motifs du refus de réception sont étrangers aux travaux de sous-traitance (74).

d) Les retards d'exécution — clauses pénales

41. Le fait qu'un délai d'exécution soit fixé dans le contrat principal n'entraîne pas de droit que le sous-traitant soit tenu de s'exécuter dans pareil délai (75). Il reste que si l'entrepreneur principal a conventionnellement attiré l'attention du sous-traitant sur ce point, l'inexécution par ce dernier de ses obligations dans le délai prévu, l'oblige, conformément au droit commun, à réparer la totalité du dommage prévisible (76).

(73) Le cas échéant, la réception par l'entrepreneur principal peut survenir de manière tacite. Il en sera notamment ainsi lorsqu'il exécute des prestations sur les travaux du sous-traitants ou lorsqu'il les intègre dans l'ouvrage général (voy. S. POURVOYEUR, « Principes van aansprakelijkheid van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer », *Bull. ass.*, Dossier 4, 1998, p. 39 ; W. GOOSSENS, *op. cit.*, n° 59). De même le paiement sans réserve par le maître de l'ouvrage (ici l'entrepreneur principal) des travaux sous-traités, l'absence de protestation de la facture ou le restitution d'une garantie peuvent constituer des indices d'une réception tacite des travaux (voy. entre autres Bruxelles, 20 novembre 1979, *J.T.*, 1980, p. 297 ; Bruxelles, 25 février 1975, *J.C.B.*, 1975, p. 320 ; Civ. Bruxelles, 7 juin 1984, *Entr. et dr.*, 1985, p. 39 ; Mons, 2 mars 1992, *Entr. et dr.*, 1993, p. 287 ; Civ. Nivelles, 15 novembre 1977, *Res et iura imm.*, 1979, p. 207 ; Liège, 4 octobre 1977, *J.L.*, 1977-1978, p. 137 ; Civ. Anvers, 17 février 1981, *Entr. et dr.*, 1981, p. 128 ; Mons, 17 janvier 1984, *R.R.D.*, 1984, p. 272 ; Civ. Furnes, 17 octobre 1975, *Entr. et dr.*, 1978, p. 177 ; Civ. Bruxelles, 3 juin 1976, *Entr. et dr.*, 1977, p. 1, note P. Wéry et Menestret ; Bruxelles, 4 mai 1995, *A.J.T.* 1995-1996, p. 101 ; Mons, 10 février 1989, *J.L.M.B.* 1990, p. 447 ; Comm. Anvers, 22 mars 1990, *Entr. et dr.*, 1996, n° 4, p. 422).

(74) Voy. Mons, 17 décembre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 49, commenté par L. SIMONT, *J.*

DE GAVRE et P.A. FORIERS, *op. cit.*, n° 196, p. 825.

(75) Voy. Comm. Bruxelles, 22 juillet 1977, *Entr. et dr.*, 1980, p. 22.

(76) Sur cette notion voir H. DE PAGE, *op. cit.*, tome III, n° 112.

C'est sous cet angle que doit être examinée la question de savoir si le sous-traitant est tenu de supporter les pénalités que l'entrepreneur principal a encourues par application d'une clause pénale insérée dans le marché principal.

Certains auteurs (77) l'affirment au motif que le sous-traitant ne peut ignorer, au moment de la conclusion du contrat, les conséquences de son inexécution pour l'entrepreneur principal dans ses rapports avec le maître d'ouvrage. La Cour de cassation a confirmé cette opinion, en estimant que l'article 1165 du Code civil n'interdit pas « (...) que le juge tiennne compte, lors de l'évaluation du montant du dommage qu'un sous-traitant doit payer à l'entrepreneur principal du chef de manquement à ses obligations, de la répercussion réelle que ce manquement a sur la convention conclue entre l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage » (78).

Enfin, il est admis que si la responsabilité de l'entrepreneur principal vis-à-vis du maître de l'ouvrage du chef de retard d'exécution imputable à son sous-traitant, est mise hors cause parce qu'il aurait obtenu un délai pour s'exécuter, cela ne le prive pas du droit de recourir contre son sous-traitant et de mettre en œuvre la clause pénale insérée dans le contrat de sous-traitance alors que lui-même par hypothèse n'a subi aucune pénalité (79).

e) Fixation du prix et clause de révision de prix

42. La fixation du prix pour la partie sous-traitée de l'ouvrage est indépendante de la manière selon laquelle est établi avec le maître de l'ouvrage le prix pour la réalisation générale de l'ouvrage.

(77) Voy. M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Le droit des constructeurs (architectes, entrepreneurs, ingénieurs promoteurs). Analyse de la doctrine et de la jurisprudence », *Entr. et dr.*, 1984, n° spécial, p.161, n° 179.

(78) Cass., 23 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 212.

(79) Voy. Comm. Arvers, 14 janvier 1971, *Entr. et dr.*, 1975, p. 127, obs. H. Van Houtte.

Ainsi, le prix du marché principal pourrait-il être fixé à forfait alors que le prix du marché sous-traité le serait en fonction de l'importance réelle des travaux, et inversement. Dans le premier cas, l'entrepreneur supporte le risque d'être tenu de payer au sous-traitant un prix supérieur au forfait convenu avec le maître de l'ouvrage (80).

43. Malgré les protestations des sous-traitants, la jurisprudence, appliquant le principe de la relativité des conventions, considère que la clause de révision de prix (pour fluctuation des salaires, des charges sociales, du prix des matériaux, ...) convenue dans le contrat principal est inapplicable dans les relations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant (81), sauf clause expresse contraire (82).

Notons que dans la matière particulière des travaux publics, le législateur a rencontré le vœu des sous-traitants (83). L'article 7, paragraphe 1er, alinéa 3 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dispose que « si l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de service a recours à des sous-traitants, ceux-ci, s'il y a lieu, se voient appliquer la révision de leurs prix suivant les modalités à fixer par le Roi et dans la mesure correspondant à la nature des prestations qu'ils exécutent ».

(80) Voy. Bruxelles, 7 mars 1962, *J.T.*, 1962, p. 260.

(81) Voy. M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Chronique de jurisprudence. La sous-traitance », *op. cit.*, n° 26-27, p. 371-372.

(82) La clause de style opérant un renvoi aux clauses et conditions du marché principal est insuffisante (voy. *infra*, n° 58). Notons qu'à l'inverse, l'entrepreneur principal ne peut refuser au sous-traitant le bénéfice d'une clause de révision de prix prévue dans leur convention, indépendamment de la question de savoir si l'entrepreneur bénéficie lui-même d'une clause de révision de prix à l'égard du maître de l'ouvrage (voy. Gand, 27 juin 1986, *Entr. et dr.*, 1991, p. 385 ; en l'espèce, une clause de révision de prix était néanmoins prévue dans le contrat principal).

(83) Voy. W. GOOSSENS, *op. cit.*, n° 46.

f) Clause d'arbitrage

44. Les clauses d'arbitrage ou d'élection de for figurant dans le contrat d'entreprise générale ne peuvent être imposées au sous-traitant qui ne les aurait expressément acceptées (84).

g) Changements et suppléments dans les entreprises à forfait

45. Aux termes de l'article 1793 du Code civil, lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix si elle n'a pas été autorisée par écrit et le prix convenu avec le propriétaire.

La jurisprudence et la doctrine (85) admettent traditionnellement que, sauf clause contraire, cette disposition ne s'applique pas au contrat conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant car le texte vise expressément le propriétaire du sol. Or, puisqu'il s'agit d'une disposition exceptionnelle, elle ne peut s'appliquer par analogie à l'entrepreneur ayant la qualité de maître de l'ouvrage. En outre, l'objectif même de cette disposition est de protéger le seul propriétaire.

L'entrepreneur principal se doit d'être attentif à pareille conséquence : en effet, si le contrat de sous-traitance est conclu à forfait, il risque de devoir payer au sous-traitant le prix des modifications ordonnées verbalement, sans pouvoir, à défaut d'autorisation écrite du maître de l'ouvrage, en faire supporter la charge

définitive par ce dernier (86). Rien n'empêche bien évidemment l'entrepreneur d'étendre conventionnellement l'article 1793 du Code civil au contrat de sous-traitance.

h) Droit de résiliation unilatérale

46. Conformément à l'article 1794 du Code civil, le maître de l'ouvrage dispose du droit de résilier unilatéralement, dans certaines conditions, le contrat d'entreprise moyennant le paiement d'une indemnité. L'on s'est dès lors interrogé sur la possibilité pour l'entrepreneur principal d'user de pareille faculté à l'égard de son sous-traitant (87). Cette question, qui reste fort controversée, n'a pas jusqu'à présent été soumise à l'appréciation de notre Cour de cassation.

Certains auteurs (88) soutiennent que pareil droit de résiliation n'appartient, suivant les termes mêmes de l'article 1794 du Code civil, qu'au maître de l'ouvrage et doit en conséquence être refusé à l'entrepreneur dans ses relations avec ses sous-traitants, au motif qu'il s'agit d'une disposition dérogatoire au droit commun, dont le champ d'application doit être défini de manière restrictive.

(86) En outre, les modifications souhaitées par l'entrepreneur général peuvent générer certaines difficultés pour l'éventuelle utilisation par le sous-traitant de son droit d'action direct à l'égard du maître de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage ne se trouvant pas débiteur des sommes supplémentaires à l'égard de l'entrepreneur principal, prix des modifications ne devrait pas rentrer dans l'assiette de l'action directe.

(87) Notons que l'utilisation de cette disposition suppose que le contrat qui lie l'entrepreneur principal à son sous-traitant puisse être qualifié de contrat d'entreprise (voy. par exemple Comm. Bruxelles, 13 janvier 1988, *J.T.*, 1988, p. 587).

(88) Notamment H. DE PAGE, *op. cit.*, tome IV, n° 914.

(84) Voy. par exemple Liège, 10 mars 1993, *R.D.C.*, 1995, p. 395, note K. Ingber.

(85) Voy. entre autres H. DE PAGE, *op. cit.*, tome IV, n° 907 C ; M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Chronique de jurisprudence. La sous-traitance », *op. cit.*, p. 373, n° 32 ; Pandectes belges, v° « Entrepreneur d'ouvrages », n° 121 ; M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *op. cit.*, pp. 300-303, n° 358-360.

Cette opinion est condamnée, à juste titre selon nous, par un courant doctrinal plus récent (89) qui s'appuie sur la position développée par la Cour de cassation à propos de l'article 1792 du Code civil. Puisque la Cour de cassation reconnaît implicitement à l'entrepreneur principal la qualité de maître de l'ouvrage pour l'application de la responsabilité décennale, il n'existe aucune raison de lui refuser pour l'application de l'article 1794 du Code civil. Bien au contraire, l'entrepreneur se trouverait dans une situation particulièrement délicate si pareille faculté lui était refusée alors que le maître de l'ouvrage aurait lui-même, conformément à l'article 1794 du Code civil, mis fin à l'entreprise principale.

i) Les paiements

47. L'entrepreneur principal demeure tenu de payer son sous-traitant même s'il n'a lui-même pas été payé par l'entrepreneur principal (90).

