

DROIT DES OBLIGATIONS ET SOUS-TRAITANCE *

PAR

BENOÎT KOHL

ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE,
AVOCAT AU BARREAU DE LIÈGE

ET

MICHELE VANWLJCK-ALEXANDRE

PROFESSEUR ORDINAIRE À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
Introduction	27
<i>Le contrat de sous-traitance. Définition et distinctions</i>	28
<i>Le droit de sous-traiter</i>	30
<i>Délimitation du sujet et plan</i>	31
I. Aspect « tripartite » du contrat de sous-traitance	32
I.1. <i>Autonomie des contrats et conséquences.</i>	32
I.1.1 Le principe de la relativité des conventions : rappel	32
I.1.2. La relativité des conventions dans la sous-traitance.	34
I.1.2.1. Autonomie des contrats	35
I.1.2.2. Applications concrètes de l'autonomie des conventions	36
I.1.2.2.1. Introduction : la transparence	36
I.1.2.2.2. Exemples	37
1. Relations entre les deux parties extrêmes de la « chaîne »	37
2. Naissance du contrat de sous-traitance	38
3. La réception des travaux	39
4. Les retards d'exécution - clauses pénales	40
5. Fixation du prix et clause de révision de prix	41
6. Clause d'arbitrage	42
7. Changements et suppléments dans les entreprises à forfait	42
8. Droit de résiliation unilatérale	42

* Monsieur Benoît Kohl a rédigé la partie la plus substantielle du présent rapport.

1.2.3.2.3. L'extension de l'article 1122 du Code civil aux ayants cause à titre particulier	77
1.2.3.2.4. L'extension de l'article 1615 du Code civil au contrat d'entreprise	77
1.2.3.2.4. 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	78
1.2.3.2.5. Un principe général de droit fondé sur la reconnaissance du concept de « groupe de contrat »	79
1.2.3.2.6. La tierce complicité du sous-traitant	79
II. Responsabilités contractuelles et délictuelles	79
II.1. <i>La responsabilité contractuelle de l'entrepreneur principal</i>	79
II.1.1. Régime	80
II.1.2. Clause exonératoire de responsabilité du fait d'autrui	83
II.1.2.1. Régime général	83
II.1.2.2. Clauses exonératoires et sous-traitance	84
II.1.2.2.1. Sous-traitance de l'architecte	85
1. Licéité de la délégation	86
2. Exonération de responsabilité	86
II.1.2.2.2. La responsabilité décennale	87
1. Sous-traitance de l'architecte	88
2. Sous-traitance de l'entrepreneur	89
II.2. <i>La responsabilité contractuelle du sous-traitant</i>	90
II.2.1. Obligations du sous-traitant	90
II.2.1.1. Effectuer l'ouvrage promis	91
II.2.1.1.1. Règles de l'art	91
II.2.1.1.2. Obligation de moyen ou de résultat	92
II.2.1.1.3. Obligation d'information	93
II.2.1.2. Respecter les délais fixés	93
II.2.2. Réception, responsabilité décennale et de droit commun - Ren-voi	94
II.2.3. Sanctions de l'inexécution de la convention de sous-traitance	95
II.3. <i>Responsabilité délictuelle</i>	100
II.3.1. Responsabilité délictuelle de l'entrepreneur principal	100
II.3.1.1. Responsabilité pour faute personnelle	100
II.3.1.1.1. A l'égard du maître de l'ouvrage	100
II.3.1.1.2. A l'égard des tiers	101
II.3.1.2. Responsabilité du fait d'autrui à l'égard des tiers	102
II.3.2. Responsabilité délictuelle du sous-traitant	103

INTRODUCTION

Au tournant de ce siècle, le professeur Pierre Van Ommeslaghe écrivait : « *L'importance et le rôle du droit des obligations, comme fon-*

9. Les paiements	43
10. Obligations des parties - Clauses d'exonération - Responsabilité décennale	44
11. Extinction du contrat principal	46
1.2. <i>Limites à l'autonomie des contrats</i>	47
I.2.1. Généralités	48
I.2.1.1. Les exceptions « classiques » au principe de la relativité des conventions	48
I.2.1.1.1. La stipulation pour autrui	48
1. Conditions	49
1.1. Conditions requises pour toute convention	49
1.2. Conditions particulières	49
2. Effets	50
2.1. Effets positifs	50
2.2. Effets négatifs	51
I.2.1.1.2. L'action directe : renvoi	51
I.2.1.2. Quelques autres mécanismes atténuant la rigueur de l'autonomie des contrats	52
I.2.1.2.1. Les groupes de contrats : un concept insuffisant	53
1. Notion	53
2. Régime juridique	55
I.2.1.2.2. Les autres mécanismes à envisager	57
1. La responsabilité contractuelle du fait d'autrui	57
2. Les aménagements conventionnels	58
3. Nullité et caducité	59
4. La transmission au maître de l'ouvrage des actions contre le sous-traitant : renvoi	61
I.2.2. L'action directe du sous-traitant	62
I.2.2.1. Conditions d'application de l'article 1798 du Code civil	64
I.2.2.1.1. Qui peut mettre en œuvre l'action directe ?	64
I.2.2.1.2. Contre qui l'action peut-elle être exercée ?	65
I.2.2.1.3. Quelles sont les créances protégées par l'article 1798 C.c. ?	65
I.2.2.1.4. Sur quelles créances porte l'action directe ? (assiette de l'action directe)	66
I.2.2.1.5. Quelle est la validité des clauses dérogeant à l'article 1798 du Code civil ?	66
I.2.2.1.6. Le sous-traitant peut-il exercer l'action directe en cas de faillite ou de concordat ?	67
I.2.2.2. Fonctionnement de l'action directe	67
I.2.2.3. Utilité de l'action directe	69
I.2.3. L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant	70
I.2.3.1. Les difficultés de l'action en responsabilité délictuelle	71
I.2.3.2. Renaissance d'un droit d'action contractuelle : quels fondements ?	73
I.2.3.2.1. Le mandat tacite	76
I.2.3.2.2. La stipulation pour autrui implicite	76