Rien ne s'oppose toutefois à ce que l'entrepreneur insère dans le contrat de sous-traitance une clause aux termes de laquelle les paiements faits par l'entrepreneur principal sont subordonnés à l'encassement des paiements faits par le maître de l'ouvrage (clause « *if and when* ») (91). Ce type de clause comporte un risque dans le chef du sous-traitant qui pourrait subir la procédure de vérification des créances de l'entrepreneur avant de pou-

(89) Voy. M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *op. cit.*, p. 503, n° 612 ; M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Le droit des constructeurs (architectes, entrepreneurs, ingénieurs promoteurs). Analyse de la doctrine et de la jurisprudence », *op. cit.*, n° 417 ; X. DIEUX, « Observation sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application », *R.C.J.B.*, 1981, p. 528 et s. ; C. LEVINTOFF et P.A. FORIERS, « De la résiliation unilatérale du contrat d'entreprise par le maître de l'ouvrage », *Entr. et dr.*, 1977, pp. 20 et s. ; pour une application jurisprudentielle, voir Comm. Bruxelles, 21 mars 1986. *Entr. et dr.*, 1986, p. 181.

(90) Voy. Gand 19 mai 1988, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 618 ; Comm. Courtrai, 30 mars 1971, *R.W.*, 1972-1973, p. 1492.

(91) Voy. W. GOOSSENS, *op. cit.*, n° 53.

voir être payé (92) ; de même risque-t-il de rencontrer le refus du maître de l'ouvrage d'effectuer certains paiements en raison d'un retard global dans l'entreprise générale ou de vices affectant une partie de l'ouvrage à laquelle le sous-traitant n'a nullement collaboré (93). Enfin, de manière plus générale, par cette clause, le risque de l'insolvabilité du maître de l'ouvrage se trouve partagé entre l'entrepreneur et ses sous-traitants.

Notons que l'entrepreneur reste néanmoins responsable de sa propre faute à l'égard du sous-traitant, soit que les retards de paiement lui soient imputables, soit qu'il ait rendu impossible par son fait la présentation des réclamations (94).

j) Obligations des parties – Clauses d'exonération - Responsabilité décennale

48. Dans ses rapports avec le sous-traitant, l'entrepreneur principal a la qualité de maître de l'ouvrage.

La recherche de la nature des obligations du sous-traitant n'est pas nécessairement influencée par celle des obligations de l'entrepreneur principal. Ainsi, vu l'indépendance des deux conventions, rien n'empêche que l'entrepreneur principal ait souscrit une obligation de résultat vis-à-vis du maître de l'ouvrage, alors que le sous-traitant n'aurait souscrit qu'une obligation de moyens, et inversement (95).

La responsabilité du sous-traitant s'étudiera donc à la lumière des stipulations du contrat signé avec l'entrepreneur principal ; par exemple, il ne pourra lui être reproché de ne pas avoir employé

(92) Voy. Th. BRAUN, *op. cit.*, p. 61.

(93) Voy. Th. BRAUN, *op. cit.*, p. 61.

(94) Voy. M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Chronique de jurisprudence. La sous-traitance », *op. cit.*, p. 371, n° 23.

(95) Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 824-825, n° 196 et références citées.

un matériau préconisé dans le contrat principal par le maître de l'ouvrage s'il n'en n'avait pas été informé au préalable (96).

49. Ensuite, par application du principe de la relativité des conventions, le sous-traitant ne pourrait être fondé à opposer à l'entrepreneur ou au maître de l'ouvrage une clause d'exonération ou de limitation de responsabilité contenue dans le contrat d'entreprise générale (97).

50. De même, en principe, la faillite (98), les fautes du maître de l'ouvrage (tels les empêchements d'accéder au chantier ou ses manquements fautifs dans l'avancement des travaux) (99) ou la résiliation unilatérale du contrat par ce dernier (100) ne constitueront pas, sauf clause contraire, des causes étrangère libératoires pouvant exonérer l'entrepreneur principal vis-à-vis du sous-traitant (101).

51. Enfin, la question de savoir si le sous-traitant peut être responsable pour la partie d'ouvrage qu'il exécute, sur base de l'article 1792 du Code civil envers l'entrepreneur principal, a fait l'objet de vives controverses lesquelles sont aujourd'hui définitivement tranchées par la Cour de cassation.

(96) Voy. Anvers, 13 septembre 1994, *Entr. et dr.*, 1996, p. 180 ; voy. également F. BURSENS, *op. cit.*, p. 58.

(97) Voy. E. DIRIX, « Onderaanneming », *op. cit.*, p. 32.

(98) Voy. Mons, 30 octobre 1984, *Entr. et dr.*, 1992, p. 255, qui estime que la faillite du maître de l'ouvrage ne peut constituer une force étrangère libératoire des obligations de l'entrepreneur à l'égard du sous-traitant que dans la mesure où elle constitue un événement imprévisible.

(99) Voy. sent. arb., 15 janvier 1985, *J.T.*, 1985, p. 252.

(100) Voy. Bruxelles, 6 février 1985, *J.T.*, 1985, p. 390.

(101) Voy. M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *op. cit.*, pp. 252-253, n° 316 et références citées.

Contrairement à la solution retenue en droit français (102), la Cour de cassation belge (103) affirme le principe de la responsabilité décennale du sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal en développant le raisonnement suivant : le sous-traitant est entrepreneur pour la partie des travaux qu'il exécute ; or, d'une part l'article 1792 du Code civil établit en termes généraux la responsabilité pendant dix ans de l'entrepreneur, sans faire dépendre cette responsabilité de la condition qu'il ait contracté avec quelqu'un n'agissant pas comme entrepreneur principal ; d'autre part, s'il est vrai que la responsabilité décennale tend à assurer la protection du maître de l'ouvrage, elle poursuit également un second objectif, à savoir la protection de la sécurité publique, laquelle exige que le sous-entrepreneur soit lui aussi responsable dans l'hypothèse où l'immeuble périclite en tout ou en partie par un vice qui lui est imputable. D'ailleurs une telle protection se justifie aussi vis-à-vis de l'entrepreneur principal eu égard au fait qu'il confie souvent à des sous-traitants des travaux spécialisés qui dépassent ses compétences.

Il est donc admis que l'entrepreneur principal assigné par le maître de l'ouvrage sur base de la garantie décennale, puisse recourir, sur cette même base, contre son sous-traitant (104).

(102) Article 1792-1 du Code civil français. Voy. entre autres à ce sujet P. MALINVAUD,

« La responsabilité des constructeurs (droit privé). La responsabilité spécifique des articles 1792 et suivants - l'action en responsabilité », in P. Malinvaud (dir.),

Droit de la construction, Paris, Dalloz, 2000, p. 1181, n° 7636 : « (Les) professionnels ne sont tenus de la garantie biennal-décennale que dans la mesure où ils sont liés au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage. Tel n'est pas le cas lorsqu'ils interviennent en qualité de sous-traitant de l'entrepreneur ou de l'architecte ».

(103) Voy. Cass., 5 mai 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 1046 ; Cass., 11 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 983.

(104) Voy. par exemple Bruxelles, 31 octobre 1979, *R.W.*, 1981-1982, p. 892 ; Bruxelles, 28 octobre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 312 et obs. P. Rigaux ; Gand, 25 juin 1982, pourvoi rejeté par Cass., 11 avril 1986, *R.W.*, 1986-1987, 2629. Sur la question controversée de l'intérêt à agir de l'entrepreneur principal (contre son sous-traitant) lorsque le maître de l'ouvrage ne lui a jamais rien réclamé, voy. M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, *op. cit.*, p. 89, n° 109 et références citées.

La responsabilité du sous-traitant, qu'elle reçoive pour fondement l'article 1792 du Code civil ou le droit commun des obligations, existe indépendamment de celle de l'entrepreneur principal à l'égard du maître de l'ouvrage. Ainsi se peut-il que l'action de l'entrepreneur à l'égard du sous-traitant soit prescrite, alors que lui-même ne pourrait opposer au maître de l'ouvrage l'exception tirée de la prescription de son action et ce, par exemple, en raison de la succession dans le temps des procédures de réception des ouvrages (105).

k) Extinction du contrat principal

52. Nous avons observé que ni la résiliation du contrat principal, ni la faillite du maître de l'ouvrage ne constituent, en règle, des cas de force majeure que l'entrepreneur principal pourrait opposer à son sous-traitant (106).

L'entrepreneur principal sera dès lors tenu de résilier à son tour le contrat qui le lie au sous-traitant en indemnisant éventuellement ce dernier conformément à l'article 1794 du Code civil (107).

Toutefois, la dissolution du contrat principal peut poser des problèmes délicats de caducité (108) du contrat de sous-traitance. Nous aborderons cette question à l'occasion de l'examen de limites à l'autonomie des contrats.

(105) Voy. par exemple Mons, 17 septembre 1992, *Entr. et dr.*, 1996, p. 310 ; voy. également E. DIRIX, « Onderaanneming », *op. cit.*, p. 32 ; F. BURSSSENS, *op. cit.*, p. 58.

(106) Voy. Bruxelles, 6 février 1985, *J.T.*, 1985, p. 390.

(107) Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.-A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 824-828, n° 196.

(108) Sur cette notion, voy. entre autres P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

B. Les limites à l'autonomie des contrats dans la sous-traitance

53. Le principe de la relativité des conventions est assorti de certaines exceptions classiques. En outre, le champ d'application du concept présente un contenu évolutif, en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer les notions mêmes de parties contractantes et de tiers au contrat.

54. Strictement parlant, il n'y a exception au principe de la relativité des conventions que lorsqu'une personne subit (109) ou peut se prévaloir des effets internes d'un contrat à l'égard duquel elle est un tiers (110). En revanche, il n'est pas porté dérogation à ce principe lorsqu'un tiers oppose ou se voit opposer l'existence du contrat (c'est-à-dire les effets externes de ce dernier) (111).

Dans le domaine de la sous-traitance, la rigueur de l'autonomie des deux contrats se trouve tempérée tant par l'usage des exceptions classiques au principe de la relativité des conventions que

(109) Si la loi organise les cas dans lesquels les parties peuvent énoncer une exception « active » au principe de la relativité des conventions, en ce sens qu'elles octroient à un tiers au contrat un droit issu de celui-ci (par l'effet d'une stipulation pour autrui), la question de la création d'exceptions « passives » à ce principe demeure controversée en droit belge. Des tiers pourraient-ils être tenus d'obligations contractuelles auxquelles ils n'ont pas consenti ? La réponse de principe est négative : même si le législateur, dans certaines matières très particulières (voy. par exemple l'article 1743 du Code civil en matière de bail par lequel le nouveau propriétaire se trouve tenu des droits et obligations de l'ancien bailleur ou l'article 26 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires qui rend ces conventions obligatoires, même aux travailleurs qui ne sont pas membres des organisations signataires des conventions) a dérogé au principe de la relativité des conventions en soumettant d'office des tiers aux obligations d'un contrat auxquels ils ne sont pas parties, il n'a en revanche pas permis aux parties de réaliser pareille dérogation de leur seule volonté. La promesse pour autrui demeure interdite (voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, tome II, n° 729-729 bis).

(110) Voy. S. BAR, *op. cit.*

(111) À propos de la différences entre effets internes et effets externes, voy. *supra* n° 21, note 36.

par l'emploi de mécanismes permettant, dans une certaine mesure, de limiter le champ d'application de ce dernier.

55. Les deux exceptions classiques sont :

- la stipulation pour autrui (112) : ce mécanisme constitue l'un des fondements juridiques avancés en vue de reconnaître au maître de l'ouvrage un droit d'action « directe » contre le sous-traitant (113).

- l'action directe dont l'étude des plus récentes applications fera l'objet de la section III de la présente étude.

Ces exceptions « classiques » à l'effet relatif des conventions viennent donc briser l'autonomie entre le contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur d'une part, et celui conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant d'autre part. D'abord la loi prévoit que le sous-traitant bénéficie d'une action directe contre le maître de l'ouvrage. Ensuite, pour offrir un droit propre au maître de l'ouvrage, le sous-traitant et l'entrepreneur pourraient, dans leur contrat d'entreprise, prévoir une stipulation pour autrui au bénéfice du maître de l'ouvrage.