dement du droit privé, nous paraissent avoir été largement confirmés pendant la dernière partie du 20^{ème} siècle. L'importance de l'enseignement de cette matière dans la formation de nos juristes s'en trouve ainsi confirmée — ce qui est d'ailleurs reconnu par nos facultés » (1).

Cette observation se comprend parfaitement face à un contrat de sous-traitance. Cette convention repose en effet pour l'essentiel sur des mécanismes fondamentaux du droit des obligations. Le rappel du régime juridique qui les régit, ainsi que de leur application particulière dans le cadre d'une opération de sous-traitance, constituera l'objet du présent rapport (2).

Insistons dès à présent sur le caractère général du présent rapport, dont l'objectif assigné est de dresser le cadre juridique global de la sous-traitance, vu sous l'angle du droit des obligations et de constituer un socle sur lequel les rapports ultérieurs pourront s'appuyer, spécialement lorsqu'il s'agira de développer avec précision les relations réciproques entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant d'une part, entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant d'autre part.

Le contrat de sous-traitance. Définition et distinctions

Bien qu'aucune disposition légale ne définisse le contrat de sous-traitance (3), doctrine et jurisprudence belge s'accordent à qualifier comme telle la convention par laquelle une personne s'engage envers un entrepreneur principal, en dehors de tout lien de subordination, à exécuter tout ou partie du marché que ce dernier a conclu avec le maître de l'ouvrage (4).

(1) P. VAN OMMESLAGHE, « Les grandes tendances de l'évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années », *F.P.R.*, 2001, p. 338.

(2) Nous prenons connaissance, au moment de la remise du présent rapport à l'éditeur, de la publication prochaine d'un article de Monsieur Wim GOOSSENS (« Kwalificatie en (on-)afhankelijkheid van de onderaannemingsovereenkomst »), dont le cœur semble notamment toucher aux développements que nous proposons principalement dans la première partie de cette étude, consacrés aux aspects « tripartite » de l'opération de sous-traitance. Le lecteur trouvera le texte de cet article dans le dossier de documentation remis aux participants du présent colloque.

(3) 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 1^{er} de la loi, tel que modifié par la loi du 11 décembre 2001).

(4) Voy. récemment Bruxelles, 17 septembre 1999, *R.R.D.* 2000, p. 41, note P. WÉRY.

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 (5), 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 (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 commandés sur catalogue, fabriqués en série, standardisés ou stockables,...) (7); en revanche, lorsque l'ouvrage fourni répond aux plans et spécifications de l'entrepreneur principal, le contrat sera qualifié de contrat d'entreprise. Seul ce dernier se prêtera à notre analyse.

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 » (8).

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

(6) Voy. M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. PORTIER, *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.

(7) Sur le critère de la spécificité, voy. entre autres les références citées in A. FETTER, « L'option préliminaire : commande d'un ouvrage ou achat d'un bien à fabriquer ou à construire », *Ad. 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. PORTIER, *op. cit.*, pp. 28-30, n° 12-13; sur le régime des responsabilités, voy. entre autres J.-P. VERGAUWÉ, « La responsabilité du fabricant de matériaux en matière de construction immobilière », *Res et jur. trim.*, 1984, p. 29.

(8) 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, n° 7-8bis, pp. 352-356; Id., *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, *op. cit.*, n° 90, pp. 73-74; E. DRUX, « Onderaanneming », *Entr. et dr.*, 1991, n° 2, p. 30.

Le droit de sous-traiter

L'entrepreneur principal chargé d'un travail déterminé peut-il se substituer une tierce personne qui en assurera en ses lieux et place l'exécution totale ou partielle ?

La doctrine (9) et la jurisprudence admettent par principe la liberté de l'entrepreneur de recourir à la sous-traitance et de choisir, sauf clause contraire, ses sous-traitants. Des nuances sont cependant apportées à cette règle.

Premièrement, si le caractère *intuitu personae* du contrat d'entreprise revêt une importance primordiale, l'entrepreneur doit exécuter ce contrat lui-même, sauf accord du maître de l'ouvrage sur l'éventuel sous-traitant choisi par l'entrepreneur ou sur le principe même du recours à la sous-traitance. Cette interdiction ne joue que lorsque le contrat a été conclu uniquement en considération de la personne même de l'entrepreneur. En tout état de cause, il s'agit d'une question de fait, laissée à l'appréciation du magistrat (10).

Ensuite, certains considèrent que le caractère *intuitu personae* du contrat d'entreprise, même s'il n'est pas primordial, s'oppose à ce que l'entrepreneur cède dès l'origine l'ensemble du marché qui lui est confié à un sous-traitant (11). Cette opinion se trouve fréquemment contredite dans la pratique : à défaut de dispositions contrares dans le contrat d'entreprise, le recours à la sous-traitance n'est pas soumis à l'accord préalable du maître de l'ouvrage (12).

(9) Voy. notamment M. WUYTSINKEL et C. JASSOËF, « Le contrat d'entreprise », in C. JANSOËF (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, tome I, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, n° 443, p. 342; J.M. GERADIN, « La formation du contrat d'entreprise », *Act. dr.*, 1991, p. 1089; A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, coll. *Rép. nol.*, tome IX, livre VIII, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 85, p. 107; M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, *op. cit.*, n° 91, p. 74; Id., « Chronique de jurisprudence. La sous-traitance », *op. cit.*, n° 5-6, pp. 354-355; Th. BRAUN, « La sous-traitance », in *Guide de droit transubstantiel*, titre IV, chapitre 11, Bruxelles, Story-Scientia, 1996, pp. 57-58.

(10) Le recours à une assistance matérielle et secondaire, sous l'entière responsabilité de l'entrepreneur est, même dans cette hypothèse, autorisée (voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruyant, tome II, 490bis et tome III, 400, 401 et 408). Une telle assistance ne peut être qualifiée de sous-traitance, eu égard à l'absence totale d'indépendance de l'aidant.

(11) Voy. J.M. GERADIN, *op. cit.*, p. 1089.

(12) Si la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur principal pour le fait de son sous-traitant ne se trouve pas diminuée par l'existence d'un accord ou d'un agrément du maître de l'ouvrage pour l'intercession d'un tel sous-traitant, en revanche, l'imposition ou le choix exclusif de ce dernier par le maître de l'ouvrage supprime toute responsabilité de l'entrepreneur dans le choix opéré et les conséquences qui en résultent (voy. A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, n° 85, p. 107; J.M. GERADIN, *op. cit.*, p. 1100). Voy. toutefois les nuances exposées par M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, *op. cit.*, n° 91, p. 75.

Enfin, se pose la question de la licéité de la sous-traitance de l'architecte (13). L'article 4 de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte dispose en effet que « l'Etat, les provinces, les communes, les établissements publics et les particuliers doivent recourir au concours d'un architecte pour l'établissement des plans et le contrôle de l'exécution des travaux pour lesquels les lois, arrêtés et règlements imposent une demande préalable d'autorisation de bâtir ». Cette norme, établie dans l'intérêt de la collectivité, revêt un caractère d'ordre public. L'on considère toutefois que la substitution reste permise pour la réalisation, par des spécialistes, de certaines tâches déterminées qui excèdent la compétence de l'architecte, telles que par exemple, les études de stabilité, les calculs du béton et des armatures d'acier, l'examen du sol, ...

Délimitation du sujet et plan

A la différence du droit français, le contrat de sous-traitance ne fait en Belgique l'objet d'aucune réglementation particulière. Son régime juridique reste entièrement soumis aux règles du Code civil et, parmi elles, à celles du droit des obligations et du contrat d'entreprise.

L'objectif de ce rapport sera dès lors de préciser les contours de certains mécanismes du droit des obligations qui forment le socle juridique d'une opération de sous-traitance.

L'attention s'est naturellement portée vers ceux-là qui présentent une importance considérable dans le cadre de la sous-traitance. Aussi deux « thèmes » issus de la théorie générale des obligations seront-ils spécialement abordés. D'une part, le principe de la relativité des conventions et ses dérogations face à l'aspect « tripartite » que présente la sous-traitance (chapitre 1^{er}); d'autre part, le jeu particulier des responsabilités entre les parties aux contrats de sous-traitance et d'entreprise générale (chapitre 2).

Encore faut-il préciser que par moments, l'étude approfondie de certains concepts fera l'objet de renvois aux rapports spécifiques consacrés, soit aux relations entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, soit à celles entre ce dernier et l'entrepreneur principal.

(13) Sur cette question, voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La conception de l'ouvrage », *Act. dr.*, 1991, pp. 967 et s.; Id., « L'aménagement du rôle et de la responsabilité des architectes en raison de l'intervention croissante des spécialistes dans la construction », note sous Cass., 3 mars 1978, *F.C.J.B.*, 1982, n° 4-9, pp. 186-191.

I. - ASPECT « TRIPARTITE »

DU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

La sous-traitance fait naître une relation entre trois parties distinctes : la maîtrise de l'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant (14). Cette opération économique présente la forme d'une chaîne de contrats (15).

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 (16).

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.

Dans une première partie, nous étudierons le principe de la relativité des contrats à la lumière du contrat de sous-traitance. Ensuite seront abordées les limites à l'autonomie des conventions.

I.1. - *Autonomie des contrats et conséquences*

Nous commencerons par rappeler des notions fondamentales de la Théorie Générale des Obligations, avant d'en étudier leur application dans le cadre de la sous-traitance.

I.1.1 *Le principe de la relativité des conventions : rappel*

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 ».

(14) Voy. E. DIRUX, « Onderaanneming », *Entr. et dr.*, 1991, n° 1, p. 30.

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

(16) Voy. comm. HASSET, 31 octobre 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 993 : « *Eloovel er economisch gezien, fundamenteel mee verbonden, blijft het onderaannemingscontract juridisch een zelfstandige overeenkomst onderscheiden van de hoofdaanneming* ».

La formule paraît simple. Elle est pourtant d'une application difficile et il convient d'en dégager le sens (17).