56. Outre ces dérogations, l'herméticité de l'autonomie des contrats conclus dans le cadre d'une opération de sous-traitance pourrait encore être atteinte en jouant sur le champ d'application du principe même de la relativité des conventions.

Ainsi, la constatation des liens économiques étroits entre les deux conventions, juridiquement indépendantes, fonderait un tempé-

(112) Voy. récemment à ce sujet, entre autres S. BAR, « La stipulation pour autrui », in *La théorie générale des obligations*, suite, éd. C.U.P., vol. 57, 2002, pp. 251-301 ; P. JADOUL, « La stipulation pour autrui », in M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, op. cit., pp. 413 et ss. ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, « La stipulation pour autrui en droit civil », *R.G.E.N.*, 1997, n° 24695.

(113) Voy. *supra*, n° 33.

rament à la rigueur de l'effet relatif de ces contrats. Le résultat final fourni par l'entrepreneur au maître de l'ouvrage dépend en effet de l'intervention du sous-traitant.

Or, l'on sait que la détermination du champ d'application du principe de l'effet relatif des conventions passe par la définition de la notion de « tiers », par opposition à celle de « parties contractantes », puisque seules ces dernières bénéficient des effets internes d'un contrat ou en subissent les conséquences (et que, corollairement, il n'est pas permis aux tiers d'invoquer à leur bénéfice un droit issu d'un contrat auquel ils ne sont pas parties).

En l'espèce, maître de l'ouvrage et sous-traitant restent-ils définitivement des tiers l'un par rapport à l'autre ? Le relation contractuelle nouée entre les sous-traitant et l'entrepreneur ne produit-elle aucun effet (effet interne il s'entend) à l'égard du maître de l'ouvrage, et inversement ? La réponse à ces interrogations passe par l'analyse de la notion de « transparence », de « groupes de contrats » et de certains autres mécanismes pouvant atténuer la rigueur de l'autonomie des contrats dans la sous-traitance.

1. La transparence contractuelle

57. L'entreprise principale et la sous-traitance font l'objet de contrats distincts. Nous avons examiné ci-dessus, au gré de la jurisprudence, quelques conséquences pratiques de l'autonomie des deux conventions.

Un problème considérable concerne la question de l'application à l'opération de sous-traitance des clauses du contrat qui lie l'entrepreneur principal au maître de l'ouvrage. Il s'agit de la question dite de la « transparence » du contrat principal à l'égard du contrat de sous-traitance.

58. En principe, sauf stipulation contraire expresse ou implicite dans le contrat de sous-traitance, les clauses et conditions du con-

trat principal ne s'y appliquent pas automatiquement (114). La jurisprudence estime en effet que l'acceptation par le sous-traitant de ces clauses et conditions du contrat principal ne peut se résumer.

« Le principe de la transparence implique que le sous-entrepreneur se substitue, en ce qui concerne les travaux qu'il lui ont été confiés, intégralement à l'entrepreneur principal. (...) Le principe de la transparence ne s'applique qu'aux travaux pour lesquels le sous-entrepreneur a explicitement accepté le principe » (115).

Ainsi, il a déjà été jugé que la simple insertion dans la convention de sous-traitance d'une clause de style aux termes de laquelle le sous-traitant déclare avoir pris connaissance du cahier des charges du marché principal ne peut permettre l'application au contrat de sous-traitance des clauses du contrat principal (révision, réception, paiement...) (116). Il ne semble être fait exception à cette règle que pour les clauses de nature purement technique.

59. Les sous-traitants qui souhaitent bénéficier de la transparence veilleront à la stipuler expressément dans leur convention. Ils prendront aussi garde au fait que la transparence ne leur octroie pas uniquement des droits ou protections (par exemple le bénéfice d'une clause de révision de prix), mais leur impose certainement des obligations (par exemple la liaison du paiement du sous-

(114) Voy. par exemple Civ. Anvers, 29 janvier 1987, *Entr. et dr.*, 1989, p. 120 (cahier des charges de l'entreprise principale inopposable au sous-traitant, qui ne répondait dès lors que de ses manquements aux règles de l'art).

(115) Comm. Gand, 24 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 504.

(116) Voy. E. DIRIX, « Onderaanneming », *op. cit.*, p. 32 ; voy. également Bruxelles, 28 octobre 1961, *J.T.*, 1961, p. 584 ; Bruxelles, 7 mars 1962, *J.T.*, 1962, p. 260 ; Liège, 15 octobre 1996, *Entr. et dr.*, 1991, p. 403 ; Comm. Bruxelles, 14 janvier 1977, cité par M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, *La sous-traitance. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, *op. cit.*, p. 76, n° 93.

traitant à celui de l'entrepreneur principal, les amendes liées au retard, les modalités particulières de réception) (117).

Par ailleurs, la stipulation de la transparence ne suffit pas toujours pour appliquer au sous-traité les conditions du marché principal : pour que l'entrepreneur principal puisse s'en prévaloir, encore faut-il qu'il ait répercuté en temps utile au sous-traitant les cons-tats unilatéraux de carence émanant du maître de l'ouvrage (118).

60. Enfin, une intégration plus poussée peut s'envisager par l'insertion, dans les conventions, de clauses d'indivisibilité. Le sous-traitant ne pourrait-il alors être considéré comme partie contractante au contrat principal (119) ?

(117) Voy. A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, p. 108, n° 86 ; M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Chronique de jurisprudence. La sous-traitance », *op. cit.*, pp. 370-371, n° 22.

(118) Voy. Comm. Bruxelles, 29 octobre 1991, *Entr. et dr.*, 1997, p. 377, cité par A. DELVAUX et F. POTIER, *op. cit.*, p. 19 rapport provisoire.

(119) L'on vise ici l'application directe au sous-traitant des clauses et conditions du contrat principal, acceptée par les parties à celui-ci. À défaut de clause expresse, le sous-traitant pourrait-il parfois être considéré comme ayant unilatéralement adhéré au contrat principal, justifiant par là un droit de recours du maître de l'ouvrage à son égard ? La notion d'adhésion est déjà acceptée en matière de sous-traitance de transport : le sous-transporteur est considéré avoir adhéré au contrat de transport principal, par l'acceptation des biens avec la lettre de voiture (voy. Comm. Bruxelles, 22 avril 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 453) ou lorsqu'il signe, en qualité de transporteur, la lettre de voiture (Cass., 17 septembre 1987, *R.D.C.*, 1988, p. 387, note J.L.). La Cour de cassation fait également usage de cette notion en droit des assurances, en considérant « (...) qu'en mettant en circulation un véhicule automobile assuré conformément aux dispositions de la loi précitée par le propriétaire-preneur d'assurance, le conducteur adhère aux clauses de la convention d'assurances qui le concernent, aussi bien celles qui lui imposent des obligations qu'à celles qui lui profitent » (Cass., 28 novembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 596, note, E.J. ; *R.C.J.B.*, 1978, p. 142, note S. Fredericq). Sur la notion d'adhésion, voy. entre autres, E. DIRIX, *Obligatoire verbodungen tussen contractanten en deventen*, *op. cit.*, pp. 68 et s. ; P.-H. DELVAUX, « Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui », in M. Fontaine et J. Ghestin, *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, pp. 371-372. À défaut de clause expresse, le concept d'adhésion ne paraît toutefois pas pouvoir constituer un fondement à la reconnaissance d'un droit d'action direct du maître de l'ouvrage à l'égard du sous-traitant car, selon Maître Paul-Henry Delvaux, à l'inverse du mandataire substitué non autorisé envers le mandant, le sous-traitant pourrait prétendre n'avoir rien à voir avec le maître de l'ouvrage (voy. P.-H. DELVAUX, *op. cit.*, n° 16, p. 372).

L'on s'éloignerait certainement dans ce cas, sinon de la notion même de sous-traitance, au moins du principe de la relativité des conventions : en présence d'une clause qui rend indivisibles les deux conventions, le juge ne serait-il pas fondé, soit à n'y voir qu'une convention tripartite unique, soit à requalifier l'opération en co-traitance, plutôt qu'en sous-traitance ?

La question de la qualification peut se poser dans des termes similaires en cas de sous-traitance imposée. Nous renvoyons à ce sujet aux développements de Maître Pottier et du Bâtonnier Delvaux (120).

2. Les groupes de contrats : un concept insuffisant

a) Notion

61. Ainsi que l'observe le professeur Ghestin, dans la sous-traitance, « (...) le principe de la relativité des contrats conduit (...) à traiter (les) différents intervenants, qu'il s'agisse de responsabilité ou de paiement du prix, comme des tiers les uns par rapport aux autres, mais il est difficile de faire complètement abstraction de ce que l'ensemble des contrats conclus l'a été en vue de la réalisation d'une même opération économique et qu'une certaine solidarité ne peut manquer d'exister entre les divers participants » (121).

Le contrat de sous-traitance est en principe indépendant du contrat principal. Sa raison d'être et son objet se trouvent néanmoins dans ce dernier contrat, de sorte que l'on se trouve devant un « groupe de contrats » : le contrat conclu entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant prend place dans un ensemble de relations contractuelles plus complexes, faisant apparaître, comme

(120) A. DELVAUX et F. POTTIER, *op. cit.*, pp. 30-32 rapport provisoire.

(121) J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers. Introduction », in M. Fontaine et J. Ghestin, *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, n° 5, pp. 9-10.

nous l'avons observé, une « chaîne de contrats » reliée en son centre par la personne de l'entrepreneur principal.

62. Définir la notion de « groupe de contrat » demeure une entreprise délicate, tant sont nombreuses et variées les figures qu'elle recouvre (122).

Les ensembles contractuels peuvent être « homopartites » ou « hétéropartites » selon qu'ils sont conclus entre les mêmes parties (123) ou entre parties différentes.

Suivant les classifications de Maître Paul-Henry Delvaux (124), les groupes de contrats, lorsqu'ils sont conclus entre parties différentes, pourront présenter, soit une « structure rayonnante », à partir d'une même personne qui en constitue le pivot *ratione personae* (baux conclus par le propriétaire d'un immeuble avec ses différents co-locataires, contrats de transports successifs conclus avec plusieurs transporteurs, CO-assurance,...), soit une « structure triangulaire ou circulaire », lorsque les contrats sont articulés

(122) Voy. toutefois la définition proposée par Monsieur Pittie : « l'expression « groupe de contrats » vise toutes les situations où la relation contractuelle entre deux personnes prend place dans un ensemble de relations contractuelles plus complexes, impliquant soit un nombre plus élevé de contrats entre les mêmes personnes, soit un nombre plus élevé de parties à différents contrats, soit les deux » (M. PITTE, « Le principe de l'effet relatif des contrats à la lumière des législations récentes en matière d'obligations conventionnelles », *Ann. Dr. Louvain*, 1997, p. 330).

(123) Le phénomène des avants contrats en fournit une première illustration. Se pose aussi la question de la qualification d'une opération unique entre parties, formée d'une pluralité de contrats distincts (voy. par exemple, pour le cas du leasing immobilier les références citées par M. VANWYCK-ALEXANDRE et B. KOHL, « Le leasing immobilier : aspects de droit privé », *Rev. dr. imm.*, 2000, pp. 2 et s.). Enfin, les mécanismes de la reconduction et de la prorogation de contrats présentent également l'aspect d'un groupe de contrats conclus entre les mêmes parties (sur ces notions, voy. notre étude, « La prorogation et la reconduction du contrat », *op. cit.*, pp. 261 et s.).

(124) Voy. P.-H. DELVAUX, *op. cit.*, pp. 360 et s. ; voy. également X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge – pour un retour aux sources ! », *op. cit.*, pp. 111-115.

de manière telle qu'il en résulte des relations contractuelles entre toutes les parties intervenantes (contrats de leasing, de garanties personnelles données par un tiers pour assurer l'exécution d'un contrat principal, ...), soit, plus simplement, une « structure linéaire », qui regroupe les diverses opérations par lesquelles le débiteur d'une obligation contractuelle associe un tiers à l'exécution de celle-ci.

L'opération de sous-traitance rentre dans cette dernière catégorie, que nous avons également qualifiée de « chaîne de contrats », puisque « (...) une partie à un contrat de base est amenée à conclure à son tour un contrat pour assurer ou permettre l'exécution de tout ou partie des obligations que met à sa charge le contrat de base (...). Le débiteur au contrat de base devient créancier dans le sous-contrat et (...) en principe aucun rapport juridique ne s'établit, au moins au stade de la formation des contrats, entre les contractants extrêmes » (125).

b) Régime juridique

63. L'existence d'ensembles contractuels est un fait indéniable. Encore faut-il déterminer si la notion de « groupes de contrats » se voit reconnaître des effets particuliers permettant de résoudre certaines difficultés rencontrées par les praticiens, au premier rang desquelles figure l'autonomie des contrats constituant le groupe et l'inexistence d'actions directes entre les contractants extrêmes (sauf dérogations légales, telle par exemple celle dont bénéficie le sous-traitant).

64. Ni la doctrine (126), ni la jurisprudence n'ont élevé jusqu'à présent les « groupes de contrats » au rang de concept autonome, générateur de solutions originales et détaché des principes con-

(125) P.H. DELVAUX, *op. cit.*, p. 361, n° 3.

(126) Voy. toutefois l'étude (controvertée) de E. MONTERO, *op. cit.*, n° 11445 qui propose de retenir la notion de « groupe de contrats » comme fondement autonome d'un droit d'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant.

nus du droit des obligations (127). Nous constaterons d'ailleurs que ce principe est, comme tel, insuffisant à fonder un droit propre du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant.

En droit belge, le principe de « l'isolationnisme contractuel » (128) reste de mise (129) ; il n'y a pas de lien contractuel direct entre des personnes ayant conclu des conventions distinctes, même si celles-ci constituent un ensemble contractuel (130).

Bref, le seul fait de l'insertion d'une convention dans un groupe de contrats ne suffit pas à créer des liens contractuels entre les

(127) Voy. X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge — pour un retour aux sources ! », *op. cit.*, p. 111.

(128) Ainsi caractérisent lumineusement les professeurs Coipel et Pouillet, le principe de l'autonomie des conventions qui constitue un ensemble contractuel (voy. M. COIPEL ET Y. POUILLET, « Introduction aux concepts juridiques », in *Le droit des - contrats informatiques - Principes - applications*, Précis de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1983, pp. 39 et s.).

(129) En revanche, durant quelques années, la Cour de cassation française a remis ce principe en question, en décidant, par un arrêt du 21 juin 1988, que, « (...) dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial » (Cass. fr. civ., 21 juin 1988, *Bull. civ.*, 1988, I, n° 202 ; D., 1989, p. 5, note C. Lauroumet ; J.C.P., 1988, II, n° 21125, note P. Jourdain ; R.T.D.Civ., 1988, p. 763, note P. Jourdain). L'action contractuelle reconnue au maître de l'ouvrage contre le sous-traitant se fondait sur la notion même de groupe contractuel : « tout se passait comme si l'appartenance au groupe, en étant aux responsabilités et victime leur qualité de tiers, eût été de nature à justifier une dérogation au principe de l'effet relatif. L'appréciation des notions de « partie » et de « tiers » se faisait en quelque sorte à l'échelle du groupe et non plus à celle du contrat » (P. JOURDAIN, « La responsabilité civile dans les groupes de contrats », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, *op. cit.*, n° 8, p. 97). Cependant, les juridictions demeuraient partiales sur le principe d'une généralisation de cette responsabilité à tous les groupes et ce même au niveau de la Cour suprême (en particulier la troisième chambre, fermement opposée à cette idée). Aussi, par un arrêt du 12 juillet 1991 rendu en audience plénière, la Cour de cassation a vidé la controverse en revenant sur cette jurisprudence novatrice : « (...) le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage » (Cass. fr. plén., 12 juillet 1991, D., 1991, p. 519, note J. Ghestin ; J.C.P., 1991, II, 21743, note G. Viney ; voy. également P. JOURDAIN, « La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991 », D., 1992, Chron., p. 149).

(130) Voy. S. BAR, « Les effets internes du contrat », *op. cit.*

extrémités de la « chaîne de contrats ». Dans l'état actuel de la jurisprudence, tant en Belgique qu'en France, les notions de partie contractante ou de tiers font toujours référence aux conventions prises isolément et non en tant que membres d'un ensemble.

65. Toutefois, si la notion d'« ensemble contractuel » ne peut être utilisée pour pallier aux difficultés engendrées par l'isolationnisme contractuel, il n'en demeure pas moins que d'autres mécanismes, plus ou moins « classiques » du droit des obligations, peuvent, dans une certaine mesure, substituer à la notion d'indépendance des contrats, celle d'interdépendance et prendre ainsi en considération l'état de dépendance économique dans lequel se meuvent les conventions respectives (131).

Comme le souligne Monsieur Pittie, « si l'exécution d'une relation contractuelle peut, en fait, être influencée par le déroulement d'une autre relation contractuelle appartenant à un même groupe de contrats, elle conserve en général son autonomie en droit, les aménagements qu'elle connaît trouvant leur source dans des mécanismes classiques du droit des obligations » (132).

3. Les autres mécanismes

66. La notion de « groupe de contrats » n'est pas, comme telle, reconnue en droit belge comme source autonome de droits et obligations. Les ensembles contractuels peuvent néanmoins être appréhendés dans leur aspect économique. Certains mécanismes ou institutions permettent en effet de prendre cette réalité en considération et d'atténuer ainsi quelque peu la rigueur de l'autonomie des conventions, en particulier dans une opération de sous-traitance.

(131) Voy. M. COIPEL et Y. POULLET, *op. cit.*, p. 41.

(132) M. PITTIE, *op. cit.*, p. 332.

Les quelques développements qui suivent n'en constituent pas une liste exhaustive ; seuls ont été retenus ceux qui peuvent présenter un intérêt dans le cadre de la sous-traitance.

a) La responsabilité contractuelle du fait d'autrui

67. Le principe général de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui vient assurément atténuer la rigueur de l'autonomie des conventions, puisqu'il fait rejaillir sur le contrat de base l'exécution fautive du contrat de sous-traitance.

En effet, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises (133) que le débiteur d'une obligation répond envers son créancier non seulement de ses fautes propres, mais également de celles commises par ses agents d'exécution. Le débiteur est ainsi tenu à l'exécution de ses obligations à l'égard de son cocontractant, peu importe qu'il ait recours à des tiers pour ce faire (134).

Le fondement de ce principe général demeure controversé (135) ; sa spécificité est remise en cause (136). L'article 1797 du Code civil rend néanmoins l'entrepreneur principal responsable du fait des personnes auxquelles il a confié l'exécution de tout ou partie du marché principal.

(133) Voy. entre autres Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376 ; Cass., 3 décembre 1976, *R.G.A.R.*, 1978, 9.908 ; Cass., 21 juin 1979, *J.T.*, 1979, p. 675.

(134) Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, tome II, n° 592.

(135) Voy. X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge — pour un retour aux sources ! », *op. cit.*, pp. 124-127 ; P.-H. DELVAUX, *op. cit.*, n° 4-11, pp. 362-368 ; B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in P. Wery (coord.), *La théorie générale des obligations*, Formation permanente Commission Université-Palais, vol. XXVII, Liège, éditions de la C.U.P., 1998, pp. 135-140, n° 45-48.

(136) Voy. B. DUBUISSON, *op. cit.*, pp. 138-139, n° 47 : « La soi-disant responsabilité contractuelle du fait d'autrui n'est donc rien d'autre qu'un cas de responsabilité personnelle du débiteur principal. L'inexécution de l'obligation découlant du contrat principal suffit, en principe, à constituer le débiteur en faute, à moins que celui-ci ne parvienne à rapporter la preuve d'une cause étrangère exonératoire ».

b) Les aménagements conventionnels

68. Dans les différents contrats qui participent à la réalisation d'une opération de sous-traitance, certaines clauses peuvent être prévues par les parties de manière à briser certains effets de l'autonomie des conventions.

En décrivant les effets de l'autonomie des conventions dans une opération de sous-traitance, nous avons observé à plusieurs reprises que l'insertion de telle ou telle clause pourrait remédier à certaines difficultés auxquelles les parties sont confrontées.

69. Quelques exemples peuvent être rappelés :

- conclusion du contrat de sous-traitance sous la condition suspensive de l'obtention du marché par l'entrepreneur principal ;
- clause « *if and when* », selon laquelle les paiements seront subordonnés à l'encaissement par l'entrepreneur général du paiement, par le maître de l'ouvrage, des travaux sous-traités (sauf si le retard ou le défaut de paiement du maître de l'ouvrage est imputable à une faute personnelle de l'entrepreneur principal) ;
- clause qui étend les règles des articles 1793 du Code civil (changements et suppléments dans les entreprises à forfait) et 1794 du Code civil (droit de résiliation unilatérale du maître de l'ouvrage) au contrat de sous-traitance ;
- clause organisant le temps de la réception des ouvrages sous-traités ;
- clause pénale en liaison avec les indemnités que pourrait réclamer le maître de l'ouvrage à charge de l'entrepreneur principal ;
- clause rendant applicable au contrat de sous-traitance les révisions de prix convenues entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ;

- stipulation d'une condition résolutoire du contrat de sous-traitance en cas de faillite ou de concordat du maître de l'ouvrage ; les parties peuvent aussi prévoir que ces événements constituent des cas de force majeure ayant des effets libératoires dans leurs relations contractuelles.

70. En outre, une intégration plus poussée peut être voulue par les parties, qui souhaiteraient établir une transparence maximale entre les deux conventions.

71. Notons enfin que l'interprétation d'un contrat de sous-traitance (ou, en sens inverse, du contrat d'entreprise principal) aux termes obscurs peut également constituer une limite à l'autonomie des contrats, malgré l'absence, dans le contrat de sous-traitance, de références expresses au contrat principal. Selon les circonstances propres à l'espèce, et pour autant que les règles relatives à l'interprétation des conventions puissent l'y inviter (137), le juge, pour interpréter le sens de la volonté des parties, pourra parfois avoir égard aux termes de la convention conclue avec le maître de l'ouvrage.

c) Nullité et caducité

72. Le contrat de sous-traitance trouve son objet et sa raison d'être dans le contrat principal (138).

Par conséquent, son annulation pourrait être poursuivie, à défaut de cause, si le contrat principal venait à disparaître rétroactivement (par exemple, en raison de la nullité dont il serait atteint). Une telle action en nullité du contrat de sous-traitance repose sur

(137) L'existence et le contenu des deux conventions constituent des faits juridiques l'un à l'égard de l'autre. Or l'article 1341 du Code civil interdit de prouver outre la volonté écrite des parties au moyen d'une preuve testimoniale (ou par présomptions). Voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 138-139.