L'article 1165 du Code civil signifie qu'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 contrat auquel ils n'ont pas pris part, ni se voir en imposer les obligations (18) : *res inter alios acta alius neque nocet neque prodest*. Le principe de la relativité des conventions ne concerne dès lors que les effets internes du contrat, c'est-à-dire les droits et obligations qui en découlent. 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 bénéfice l'exécution d'une obligation résultant d'une convention et il ne peut invoquer le caractère obligatoire d'une convention envers un contractant* » (19).

On ne doit cependant pas en déduire 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) (20). 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.

(17) 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.

(18) Sauf les exceptions au principe de la relativité des conventions, dont certaines seront étudiées *infra*.

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

(20) L'on peut être frappé par la diversité des circonstances dans lesquelles les effets externes d'une convention sont opposés aux tiers. L'opposabilité peut être de plein droit : le contrat est opposé en ce qu'il révèle des éléments de fait (montant des revenus, montant d'une indemnité payée ou reçue, valeur d'une chose, état matériel d'une chose) ou de droit (existence ou absence d'un droit de propriété, d'une créance ou d'une dette, d'une qualité juridique). L'opposabilité peut en outre être subordonnée à certaines conditions (en particulier les formalités spéciales requises pour les conventions portant mutation immobilière). Sur ces circonstances et leur classification, voy. 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, n° 14-40, pp. 46-57.

la caractéristique majeure, puis détaillerons certaines conséquences concrètes de celle-ci.

I.1.2.1 *Autonomie des contrats*

Sur le plan juridique, 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.

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 (22).

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.

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.

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

(22) Voy. entre autres A. DELVAUX et D. DESSAARD, *op. cit.*, n° 85-1, p. 107; M. WUYTSWINCKEL et C. JASSOONS, *op. cit.*, n° 443, p. 342; M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. FORTIER, *op. cit.*, n° 295, p. 238; L. SIMONET, J. DE GAVERE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.E.*, 1999, n° 196, pp. 824-829; Th. BRAUN, *op. cit.*, p. 59; F. BURSSSENS, « Rechtspraakrondek van de vastgoedberoepen, deel III : de aanroeper van werken en van diensten (1988-2000) », *Rev. dr. imm.*, 2002, p. 57.

(23) Voy. les références citées *in fine* à l'occasion de l'examen des conséquences de l'autonomie des conventions.

Cette distinction entre effets internes et effets externes est désormais consacrée par la jurisprudence et par les plus grands auteurs (21).

Toutefois, il est délicat de tracer la ligne permettant d'apprécier le champ d'application respectif des deux principes énoncés ci-dessus. Sa détermination passe par la recherche de la définition de la notion de « parties contractantes », par opposition à celle de « tiers ». Seules les parties contractantes bénéficient ou subissent les effets internes du contrat.

Discerner les tiers des parties contractantes est une opération complexe, qui dépasse le cadre de la présente étude. Retenons simplement que les parties contractantes sont non seulement les parties elle-mêmes (c'est-à-dire les personnes intervenues à l'acte elles-mêmes et en leur nom propre), mais également les personnes représentées au contrat, en vertu d'un contrat (tel le mandant), d'une décision judiciaire (tel le curateur) ou de la loi (tel le tuteur), ainsi que les ayants cause universels ou à titre universel des parties (en application de l'article 1122 du Code civil : « *On est sensé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayant cause* »).

Par la suite, l'article 1165 du Code civil ne nous retiendra que sous son premier aspect; c'est l'effet obligatoire du contrat (principe de la relativité des conventions), et ses exceptions, qui permet de comprendre les relations qui se nouent entre les trois protagonistes à une opération de sous-traitance.

I.1.2 *La relativité des conventions dans la sous-traitance*

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

(21) Cette distinction est opérée depuis près d'un siècle par la Cour de cassation : 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, Tome I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, n° 118; P. VAN OMMESSLAEGHE, « Examen de jurisprudence (1985-1973). Les obligations », *R.C.J.E.*, 1975, n° 46, pp. 503-506; M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 40-66; E. DREUX, *Obligatoire verbodingsingen tussen contractanten en derden*, Anvers, Kluwer, 1984, pp. 17-18; J. LAMPENS, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubaert*, 1961, pp. 88-104; J.P. MASSON, « La relativité des actes juridiques : vérité d'évidence ou prétenduo règle ? », note sous Cass., 10 septembre 1971, *R.C.J.E.*, 1975, pp. 290-301; S. STRIENS, D. VAN GRAVEN, P. WYBEX, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, n° 163, pp. 146-147; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers et Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, n° 282, pp. 347-348.

I.1.2.2 Applications concrètes de l'autonomie des conventions

I.1.2.2.1. Introduction : la transparence

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

L'on observera que le problème majeur 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.

En principe, sauf stipulation contraire expresse ou implicite dans le contrat de sous-traitance, les clauses et conditions du contrat principal ne s'y appliquent pas automatiquement. La jurisprudence estime en effet que l'acceptation par le sous-traitant de ces clauses et conditions du contrat principal ne peut se présumer (24). 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 à l'entrepreneur d'invoquer à l'encontre du sous-traitant une clause du contrat principal (25). Il ne semble être fait exception à cette règle que pour les clauses de nature purement technique.

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-traitant à celui de l'entrepreneur principal, les amendes liées au retard, les modalités particulières de réception) (26).

(24) Voy. par exemple Comm. Gand, 24 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 504 : « Het transportatieprincipe is slechts van toepassing voor de werken waarvoor de onderaannemer dat principe uitdrukkelijk heeft aangevraagd ».