(138) Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, *op. cit.*, p. 823.

une conception moderne de la cause, condition de validité des conventions : la cause y est définie comme constituant le mobile déterminant ayant inspiré les cocontractants (139).

L'on sait cependant que cette définition moderne de la cause ne fait pas l'unanimité parmi les Cours et tribunaux du Royaume, et que la conception classique (selon laquelle la cause d'une obligation découle d'un contrat synallagmatique consiste dans l'objet de l'obligation connexe), reçoit encore les faveurs d'une certaine jurisprudence (140).

73. En outre, la dissolution *ex nunc* du contrat principal pourrait éventuellement entraîner la caducité du contrat de sous-traitance, en raison de la disparition de son objet ou de sa cause (141). Le concept de caducité constitue, à n'en point douter, une nouvelle

(139) À ce sujet, voy. entre autres P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », note sous cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 326.

(140) Voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, *op. cit.*, p. 714, n° 71 et les nombreuses références citées. Dans ses arrêts les plus récents, la Cour de cassation semble ne pas vouloir opérer un choix entre les deux conceptions de la cause (voy. S. STIJNS, I. CLAEYS, « Het algemeen regime van de verbintenissen », in S. Stijns et H. Vandenberghe, *Verbindenissenrecht*, Themis 2000-2001, vormingsonderdeel 5, Bruges, die keure, 2001, n° 6, p. 9).

(141) Sur le concept de caducité, l'on consultera la thèse du professeur P.-A. FORIERS (*La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998) ; voy. également I. MOREAU-MARGEVE, C. BIQUET-MATHIEU et A. GOSSELIN, *op. cit.*, pp. 21 et s. ; P.-A. FORIERS, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », note sous cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70 ; *id.*, « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2000, *J.T.*, p. 676 ; P. DELNOY, « La caducité des libéralités pour disparition de leur cause », note sous cass., 16 novembre 1989, *Ann. Dr. Liège*, 1990, p. 338 ; *id.*, « La caducité des libéralités pour disparition de leur cause », in *Chronique du droit à l'Usage du notariat*, vol. XXXI, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 439 ; F. PARISIS, « Vers un principe général de caducité des libéralités consécutives à l'effacement de leur cause ? », *R.G.D.C.*, 1994, p. 281 ; S.J. NUDELHOLE, « Une donation est-elle frappée de caducité par la disparition de sa cause, survenue postérieurement à la conclusion du contrat ? », note sous Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 73 ; S. STIJNS, I. CLAEYS, *op. cit.*, pp. 8 et s.

cause de dissolution des obligations et des contrats (142). L'objet et la cause ne constituent plus exclusivement des éléments essentiels à la conclusion du contrat : dans la mesure où leur disparition a pour corollaire une impossibilité d'exécution, la convention pourra être atteinte de caducité (143).

La caducité des conventions pour disparition de leur objet a été consacrée à plusieurs reprises par la Cour de cassation (144). Ainsi, un événement qui atteint le contrat principal pourrait, par répercussion, rendre impossible toute exécution en nature du contrat de sous-traitance (145).

Néanmoins, le domaine d'application privilégié du concept de caducité par disparition de la cause demeure celui des libéralités. La question de l'extension de sa portée aux conventions à titre onéreux est demeurée incertaine durant plus d'une décennie, jusqu'à ce qu'un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2000 rejette la caducité des autres actes juridiques pour disparition de leur cause, en précisant (à propos d'une renonciation à succession, qui ne constitue pas une libéralité) que : « l'existence de la cause doit être appréciée au moment de la formation de l'acte dont elle constitue une condition de validité et (...) sa disparition ultérieure demeure, en règle, sans effet sur la validité de l'acte » (146).

(142) Voy. P. WERY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in P. Wery (coord.), *La fin du contrat*, Liège, Formation permanente Commission Université-Palais, vol. 51, Liège, éditions de la C.U.P., 2001, p. 38.

(143) Voy. P. WERY, *op. cit.*, p. 38.

(144) Voy. entre autres Cass., 5 mai 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 340 ; Cass., 28 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 370 ; *R.C.J.B.*, 1987, p. 70, note P.-A. Foriers ; Cass., 12 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 284 ; *R.C.J.B.*, 1994, p. 7, note F. Glansdorff.

(145) L'hypothèse est expressément visée par le professeur Foriers (« Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », *op. cit.*, p. 91).

(146) Cass., 21 janvier 2000, *J.T.*, 2000, p. 73, note P.-A. Foriers ; *Rev. Not.*, 2000, p. 336, obs. Sterckx. Le rejet de la caducité ne paraît cependant pas absolu : en employant les termes « en règle », la Cour réserve des exceptions qu'elle ne précise pas (voy. P. WERY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », *op. cit.*, p. 42 ; P.-A. FORIERS, « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2000, *op. cit.*, p. 678).

Bref, en l'absence d'impossibilité d'exécution, la dissolution du contrat de sous-traitance ne pourra intervenir que si les parties avaient fait de la disparition du mobile déterminant une condition résolutoire (éventuellement implicite) de leur engagement ou si l'exigence de poursuite de l'exécution du contrat de sous-traitance se heurtait à la bonne foi (147). En règle cependant, la disparition du contrat principal ne libérera pas automatiquement l'entrepreneur principal de ses obligations vis-à-vis du sous-traitant. L'entrepreneur principal sera tenu de résilier à son tour le contrat qui le lie au sous-traitant en indemnisant éventuellement ce dernier conformément à l'article 1794 du Code civil (148).

Section III

L'action directe

74. L'action directe a été, à plusieurs reprises, l'hôte des cycles de formation de la Commission Université-Palais ; épinglons ainsi, par ordre chronologique, les contributions suivantes :

- E. GEORGES, « Le privilège et l'action directe du sous-traitant », *Droit de la faillite et du concordat*, C.U.P., vol. 9, 1996, pp. 269 et ss. ;
- J. CAEYMAEX, « Les créances des sous-traitants », *Le point sur le droit des sûretés*, C.U.P., vol. 41, 2000, pp. 247 et ss. ;
- P. WERY, « L'action oblique et les actions directes », *La théorie générale des obligations (suite)*, C.U.P., vol. 57, 2002, pp. 5 et ss.

Elle a par ailleurs fait l'objet d'un nombre impressionnant d'études ou ouvrages (149).

75. La présente section pourra dès lors se limiter à l'examen de quelques décisions de jurisprudence publiées ces cinq dernières années, ainsi que des propositions de loi visant à améliorer le régime de l'article 1798 du Code civil.

(149) Pour les études les plus récentes (en droit belge), voy. entre autres : J.-P. RENARD, « Action directe – bilan et perspectives », in *La sous-traitance*, C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2003 (à paraître) ; S. BAR, « Les effets internes du contrat », in *Commentaire Pratique. Les Obligations*, Bruxelles, Kluwer, 2002, II.1.7. ; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. POTTIER, *op. cit.*, n° 328-337, pp. 265-278 ; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, n° 92, pp. 109-110 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, *op. cit.*, n° 198, pp. 832-833 ; Th. BRAUN, *op. cit.*, n° IV.11.4.4-4.9 ; R.O. DALCQ, « Les actions directes », in M. Fontaine et J.

(147) Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.-A. FORIERS, *op. cit.*, p. 826 et réf. citées.

(148) Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.-A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 824-828.

76. Deux propositions de lois ont été déposées au Parlement durant la période analysée :

- la proposition de loi n° 50/1-99 du 7 septembre 1999 de Monsieur Stéphane De Clerck ;
- la proposition de loi n° 160/01 du 14 octobre 1999 de Monsieur Patrick Moriau ;

Seule la première proposition a fait l'objet de développements parlementaires (150). Un texte amendé a été adopté en première lecture par la Commission de la Chambre chargée des problèmes de droit commercial et économique. La section de législation du Conseil d'Etat a rendu le 2 mai 2001 un avis sur ce texte et les amendements ultérieurs. Depuis lors, cette proposition n'a plus donné lieu à discussions.

L'on se rappellera simplement que l'adoption de la précédente modification de l'article 1798 du Code civil (voitée le 19 février 1990) était issue d'une proposition de loi déposée le 5 avril 1979 (151) ! Tout espoir n'est donc pas perdu.

Notre examen portera d'abord sur les conditions d'application de l'action directe, ensuite sur le fonctionnement de celle-ci.

A. Les conditions d'application de l'action directe

77. Depuis la loi du 19 février 1990 (152), le bénéfice de l'article 1798 est offert aux sous-traitants de l'entrepreneur principal :

« 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

(150) *Doc. Parl.*, Ch., sess. Ord., 1998-1999, n° 2146/1 ; 1999-2000, n° 50/1 ; 2000-2001, n° 20/002 à 50/008.

(151) Sur l'historique de la précédente modification de l'article 1798 du Code civil, voy. 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 », *op. cit.*, p. 752, n° 2.

(152) *Moniteur belge* du 23 mars 1990.

Ghestin, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, *op. cit.*, pp. 303 et s. ; F. GEORGES, « De quelques problèmes posés par l'action directe », note sous Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 600 et s. ; C. BLOUET-MATHIEU, « Actions directes », in *Les sûretés*, Chron. Dr. Not., vol. XXXI, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 385 et s. ; *id.*, « Actions directes », in *Les sûretés*, Chron. Dr. Not., vol. XXXVI, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 165 et s. ; P. WERY, « 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. 169 ; E. DIRIX, « Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer », *R.W.*, 1989-1990, pp. 1232 et s. ; *id.*, « Rechtstreekse vordering en samenloop », note sous Comm. Anvers, 24 avril 1995, *R.W.*, 1995-1996, pp. 265 et s. ; G. BAERT, *Aanmelding van werk*, coll. A.P.R., Anvers, Story-Scientia, 2001, pp. 582 et ss. ; F. POILVACHE, « La loi du 19 février 1990 sur la protection des sous-traitants », *J.T.*, 1990, p. 638 et s. ; 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, pp. 751 et s. ; *id.*, « Le droit du sous-traitant au paiement du prix dans le droit privé », *Act. dr.*, 1992, pp. 231 et ss. ; C. JASSOGNE, « Action directe et privilège du sous-traitant », *R.R.D.*, 1991, p. 123 et s. ; J. CAEYMAEX, « Les sûretés conventionnelles et légales », in *Guide juridique de l'entreprise*, livre 49, 2ième éd., Diegem, Kluwer, 1996, pp. 55-59 ; G. BAERT, « Geen vorderingsrecht van de onderaannemer op de hoofdopdrachtgever zonder een ingestelde rechtsvordering », note sous Anvers, 1er mars 1995, *R.W.*, 1996-1997, pp. 478 et s. ; J.-M. RUKKERS, « L'action directe du sous-traitant prévue par l'article 1798 du Code civil : hypothèses de conflits », in *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasit*, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 345 et s. ; J.-P. RENARD et M. VAN DEN ABBELE, « Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur général », *Entr. et dr.*, 1997, pp. 134 et s. ; J. KOKLEBERG, « Artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek bij faillissement en gerechtelijk akkoord : een steriele discussie of een Babylonische spraakverwarving ? », *R.G.D.C.*, 1999, pp. 166 et s. ; H. VAN GOMPEL, « Het onvolmaakt karakter van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer », note sous Civ. Hasselt, 3 novembre 1999, *Limb. Rechtsl.*, 2000, pp. 27 et s. ; K. BERNAUW, « De rechtstreekse vordering tegen de ondervoeder », in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Bruxelles, Die Keure, 2001, pp. 3 et s. ; J. STEVENS, « Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur principal », *Entr. et dr.*, 1997, pp. 134 et s. ; A. CUYPERS, « De rechtstreekse vordering van de onderaannemer », *R.W.*, 1997-1998, pp. 793 et s. ; *id.*, « De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer », in *Overreikingsrecht*, 26ième cycle post-universitaire Willy Deltia, 1999-2000, Kluwer, pp. 440 et s. ; J.-P. VERGAUWE, « Action directe dans le droit de la construction », *Entr. et dr.*, 1998, p. 206 ; W. DERJCKE, « Rechtstreekse vordering van de onderaannemer en de faillissement van de hoofdaannemer », *R.D.C.*, 1999, pp. 211 et s. ; *id.*, « Etendue de la créance-cause et de la créance-objet de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil », note sous cass., 21 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, pp. 446 et ss. ; F. BURSENS, *op.cit.*, pp. 58-63.

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 ».

L'action directe constitue une exception « classique » au principe de la relativité des conventions et, partant, une sérieuse limite à l'autonomie des contrats dans la sous-traitance (153). Elle permet en effet au sous-traitant de bénéficier de certains effets internes du contrat entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage.

Ses conditions d'application peuvent être résumées comme suit.

1. Bénéficiaires de l'action directe

78. Le nouveau texte de l'article 1798 du Code civil met fin à la controverse relative à la question de l'application ou non de l'action directe aux sous-traitants de l'entrepreneur général, question à laquelle il était généralement répondu par la négative (154).

Les sous-traitants bénéficient désormais clairement de ladite action directe, au même titre que les « maçons, charpentiers, ouvriers et artisans » c'est-à-dire tous ceux qui ont pris une part directe aux travaux matériels d'exécution de l'ouvrage.

S'agissant de sous-traitants, une superposition de deux contrats d'entreprise s'avère indispensable (155).

(153) Voy. *supra* n° 55.

(154) Voy. notamment pour un rappel de la jurisprudence antérieure, A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, pp. 109-110, n° 92 ; P. WERY, « 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. 170-172 ; J.-P. BRULS, « Le droit du sous-traitant au paiement du prix dans le droit privé », *op. cit.*, pp. 232-234.

(155) Voy. par exemple récemment Bruxelles, 17 septembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 41.

79. Le second alinéa de l'article 1798 du Code civil accorde expressément le bénéfice de l'action directe au « sous-traitant du second degré » contre l'entrepreneur général : « le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier ».

L'article 20, 12° de la loi hypothécaire, qui octroie au sous-traitant un privilège sur la créance de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage, renferme dans son second alinéa la même disposition.

Le sous-traitant de second degré n'a pas d'action directe contre le maître de l'ouvrage.

80. Une controverse existe quant à la question de savoir si les sous-traitants successifs, au delà du second degré, sont ou non exclus du champ d'application de cette disposition.

Les travaux préparatoires de la loi de 1990 n'apportent pas de réponse à cette question, que les récentes propositions de loi

n'abandonne pas d'avantage. La doctrine majoritaire refuse cette extension (156).

81. Enfin, l'on observera que le bénéfice de l'action directe concerne tous les sous-traitants (contrairement au nouveau privilège établi par l'article 20, 12° de la loi hypothécaire au profit exclusif des sous-traitants des entreprises de construction).

Cette distinction est parfois oubliée par la doctrine ; si le domaine de prédilection de l'action directe est (historiquement et statistiquement) celui de la construction immobilière, il n'en demeure pas moins certain que ce mécanisme bénéficie à tous les sous-traitants (157).

(156) Deux motifs principaux fondent ce refus : d'une part l'interprétation stricte du texte légal qui organise un mécanisme dérogeant au droit commun, en particulier les règles du concours entre les créanciers ; d'autre part l'objectif de protection des sous-traitants, qui ne serait pas adéquatement atteint si tout sous-traitant, à quelque niveau que ce soit, pouvait être considéré comme un « maître d'ouvrage ». Voy. entre autres G. BAERT, *op. cit.*, p. 593, n° 1798 ; J. CAEYMAX, *Manuel des sûretés mobilières*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1996, n° 80/5 ; J.-L. LEDOUX, « Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles et la publicité foncière (1987-1993) », *J.T.*, 1994, p. 336 ; J.-P. RENARD et M. VAN DEN ABBEELE, *op. cit.*, n° 11 ; E. DIRIX, « Het voorrecht in de directe voeding van de onderaannemer », *op. cit.*, p. 1235. Voy. cependant les opinions contraires de 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 », *op. cit.*, n° 9, pp. 756-757 ; S. VANOPPEN, « Zwakke schakels ? Over het voorrecht van art. 20, 12° Hyp. W. in een « ketting van onderaannemers » en de strikte interpretatie van voorrechten », note sous Comm. Hasselt, 26 novembre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 631. Les décisions de jurisprudence sont rares en la matière ; une Cour d'appel s'est prononcée contre l'extension aux sous-traitants successifs (Bruxelles, 8 novembre 1995, *D.A.O.R.*, 1995, n° 37, p. 89 ; voy. toutefois *contra* : Comm. Hasselt, 26 novembre 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1285 ; *A.J.T.*, 1998-1999, p. 60, note S. Vanoppen).

(157) Voy. ainsi récemment Comm. Bruxelles, 31 juillet 2002, *Entr. et dr.*, 2002, p. 317 (travaux de préparation à la réalisation de brochures de publicité) ; Comm. Verviers, 10 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 462 (montage de cadres destinés à équiper des machines) ; Liège, 29 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 313 (travaux de modification d'une installation de ventilation).

2. Créance-cause et assiette de l'action directe

82. On distingue la créance-cause de l'action directe, de l'assiette de l'action directe. La première détermine quelles sont les créances protégées par l'article 1798 du Code civil (1) ; la seconde précise sur quelles créances porte l'action directe (2).

Un important arrêt a été rendu en cette matière par la Cour de cassation le 21 décembre 2001 (3).

a) Créance-cause

83. L'article 1798 du Code civil ne précise pas quelles créances sont garanties par l'action directe.

84. La doctrine et la jurisprudence considéraient, sous le régime de l'ancienne disposition, que seuls les gains du travail, c'est-à-dire la créance de salaires et ses accessoires étaient protégés à l'exclusion de toute autre somme que l'entrepreneur pourrait devoir à l'ouvrier (158). Cette interprétation reposait essentiellement sur une analyse des motifs de la loi ; l'action directe n'a en effet été accordée aux salariés qu'en raison du caractère alimentaire que représente pour eux ce qu'ils gagnent au moyen de leur travail. Cette interprétation reste de mise sous le nouveau régime de l'action directe pour les ouvriers.

En ce qui concerne les sous-traitants, d'aucuns pensaient que l'action directe, en ce qui concerne la créance garantie, présentait une seconde différence par rapport au privilège énoncé par l'article 20, 12° de la loi hypothécaire : « L'action directe peut être exercée par tout sous-traitant pour toute créance qu'il détient vis-à-vis de l'entrepreneur, alors que le privilège ne protège que les sommes dues pour le même chantier » (159). Le professeur

(158) Voy. entre autres H. DE PAGE, *op. cit.*, tome IV, n° 919 ; A. DELVAUX, *Traité juridique des bâtisseurs*, tome I, 2ième éd., Bruxelles, Bruylant, 1968, n° 145.

(159) J.-P. RENARD, *op. cit.*, n° 1.6. (à paraître) ; voy. également J.-P. RENARD et M. VAN DEN ABBEELE, *op. cit.*, p. 139 ; J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, p. 336, n° 82.

Wery estimait en revanche que la créance du sous-traitant devait procéder du sous-traité (sans cependant se limiter, comme pour les ouvriers, à la créance de prix) (160).

85. La Cour de cassation a consacré cette dernière interprétation dans son arrêt du 21 décembre 2001.

86. Par ailleurs, l'action directe du sous-traitant porte tant sur le principal que sur les accessoires de sa créance (161).

87. Enfin, la créance du sous-traitant doit être certaine et exigible, mais non nécessairement liquide quant à son montant ; la célérité ou l'insolvabilité de l'entrepreneur principal ne constituent pas d'avantage des conditions de l'action directe (162).

b) Assiette

88. La jurisprudence précise que l'action directe peut porter sur tout ce dont le maître de l'ouvrage se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où l'action est intentée, quelle qu'en soit la cause : l'article 1798 du Code civil n'exige pas que la dette du maître de l'ouvrage trouve sa cause dans le contrat d'entreprise. Toute somme dont le maître est redevable envers le locateur d'in-

dustrie, à quelque titre et pour quelque motif que ce soit, pourrait donc faire l'objet de l'action fondée sur ce texte (163).

Selon notre appréciation, l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2001 ne remet pas en cause cette jurisprudence.

Cette dernière fait néanmoins l'objet de sérieuses critiques par une doctrine autorisée. Le professeur Wery observe ainsi que cette jurisprudence est sujette à caution sur le plan historique : « *Les premiers commentateurs du Code civil, qui (...) ont forgé de toutes pièces la notion d'action directe, restaiginaient, en effet, l'assiette de celle-ci aux créances de l'entrepreneur principal nées du chantier en cause* » (164). Par ailleurs, selon le professeur Biquet-Mathieu, la thèse adoptée par la jurisprudence majoritaire « (...) est susceptible de se heurter au principe d'interprétation stricte qui est de mise en présence d'un mécanisme, telle l'action directe, qui permet au sous-traitant qui l'exerce d'échapper au concours avec les autres créanciers de l'entrepreneur principal » (165).

(163) L'action directe peut porter sur « toute somme due par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur, même étrangère au contrat d'entreprise ». Voy. entre autres Liège, 27 février 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 137 ; Liège, 29 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 13 ; Liège, 8 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 376 ; Liège, 23 octobre 1998, *R.R.D.*, 2000, p. 43, note P. Wery ; Anvers, 22 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1087 ; Gand, 6 mai 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 910, note S. Verbeke ; Comm. Bruxelles, 30 juin 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 298 ; Liège, 30 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 340 ; Comm. Termonde, 13 mars 1998, *Entri. et dir.*, 1998, p. 247 ; Comm. Verviers, 10 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 462. Voy. également 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. dir.*, 1991, pp. 775, n° 33 ; J.-P. RENARD et M. VAN DEN ABEELE, *op. cit.*, p. 139 ; J. CAEYMAEX, « La créance des sous-traitants », *op. cit.*, p. 268.

(164) P. WERY, « 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.*, 1997, p. 169.

(165) C. BIQUET-MATHIEU, « Actions directes », in *Les sûretés*, Chron. Dr. Not., vol. XXXVI, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 167 ; voy. également W. DERJICKE, « Eten- due de la créance-cause et de la créance-objet de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 448.

(160) Voy. P. WERY, « 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.*, 1997, p. 169.

(161) Voy. Cass., 22 mars 2002, *R.J.L.*, 2003, p. 133.

(162) Sur ces questions, voy. spécialement F. GEORGES, « De quelques problèmes posés par l'action directe de l'article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 603.

89. En revanche, il résulte des termes de la loi que l'existence de l'engagement du propriétaire doit s'apprécier au moment de la mise en œuvre de l'action directe. Le maître de l'ouvrage n'est donc tenu que dans la mesure de ce qu'il doit encore à l'entrepreneur au moment de l'intentement de l'action.

90. Par ailleurs, si le maître de l'ouvrage doit être débiteur pour une cause antérieure à l'exercice de l'action directe, il n'est pas requis que la créance de l'entrepreneur principal soit liquide et exigible (166).

c) Arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2001

91. Les faits ayant donné lieu à cet arrêt peuvent être résumés comme suit.

Un sous-traitant a effectué divers travaux sur deux chantiers différents confiés au même entrepreneur principal. Le premier chantier était relatif à la construction de maisons, commandées par la commune de Boussu ; le second concernait un école à Montignies-sur-Sambre, le maître de l'ouvrage étant la Ville de Charleroi.