(25) Voy. E. DUMIX, « Onderaanneming », *op. cit.*, p. 32; voy. également Bruxelles, 23 octobre 1961, *J.T.*, 1961, p. 584; Bruxelles, 7 mars 1962, *J.T.*, 1962, p. 260; Liège, 15 octobre 1996, *Énat. 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.*, n° 93, p. 76.

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

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 (27)? 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 au rapport de Maître Pottier et du Bâtonnier Delvaux.

I.1.2.2.2. Exemples

1. Relations entre les deux parties extrêmes de la « chaîne »

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

(27) L'on vise ici l'application directe au sous-traitant des clauses et conditions du contrat principal, acceptée par les parties à celui-ci. A 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.*, 1988, 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-prenneur d'assurance, le conducteur adhère aux clauses de la convention d'assurance qui le concernent, aussi bien celles qui lui imposent des obligations qu'à celles qui lui profitent » (Cass., 23 novembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 396, note E.J.; *R.C.J.B.*, 1978, p. 142, note S. FREDERICK). Sur la notion d'adhésion, voy. entre autres, E. DUMIX, *Obligatoire verbodendepot tussen contractanten en derden*, Anvers, Kinwer, 1984, n° 85 et s., pp. 68 et s.; P.-H. DELVAUX, « Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui », in M. FONTAINE et J. GARZIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, n° 16-17, pp. 371-372. A 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 maître désigné 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'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.

Nous aurons cependant l'occasion de constater par la suite que la rigueur de ces principes peut être atténuée d'une manière ou d'une autre. Ainsi, le mécanisme de l'action directe constitue l'une des exceptions « classiques » à la relativité des conventions ; or, le législateur en fait une application remarquable dans l'article 1798 du Code civil en accordant au sous-traitant une action directe contre le maître de l'ouvrage. En revanche, pareil mécanisme n'existe pas en sens inverse au profit du maître de l'ouvrage, sauf à utiliser certains palliatifs dont nous étudierons les contours en temps opportun.

2. Naissance du contrat de sous-traitance.

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 contrat 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 (28).

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.

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 ») (29). L'entrepreneur principal et le sous-traitant peuvent également conclure un contrat

(28) Voy. Gand, 3 avril 1980, *Ensr.* et *Dr.*, 1983, p. 113, note P. THÉRY.

(29) Voy. M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, *La sous-traitance. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, *op. cit.*, n° 83, p. 75. 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 irrévocable 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. KRAEWSKIELS, « 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, p. 46 et réf. citées.

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 (30).

3. La réception des travaux

En l'absence de clause particulière, la réception des travaux du sous-traitant se réalisera indépendamment de la réception de l'entreprise générale par le maître de l'ouvrage (31).

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 (32).

A l'inverse, la réception des ouvrages sous-traités est inopposable au maître de l'ouvrage. Il en résulte que si l'entrepreneur agréé les travaux du sous-traitant avant la réception de l'ensemble (33), il

(30) Le Békonnier 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 (on application de l'article 1178 du Code civil) lorsque l'entrepreneur teste 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*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Story-Scientia, 1986, p. 539).

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

(32) Voy. E. DIRAX, *op. cit.*, p. 33; voy. également Liège, 19 juin 1974, *Ensr.* et *dr.*, 1978, p. 287; Bruxelles, 13 mars 1978, *J.T.*, 1978, p. 560.

(33) Le cas échéant, la réception par l'entrepreneur principal peut survenir de manière tacite. Il en sera notamment ainsi lorsqu'il existe des prestations sur les travaux du sous-traitant ou lorsqu'il les intègre dans l'ouvrage général (voy. S. POUVOYEUR, « Principes van aansprakelijkheid van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer », *Bull. Ass.*, Dossier 4, 1998, p. 39). 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. 230; Civ. Bruxelles, 7 juin 1984, *Ensr.* et *dr.*, 1985, p. 39; Mons, 2 mars 1992, *Ensr.* et *dr.*, 1993, p. 287; Civ. Nivelles, 15 novembre 1977, *Res et iura iura*, 1979, p. 207; Liège, 4 octobre 1977, *J.L.*, 1977-1978, p. 137; Civ. Anvers, 17 février 1981, *Ensr.* et *dr.*, 1981, p. 123; Mons, 17 janvier 1984, *R.F.D.*, 1984, p. 272; Civ. Furnes, 17 octobre 1975, *Ensr.* et *dr.*, 1978, p. 177; Civ. Bruxelles, 3 juin 1976, *Ensr.* et *dr.*, 1977, p. 1, note P. WARY et MEXMESTRE; 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, *Ensr.* et *dr.*, 1996, n° 4, p. 422).

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 (34).

4. Les retards d'exécution - clauses pénales

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 (35). 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 (36).

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 encouru par application d'une clause pénale insérée dans le marché principal.

Certains auteurs (37) 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 tienne 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 » (38).

(34) Voy. Mons. 17 décembre 1991, R.R.D., 1992, p. 49, commenté par L. SIMONT, J. DE GAUVE et P.-A. FORZIERES, *op. cit.*, n° 196, p. 825.

(35) Voy. Comm. Bruxelles, 22 juillet 1977, *Enr.*, et *dr.*, 1980, p. 22.

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

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

(38) Cass., 23 octobre 1987, *Fas.*, 1988, I, p. 212.

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 (39).

5. Fixation du prix et clause de révision de prix

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. 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 (40).