Demeuré impayé à concurrence de 1.409.734 Bcf (soit 603.197 Bcf pour le chantier de Charleroi et de 806.537 pour le chantier de Boussu), le sous-traitant a intenté une action directe contre chacun des maîtres d'ouvrage.

Au jour de la citation, la ville de Charleroi doit encore à l'entrepreneur principal une somme de 1.599.035 Bcf, tandis que la commune de Boussu reste redevable de 1.204.746 Bcf.

Par l'arrêt attaqué, rendu le 30 septembre 1999, la Cour d'appel de Mons condamne les deux personnes morales de droit public, non séparément, mais pour le tout, à payer au sous-traitant la somme de 1.204.746 Bcf, la ville de Charleroi étant en outre con-

damnée seule au paiement du solde de la créance du sous-traitant, soit 204.988 Bcf.

La commune de Boussu et la ville de Charleroi introduisent un pourvoi en cassation. Elles font grief à la cour d'appel de ne pas avoir limité le montant de leurs condamnations respectives au montant encore dû par l'entrepreneur principal au sous-traitant pour chacun de leurs chantiers respectifs (soit 603.197 Bcf pour le chantier dont la ville de Charleroi était le maître d'ouvrage et 806.537 pour le chantier dont la commune de Boussu était le maître de l'ouvrage) (167). Elles estiment que l'action directe ne peut être exercée que sur ce dont le sous-traitant est créancier à l'égard de l'entrepreneur principal « (...) à raison de l' « entreprise » dont celui-ci a été chargé par le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire en exécution du contrat de sous-traitance relatif au chantier dont l'entrepreneur principal a été chargé par le contrat d'entreprise qu'il a conclu avec le maître de l'ouvrage, et non pour ce dont il serait créancier de l'entrepreneur principal à raison d'autres causes et, notamment, d'une autre « entreprise » - c'est-à-dire d'un autre chantier - dont l'entrepreneur aurait été chargé par un autre maître de l'ouvrage » (168).

92. La Cour de cassation déclare le moyen fondé :

« Attendu qu'en vertu de l'article 1798, alinéa 1er, du Code civil, les 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 ;

(167) Voy. C. BIQUET-MATHIEU, « Actions directes », in *Les sûretés*, Chron. Dr. Not., vol. XXXVI, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 166.

(168) Cass., 21 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 441, note W. Derijcke ; *R.J.L.*, 2002, p. 59, *J.T.*, 2002, p. 196 (somm.).

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 ;

Que l'arrêt, qui énonce que la créance du sous-traitant et celle de l'entrepreneur principal ne doivent pas procéder « de travaux réalisés sur le même chantier » et condamne les demanderessees « chacune pour le tout » à payer à la défenderesse 1.204.746 francs en principal et, en outre, la première demanderesse à payer à la défenderesse 204.988 francs en principal, viole l'article 1798 précité ».

93. La Cour de cassation nous paraît fermement refuser que la créance-cause de l'action directe puisse consister dans toute créance dont pourrait disposer le sous-traitant contre l'entrepreneur général.

Le maître de l'ouvrage ne peut être amené à payer au sous-traitant plus que ce que l'entrepreneur lui est encore redevable pour le chantier qui a été confié à l'entrepreneur par ce maître. Cela étant, la généralité des termes employés par la Cour ne devrait pas limiter l'action directe à la seule créance de prix du sous-traitant, mais à toutes celles qui procèdent du contrat de sous-traitance (notamment les dommages et intérêts).

94. Par ailleurs, à nos yeux (169), cet arrêt ne condamne pas (sans la consacrer expressément) la jurisprudence antérieure relative à

(169) *Contra* : P. WERY, « L'action oblique et les actions directes », *op. cit.*, p. 43.

la nature de la créance assiette de l'action directe (170) : dès lors que le sous-traitant dirige son action contre le maître de l'ouvrage « à raison » des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié par le maître à l'entrepreneur et ensuite par celui-ci au sous-traitant, rien n'empêche, d'après la jurisprudence, de frapper d'indisponibilité toute somme généralement quelconque due par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal, même au-delà du solde du prix relatif au chantier litigieux (171).

3. Clauses dérogatoires

95. La stipulation du contrat d'entreprise aux termes de laquelle le maître et l'entrepreneur s'accordent pour priver les ouvriers ou les sous-traitants du second du bénéfice de l'action directe, est de nul effet.

Cette solution n'est pas contestée au sein de la doctrine, mais son fondement est controversé (172).

96. Par contre, les cocontractants peuvent valablement décider d'étendre l'article 1798 du Code civil au-delà de son champ d'application légal. Ces clauses s'analysent en stipulations pour autrui, licites sur le pied de l'article 1121 du Code civil.

(170) Dans sa note sous l'arrêt précité, Werner Derijcke précise que l'arrêt de la Cour d'appel de Mons qui fit l'objet du pourvoi s'inscrivait dans cette jurisprudence, en énonçant que « (...) contrairement au privilège de l'article 20, 1^{er} de la loi hypothécaire, l'action directe porte sur toute créance qu'a, au jour où elle est intentée, l'entrepreneur principal à l'égard du maître de l'ouvrage, et cela pour quelque cause que ce soit ». Cette partie de l'arrêt de la Cour d'appel n'était pas critiquée, de sorte que la Cour de cassation ne nous paraissait pas saisie de cette question (voy. W. DERIJCKE, « Etendue de la créance-cause et de la créance-objet de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 448).

(171) Sur les critiques de cette jurisprudence, voy. *supra* n° 88.

(172) Certains auteurs invoquaient le caractère d'ordre public de l'article 1798 du Code civil (J. DELVAUX, *Droits et obligations des entrepreneurs de travaux*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1934, n° 428), alors que d'autres se référaient, plus justement semble-t-il, au principe de l'effet relatif des conventions (voy. entre autres L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », note sous Liège, 21 février 1964, *R.C.J.B.*, n° 8, p. 42).

De même, rien n'empêche que le contrat principal renferme une clause de garantie du maître de l'ouvrage contre les initiatives du sous-traitant. « La clause qui prévoit que l'entrepreneur principal devra tenir « indemne » le maître de l'ouvrage « de tous inconvénients ou frais quelconques » résultant d'initiatives prises par des sous-traitants ou des tiers est licite. Il ne s'agit pas pour le maître d'œuvre d'écarter l'application de l'article 1798 du Code civil mais de déterminer l'incidence de l'intervention des sous-traitants sur le chantier sur les rapports entre le maître d'œuvre et l'entrepreneur général ; la volonté des parties contractantes est que l'intervention des sous-traitants et l'application éventuelle de l'article 1798 du Code civil ne doivent pas entraîner un surcoût pour le maître de l'ouvrage. Ainsi, celui-ci pourra imputer sur le montant qu'il reste devoir à l'entrepreneur général les frais supplémentaires résultant des actions introduites contre lui (par) les sous-traitants » (173).

4. Action directe et faillite

97. L'action directe intentée avant la faillite de l'entrepreneur principal peut sortir ses effets avant le prononcé de celle-ci.

98. La question si l'action directe peut être exercée après que l'entrepreneur principal ait été déclaré en faillite (ou après que la créance dont dispose ce dernier contre le maître de l'ouvrage ait fait l'objet d'une saisie-arrêt) demeure controversée (174).

99. Durant la période examinée, ont refusé que l'action directe puisse être intentée après la situation de concours :

(173) Liège, 30 juin 2000, *J.T.*, 2001, p. 597.

(174) L'exercice de l'action directe a été autorisé durant la période concordataire par la Cour d'appel de Liège (25 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1475).

- la Cour d'appel d'Anvers (175) ;
- le tribunal de commerce de Louvain (176) ;
- le tribunal de commerce de Bruxelles (177) ;
- le tribunal civil d'Hasselt (178) ;
- le tribunal civil de Bruxelles (179) ;

Adoptant la thèse développée par le professeur Dirix (180), ces décisions se fondent principalement sur les travaux préparatoires de la loi de 1990 et sur l'idée que l'action directe ne peut être exercée que si la créance de l'entrepreneur principal sur le maître de l'ouvrage est encore disponible dans le patrimoine de l'entrepreneur au moment où l'action directe est exercée, *quod non* en cas de faillite.

100. Une autre jurisprudence rejette cette opinion :

- la Cour d'appel de Liège (181) ;
- le tribunal civil de Turnhout (182) ;

(175) Anvers, 13 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, pp. 466 ; Anvers, 13 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 470, note W. Derijcke.

(176) Comm. Louvain, 24 février 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 213.

(177) Comm. Bruxelles, 27 juillet 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 209, note W. Derijcke. Dans un jugement ultérieur, le tribunal de commerce de Bruxelles a cependant adopté la solution inverse (jugement du 31 juillet 2002, cité *infra*, n° 100).

(178) Civ. Hasselt, 3 novembre 1997, *Limb. Rechtsl.*, 2000, p. 424, note H. Van Gompel.

(179) Civ. Bruxelles, 8 septembre 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 1102.

(180) Voy. E. DIRIX, « Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer », *op. cit.*, p. 1235 ; *id.*, « Rechtsreeks vordering en samenloop », *op. cit.*, p. 266 ; voy. également W. DERIJCKE, « Rechtsreeks vordering van de onderaannemer en faillissement van de hoofdaannemer », *op. cit.*, pp. 211 et ss. ; A. CUYPERS, « De rechtsreeks vordering en het voorrecht van de onderaannemer », *op. cit.*, p. 703 ; J.-M. RIKKERS, *op. cit.*, p. 345 ; A. ZENNER, *Dépistage, Faillites et Concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 954 et s.

(181) Liège, 27 février 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 137 ; 25 juin 1998, *Emir. et dr.*, 1998, p. 247.

(182) Civ. Turnhout, 21 mai 1997, *R.W.*, 1997-1998, note E. Dirix.

- le tribunal de commerce de Verviers (183) ;
- le tribunal civil de Gand (184) ;
- le tribunal de commerce de Termonde (185) ;
- le tribunal de commerce de Bruxelles (186).

Dans ces décisions, les magistrats ont estimé que l'action directe échappait au concours des créanciers de l'entrepreneur principal. À la différence de l'action oblique, cette action confère un droit propre au créancier poursuivant, lui permettant d'agir directement contre le sous-débiteur sans passer par le patrimoine du débiteur intermédiaire et sans subir le concours existant à ce niveau (187). Une interprétation différente des travaux préparatoires confirmerait cette opinion.

101. L'incertitude de cette controverse est cependant tranchée dans les propositions de loi portant modification de l'article 1798 du Code civil : chacune rappelle expressément que le mécanisme de l'action directe peut être utilisé même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation ou de faillite ou s'il tombe sous une procédure de concordat (188).

(183) Comm. Verviers, 10 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 462.
 (184) Civ. Gand, 14 février 2001, *Entr. et dr.*, 2001, p. 110.

(185) Comm. Termonde, 13 mars 1998, *Entr. et dr.*, 1998, p. 254.
 (186) Comm. Bruxelles, 31 juillet 2002, *Entr. et dr.*, 2002, p. 317 (également Comm. Bruxelles, 30 juin 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 928). La jurisprudence de cette juridiction n'est cependant pas tranchée, puisque dans un jugement du 27 juillet 1998, cité *supra*, la thèse inverse a été adoptée.