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 (41), sauf clause expresse contraire (42).

Notons que dans la matière particulière des travaux publics, le législateur a rencontré le vœu des sous-traitants. L'article 7 § 1^{er}, 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 ».

(39) Voy. Comm. Anvers, 14 janvier 1971, *Enr.*, et *dr.*, 1975, p. 127, obs. H. VAN HOUTTE.

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

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

(42) Comme vu précédemment, la clause de style opérant un renvoi aux clauses et conditions du marché principal est insuffisante. 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 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, *Enr.*, et *dr.*, 1991, p. 385; en l'espèce, une clause de révision de prix était néanmoins prévue dans le contrat principal).

6. Clause d'arbitrage

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 (43).

7. Changements et suppléments dans les entreprises à forfait

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 (44) 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 (45). Rien n'empêche bien évidemment l'entrepreneur d'étendre conventionnellement l'article 1793 du Code civil au contrat de sous-traitance.

8. Droit de résiliation unilatérale

Conformément à l'article 1794 du Code civil, le maître de l'ouvrage dispose du droit de résilier unilatéralement, dans certaines

(43) Voy. par exemple Liège, 10 mars 1993, *R.D.C.*, 1993, p. 395, note K. INGEBR.

(44) 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.*, n° 32, p. 373; *Fondateurs belges*, v° « Entrepreneur d'ouvrages », n° 121; M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. PORTIER, *op. cit.*, n° 358-360, pp. 300-303.

(45) 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.

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 (46). Cette question, qui reste fort controversée, n'a pas jusqu'à présent été soumise à l'appréciation de notre Cour de cassation.

Certains auteurs (47) 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 dérogeant au droit commun, dont le champ d'application doit être défini de manière restrictive.

Cette opinion est condamnée, à juste titre selon nous, par un courant doctrinal plus récent (48) 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 la 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.

9. Les paiements

L'entrepreneur principal demeure tenu de payer son sous-traitant même s'il n'a lui-même pas été payé par l'entrepreneur principal (49).

(46) 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).

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

(48) Voy. M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. PORTIER, *op. cit.*, n° 612, p. 503; 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. DUPUX, « Observation sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application », *R.C.J.B.*, 1981, pp. 528 et s.; C. LEVINTOFF et P.A. FORENSIS, « De la résiliation unilatérale du contrat d'entreprise par le maître de l'ouvrage », *Émér. et dr.*, 1977, pp. 20 et s.; pour une application jurisprudentielle, voir Comm. Bruxelles, 21 mars 1986, *Émér. et dr.*, 1986, p. 181.

(49) Voy. Gand, 19 mai 1988, *A.J.T.*, 1988-1989, p. 618; Comm. Courtrai, 30 mars 1971, *R.W.*, 1972-1973, p. 1492.

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'encaissement des paiements faits par le maître de l'ouvrage (clause « if and when »). 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 pouvoir être payé (50); 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 (51). 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 (52).

10. Obligations des parties – Clauses d'exonération – Responsabilité décennale

Dans ses rapports avec le sous-traitant, l'entrepreneur principal a la qualité de maître de l'ouvrage. Nous reviendrons ultérieurement sur la nature des obligations du sous-traitant et sur les responsabilités des entrepreneurs concernés. Précisons néanmoins que 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 (53).

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 un

(50) Voy. TH. BRAUN, *op. cit.*, p. 61.

(51) Voy. TH. BRAUN, *op. cit.*, p. 61.

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

(53) Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORLIERIS, *op. cit.*, n° 198, pp. 824-825 et références citées.

matériau préconisé dans le contrat principal par le maître de l'ouvrage s'il n'en n'avait pas été informé au préalable (54).

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 (55).

De même, en principe, la faillite (56), les fautes du maître de l'ouvrage (telles les empêchements d'accéder au chantier ou ses manquements fautifs dans l'avancement des travaux) (57) ou la résiliation unilatérale du contrat par ce dernier (58) ne constitueront pas, sauf clause contraire, des causes étrangères libératoires pouvant exonérer l'entrepreneur principal vis-à-vis du sous-traitant (59).

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.

Contrairement à la solution retenue en droit français (60), la Cour de cassation belge (61) affirme le principe de la responsabilité décennale du sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal en déloppant 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

(54) Voy. Anvers, 13 septembre 1994, *Enr. et dr.*, 1996, p. 180; voy. également F. BRUSSENS, *op. cit.*, p. 58.

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

(56) Voy. Mons, 30 octobre 1984, *Enr. 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.

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

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

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

(60) Article 1792.1 du Code civil français. Voy. entre autres à ce sujet Ph. MALINVAUD, « La responsabilité des constructeurs (droit privé). La responsabilité spécifique des articles 1792 et suivantes l'action en responsabilité », in Ph. MALINVAUD (dir.), *Droit de la construction*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1181, n° 7636 : « (Les) professionnels ne sont tenus de la garantie bi-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 ».

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

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 périrait 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 (62).

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 (63).

1.1. Extinction du contrat principal

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 (64). 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 (65).

(62) 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. RICAUX; 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., n° 109, p. 89 et références citées.

(63) Voy. par exemple Mons, 17 septembre 1992, *Endr. et dr.*, 1996, p. 310; voy. également E. DUBUX, « Ondernemings », op. cit., p. 32; F. BUISSENS, op. cit., p. 58.

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

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

Toutefois, la dissolution du contrat principal peut poser des problèmes délicats de caducité (66) du contrat de sous-traitance. Nous aborderons cette question à l'occasion de l'examen de limites à l'autonomie des contrats.

1.2. - Limites à l'autonomie des contrats

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.

Strictement parlant, il n'y a exception au principe de la relativité des conventions que lorsqu'une personne subit (67) ou peut se prévaloir des effets internes d'un contrat à l'égard duquel elle est un tiers (68). 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) (69).

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

Après avoir succinctement décrit ces limites et exceptions, l'on procédera à l'étude des liens (et, plus particulièrement des droits d'action « directe ») qui peuvent exister, dans chaque sens, entre les

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

(67) Si la loi organise les cas dans lesquels les parties peuvent invoquer 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 (voy. à ce sujet *infra*), 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° 729-729bis).

(68) Voy. S. BAR, op. cit.

(69) A propos de la différence entre effets internes et effets externes, voy. *supra*.

deux parties extrêmes de la « chaîne » de contrats : le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

I.2.1. Généralités

Plusieurs mécanismes permettent, dans une certaine mesure, de limiter les effets de l'autonomie des contrats dans l'opération de sous-traitance.

Certains constituent les dérogations « classiques » au principe de la relativité des conventions : il s'agit de l'action directe, d'une part et de la stipulation pour autrui, d'autre part.

D'autres participent plutôt à une limitation du champ d'application de ce même principe ; il s'agirait, en particulier, de gonfler l'extension du concept de « parties contractantes », de manière à faire rejaillir, sur l'un des deux contrats, des effets attachés au second, ou à faire bénéficier l'une des deux parties à l'extrémité de la « chaîne » (principalement le maître de l'ouvrage), de droits contre la partie située à l'autre bout de la « chaîne ».

I.2.1.1. Les exceptions « classiques » au principe de la relativité des conventions

L'article 1165 prévoit expressément qu'il puisse être dérogé au principe de la relativité des conventions. La finale de cette disposition énonce en effet que « (*Les conventions*) ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

Le Code civil n'énonce qu'une exception à la seconde règle de l'article 1165 : les tiers peuvent dans certains cas profiter des effets internes d'un contrat auquel ils n'ont pas été parties, mais ils ne pourraient être amenés, de la seule volonté des parties, à subir ces effets internes (70).

La doctrine « classique » (71) enseigne toutefois que cette exception au principe se manifeste dans deux cas différents : la stipulation pour autrui d'une part, l'action directe d'autre part.

(70) Voy. toutefois *supra* en note les cas dans lesquels le législateur a pu imposer à des tiers de subir certains effets internes de conventions auxquelles ils n'étaient pas parties.

(71) Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, tome II, n° 647-648 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, tome VI, Paris, L.G.D.J., 1930, n° 328, p. 451.

I.2.1.1.1. La stipulation pour autrui

La stipulation pour autrui constitue une exception au principe de l'effet relatif des conventions. L'article 1121 du Code civil, auquel l'article 1165 fait expressément référence, dispose en effet que « on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

Henri De Page précise qu'« il y a stipulation pour autrui lorsque, dans un contrat entre deux personnes, l'une stipule de l'autre que le bénéficiaire du contrat (ou un certain bénéficiaire du contrat) profitera à un tiers, qui leur est, à toutes deux, totalement étranger » (72).

La stipulation pour autrui présente une utilité dans l'étude du contrat de sous-traitance, en ce qu'elle consitue l'un des fondements juridiques avancés en vue de reconnaître au maître de l'ouvrage un droit d'action « directe » contre le sous-traitant. Aussi trouvera-t-on ci-dessous un bref rappel des conditions et des effets de cette institution.

1. Conditions

1.1. Conditions requises pour toute convention

S'agissant d'un mécanisme contractuel, la stipulation pour autrui devra répondre aux conditions de validité de tout contrat (73).

1.2. Conditions particulières

A lire le texte de l'article 1121, il faut que la stipulation soit la condition, soit d'une donation avec charge, soit d'une stipulation que l'on fait pour soi-même.

Comme il était impossible de ranger l'assurance-vie dans les deux exceptions de l'article 1121 du Code civil, alors que cette technique était socialement utile, la jurisprudence a constaté qu'une idée sous-tendait les deux exceptions de l'article 1121 : dans les deux cas, le

(72) H. DE PAGE, *op. cit.*, tome II, n° 651.

(73) Voy. P. JADOUÏ, « La stipulation pour autrui », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, *op. cit.*, n° 11, p. 413 ; S. BAR, « La stipulation pour autrui », in *La théorie générale des obligations (suite)*, éd. Commission Université Paris (C.U.P.), vol. 57, 2002, pp. 260-261. L'accolation éventuelle de la stipulation pour autrui ne produit pas nécessairement d'effets sur le contrat principal, puisqu'elle n'en est que l'accessoire (voy. *infra*).

stipulant ne fait pas que faire promettre en faveur d'autrui; soit il donne, il sort quelque chose de son patrimoine, soit il fait en même temps une stipulation pour lui-même. Dès lors, on en a conclu qu'il était nécessaire mais qu'il suffisait que le stipulant fasse autre chose que stipuler pour autrui.

Le stipulant doit donc jouer un rôle juridique personnel. Il faut que la stipulation pour autrui ne soit pas le seul objet du contrat. Il faut qu'elle se greffe sur un contrat de base dont elle constitue un accessoire.