(187) Voy. les arguments développés par F. GEORGES, « Le privilège et l'action directe du sous-traitant », *op. cit.*, pp. 279-281 ; voy. également J.-P. BRULS, *op. cit.*, pp. 774-775 ; J.-P. RENARD et M. VAN DEN ABBEELE, *op. cit.*, pp. 140-142 ; P. WERY, « 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. 184.

(188) Voy. les commentaires de J.-P. RENARD, *op. cit.*, p. 12 (à paraître) et de M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. POTTIER, *op. cit.*, pp. 274-278.

B. Le fonctionnement de l'action directe

102. Le fonctionnement de l'article 1798 du Code civil est dominé par deux règles complémentaires : l'indisponibilité totale de la créance-assiette de l'action directe et le principe de l'opposabilité des exceptions.

1. L'indisponibilité de la créance-assiette

103. La jurisprudence précise que la dette du maître de l'ouvrage est indisponible dans sa totalité, à compter du jour où les ouvriers ou sous-traitants de l'entrepreneur exercent en justice le droit que leur confère l'article 1798 du Code civil et ce même si la somme qui resterait due au sous-traitant est inférieure à celle due à l'entrepreneur principal (189).

104. Cette situation peut causer dans certains cas un grave préjudice à l'entrepreneur principal qui, « (...) à la suite d'une action directe de l'un ou plusieurs de ses sous-traitants, voit toutes les sommes dues par le maître de l'ouvrage rendues indisponibles pour une période extrêmement longue » (190).

Plusieurs propositions ont été formulées par la doctrine pour limiter cet effet néfaste (191).

(189) Voy. par exemple Gand, 6 janvier 1995, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 910, note S. Verbeke ; Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 589, note F. Georges.

(190) J.-P. RENARD, *op. cit.*, p. 10 (à paraître) ; cet auteur cite ainsi une récente ordonnance inédite du Président du tribunal de Commerce de Bruxelles (15 mars 2002, RG 79/002), lequel considérait que : « (...) un des graves problèmes de l'action directe est de déterminer si elle entraîne le dessaisissement du maître de l'ouvrage de toutes les sommes dont il est redevable ou seulement du montant couvrant la créance du sous-traitant sur l'entrepreneur général ».

(191) Voy. J.-P. RENARD, *op. cit.*, pp. 12 et ss. (à paraître) ; voy. également les observations critiques de M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. POTTIER, *op. cit.*, n° 337, pp. 274-278. L'amendement n° 30 au texte de la proposition de loi « De Clerck », adopté en première lecture, propose d'ajouter l'alinéa suivant à l'article 1798 du Code civil : « Les montants immobilisés en raison d'une action directe introduite par des sous-traitants sont limités aux sommes réclamées par ces sous-traitants » (*Doc. Parl.*, Chambre, 2000-2001, S.O., n° 50/006, p. 9).

105. Se pose par ailleurs la question de savoir si le bénéfice de l'action peut être revendiqué sur base d'une simple mise en demeure, ou s'il nécessite l'introduction d'une action en justice.

En jurisprudence, l'opinion majoritaire paraît exiger une action judiciaire (192). Quelques décisions adoptent une position inverse (193), suivant en cela un mouvement initié par Maître Frédéric Georges (194).

La question est d'importance, principalement du point de vue des exceptions (paiement, compensation, saisie-arrêt, ...) qui peuvent être opposées au sous-traitant : seules les exceptions nées antérieurement à la manifestation par le sous-traitant de son intention d'exercer son droit direct pourraient encore être valablement opposées, non plus celles nées entre ce moment et celui de l'intentement de l'action en justice.

Dans son dernier état, la proposition de loi « De Clerck » prévoit la simplification de l'exercice de l'action directe, sans passer obligatoirement par une procédure judiciaire. Le paragraphe 1er de l'article 1798bis proposé s'énonce comme suit :

« Si l'entrepreneur ne paie pas les sommes dues en vertu du contrat de sous-traitance dans les dix jours de la mise en demeure qui lui a été adressée et dont copie a été envoyée au maître de l'ouvrage, le sous-traitant peut demander directement au maître de l'ouvrage de le payer. Après

(192) Voy. récemment, entre autres Anvers, 1er mars 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 477, note G. Baert ; Civ. Audenaerde, 17 novembre 1997, *T.G.R.*, 1998, p. 116 ; Comm. Bruxelles, 27 juillet 1998, *R.D.C.*, 199, p. 209, note W. Derijcke ; Civ. Gand, 4 octobre 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 15 ; *id.*, 1er décembre 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 487 ; Liège, 29 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 636 ; *id.*, 23 octobre 1998, *R.R.D.*, 2000, p. 43, note P. Wery.

(193) Voy. Gand, 6 mai 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 910, note S. Verbeke ; Comm. Termonde, 13 mars 1998, *Étatr. et dr.*, 1998, p. 254

(194) F. GEORGES, « De quelques problèmes posés par l'action directe du sous-traitant », *op. cit.*, p. 602 ; voy. également J. CAEYMAEX, *op. cit.*, p. 266 ; P. WERY, « 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.

la réception de la demande de paiement direct, le maître de l'ouvrage paie les sommes dues au sous-traitant ; sauf si l'entrepreneur prouve qu'il a payé le sous-traitant » (195).

2. L'opposabilité des exceptions

106. L'action directe de l'article 1798 du Code civil n'est pas conforcée par l'inopposabilité des exceptions.

Il convient, pour plus de clarté, de distinguer les exceptions selon qu'elles sont issues du rapport entre le demandeur et l'entrepreneur général ou du rapport entre l'entrepreneur général et le maître de l'ouvrage.

107. Le maître de l'ouvrage peut opposer au sous-traitant de l'entrepreneur général toutes les exceptions que pourrait invoquer à son encontre l'entrepreneur général.

Cette solution est logique puisque le maître de l'ouvrage n'est tenu que dans la mesure de la dette de l'entrepreneur général à l'égard de son sous-traitant ou ouvrier (196).

108. Le maître de l'ouvrage peut opposer au créancier poursuivant tous les moyens et exceptions qu'il aurait pu opposer à l'entrepreneur général pour autant que ces exceptions aient une cause antérieure à l'exercice de l'action directe (197), sauf lorsqu'il s'agit d'une exception inhérente à la dette, comme l'exception d'inexécution : étant inhérente à la nature du contrat synallagmatique,

(195) *Doc. Parl.*, Chambre, 2000-2001, S.O., n° 50/006, p. 3.

(196) Voy. J.-P. BRUIJS, *op. cit.*, p. 240 ; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, n° 92, p. 110.

(197) Voy. J.-P. BRUIJS, *op. cit.*, p. 240 ; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, n° 92, p. 110 ; voy. également, entre autres Liège 8 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 376 ; Liège, 29 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 313 ; Comm. Liège, 26 octobre 1994, *R.R.D.*, 1994, p. 542 Liège, 23 octobre 1998, *R.R.D.*, 2000, p. 43 ; Liège, 30 juin 2000, *J.T.*, 2001, p. 597.

cette exception « (...) préexiste à l'inexécution elle-même et au transport des droits du créancier et peut donc être invoquée quel que soit le moment auquel se situe l'inexécution » (198).

Il en résulte que le maître de l'ouvrage peut valablement se prévaloir des causes de nullité, de résolution, de suspension ou d'extinction de son engagement lorsqu'elles sont antérieures à l'action directe. Il peut donc invoquer un paiement ou une compensation réalisés sans fraude, avant que la justice n'ait été saisie (199). La cession de la créance à un tiers peut également être opposée au sous-traitant. En revanche, l'opposabilité de l'exception résultant de la mise en gage par l'entrepreneur de la créance contre le maître de l'ouvrage pose plus de difficultés (200).

(198) C. JASSOGNE, *op. cit.*, p. 124 ; voy. récemment Liège, 20 juin 2000, *J.T.*, 2001, p. 597.

(199) Voy. les références citées par P. WERY, « 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, note 63.

(200) La cession par l'entrepreneur à un tiers de sa créance sur le maître de l'ouvrage pourra être opposée au sous-traitant exerçant ultérieurement l'action directe (sur la combinaison des articles 1690 et 1798 du Code civil, voy. P. WERY, « 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. 182) ; en revanche, il n'est pas établi avec certitude que le créancier gagiste de l'entrepreneur ayant reçu en nantissement la créance de l'entrepreneur principal prime sur le sous-traitant de ce dernier (voy. entre autres J.P. RENARD et M. VAN DEN ABBEELE, *op. cit.*, pp. 142 et ss. ; F. GEORGES, « Le privilège et l'action directe du sous-traitant », *op. cit.*, p. 282 ; A. CUYPERS, *op. cit.*, pp. 799-802). La jurisprudence récente demeure hésitante : voy. *pro* : Civ. Gand, 1^{er} décembre 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 487 ; Civ. Turnhout, 21 mai 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 411, note E. Dirix ; Civ. Gand, 1^{er} décembre 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 487 ; *contra* : Comm. Liège, 26 octobre 1994, *R.D.C.*, 1996, p. 555 ; Comm. Charleroi, 3 mars 1995 et 21 novembre 1996, *R.R.D.*, 1997, p. 51. Dans son dernier état (articles adoptés au premier vote par la commission), la proposition de loi « De Clerck énonçait, dans son article 2, que « la cession ou le nantissement des créances de l'entrepreneur, dues en exécution du contrat passé avec le maître de l'ouvrage, ne sortira ses effets qu'après le paiement du sous-traitant qui aura introduit l'action directe » (*Doc. Parl.*, Chambre, 2000-2001, S.O., n° 50/006, p. 1). La proposition rend donc inopposable au sous-traitant non seulement la mise en gage, mais également la cession des créances de l'entrepreneur principal vis-à-vis du maître de l'ouvrage.

L'exception d'inexécution pourra quant à elle être invoquée quel que soit le moment où se situe l'inexécution.

109. Notons également que lorsque plusieurs sous-traitants du même entrepreneur général intentent une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage, la somme dont celui-ci est débiteur à l'égard de l'entrepreneur principal est répartie entre eux au marc le franc (201).

110. Enfin, outre l'action directe, le sous-traitant peut, à certaines conditions, introduire une demande contre le maître de l'ouvrage sur base des articles 1382 et suivants du Code civil.

En effet, si le sous-traitant bénéficie de la théorie, construite par la Cour de cassation, dite de « l'immunité relative des agents d'exécution », tel n'est pas le cas du maître de l'ouvrage. Celui-ci, au contraire du sous-traitant, demeure un tiers à son égard, de sorte que l'action en responsabilité délictuelle demeure ouverte sans restrictions contre le maître de l'ouvrage (202).

(201) Voy. notamment Liège 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 589, note F. Georges.

(202) Voy. Cass., 14 décembre 1990, *Fas.*, 1991, 1, p. 371 (« Pour qu'il puisse être fait droit à la demande introduite par le sous-traitant, contre le maître de l'ouvrage sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, il suffit que les conditions prévues à ces articles soient remplies (...). Il s'ensuit qu'en appréciant l'existence et l'étendue du dommage subi par le (sous-traitant), sur la seule base de la responsabilité extra contractuelle du (maître de l'ouvrage), conformément aux articles 1382 et 1383 du Code civil et, spécialement, en n'excluant pas de ce dommage celui que le (maître de l'ouvrage) qualifie de purement contractuel, l'arrêt ne viole pas les dispositions légales indiquées dans le moyen ») ; Anvers, 17 mai 1999, *Entr. et dr.*, 1999, p. 294 (appréciation d'une éventuelle faute commise par le maître de l'ouvrage dans la coordination des travaux) ; voy. également M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. POTTIER, *op. cit.*, n° 327, pp. 264-265.