Ensuite, pour qu'il y ait stipulation, il convient que les parties contractantes aient eu l'intention de faire naître une créance contre la promettant au profit du tiers (74). L'intention peut être expresse ou tacite mais il ne suffit pas que le contrat soit de nature à profiter à une tierce personne pour que celle-ci puisse y puiser une stipulation pour autrui à son profit. Il faut l'intention des parties de faire naître un droit propre dans son chef.

Enfin, la stipulation pour autrui implique, par définition, un tiers bénéficiaire. Il est requis que celui-ci soit déterminé ou déterminable. La stipulation pour autrui au profit de personnes indéterminées est ainsi valable si celles-ci sont déterminables, non pas nécessairement au moment de la conclusion du contrat mais au moment où la stipulation pour autrui est appelée à sortir ses effets.

2. Effets

2.1. Effets positifs

Ils s'expriment en deux mots : le tiers acquiert un droit immédiat et direct. Le droit naît immédiatement, c'est-à-dire sans l'intervention du tiers, sans qu'il soit nécessaire qu'il l'accepte et même s'il est ignorant de la stipulation faite en sa faveur. Le droit naît directement dans le patrimoine du tiers, sans passer par le patrimoine du stipulant; il fait de la stipulation pour autrui une exception à l'effet relatif des conventions. De ce droit direct découlent d'importantes conséquences :

(74) Voy. P. JADOUX, *op. cit.*, n° 16-19, pp. 414-416; W. VAN GERVEN et S. GOVERNIAERCK, *Verbindingsrecht*, Louvain, Acco, 2001, p. 146; L. CORNELIS, *op. cit.*, pp. 351-354; S. BAR, « La stipulation pour autrui », *op. cit.*, pp. 262-263. Voy. également les exemples récents cités par P. WERY, S. STIJNS et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, n° 164, p. 747.

- cette créance échappe aux créanciers du stipulant ainsi qu'à ses héritiers, et cela quelque soit le moment de l'acceptation du tiers;

- le décès du stipulant ne produit pas d'effet même si le tiers n'a manifesté aucune volonté avant cet événement (75);

- comme la volonté du tiers n'intervient pas dans la création du droit, il importe peu qu'il ait été incapable de contracter au jour où la stipulation a été faite.

2.2. Effets négatifs

L'article 1121 du Code civil prévoit que le droit est révocable par le stipulant tant que le tiers n'a pas déclaré vouloir en profiter. Donc, aussi longtemps que le tiers n'a pas fait pareille déclaration, le droit n'est pas définitivement fixé sur sa tête et la stipulation à son profit reste révocable. Son adhésion aura pour effet de consolider le droit de créance déjà né à son profit, en ce sens qu'à partir de ce moment la révocation sera devenue impossible.

Ensuite, puisque le droit du tiers procède du contrat conclu entre le stipulant et le promettant, il reste dépendant du contrat. En conséquence, le promettant pourra opposer aux tiers les exceptions nées du contrat de base. Ainsi, si le contrat est déclaré nul ou résolu, le droit du tiers tombe par le fait même. De même, si le stipulant ne satisfait pas à ses obligations envers le promettant, ce dernier peut opposer au tiers l'exception d'inexécution. La stipulation pour autrui dépend donc du contrat de base qui en constitue « la source et la mesure » (76).

Notons enfin que tant l'acceptation que la révocation peuvent être expresse ou tacites. Ces droits sont personnels et ne peuvent nullement être exercés par les créanciers de leurs titulaires (77).

(75) Pour la même raison, le droit appartient aux héritiers du tiers, s'il meurt avant toute révocation de son droit, même s'il n'a pas accepté avant son décès.

(76) R. DEMOCQUE, *Traité des obligations en général*, tome VII, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1923, n° 812.

(77) Si l'acceptation semble pouvoir être exercée par les héritiers (voy. Bruxelles, 24 juin 1903, *Pas.*, 1903, II, p. 171), la question demeure controversée pour l'exercice de la révocation. La solution négative paraît s'imposer, même dans le silence du contrat, pour tous les cas où la stipulation faite au profit du tiers revêt à son égard le caractère d'une libéralité (en ce sens, voy. H. DE PAER, *op. cit.*, tome n° 691; P. JADOUX, *op. cit.*, n° 39, p. 425; *contra* : *Pandectes belges*, v° stipulation pour autrui, n° 62). En tout cas, si le stipulant se méfie de ses héritiers, il agira prudemment en leur retirant le droit de révocation par une clause expresse du contrat.

I.2.1.1.2. L'action directe : renvoi

Outre la stipulation pour autrui, une disposition légale peut également conférer un droit direct à une personne tierce à un rapport contractuel (78).

L'action directe se caractérise « (...) par l'intention, sans intermédiaire, omissio medio, d'une action qui, normalement, exigerait un double recours : action principale contre le cocontractant et action récursoire, ou en garantie, de ce dernier contre celui qui devra finalement supporter les conséquences de la condamnation » (79). Elle confère à son titulaire un droit propre. Sa justification essentielle est d'avantager son titulaire par rapport aux créanciers du débiteur originaire, en raison de l'intérêt social que présente la protection de sa créance (80).

A plusieurs reprises, le législateur belge offre ainsi à un tiers un droit propre lui permettant d'agir directement contre un débiteur alors qu'il demeure étranger au contrat conclu par ce dernier (81).

Depuis la loi du 19 février 1990 sur la protection des sous-traitants (en particulier en cas de défaillance de l'entrepreneur général), l'action directe offre à ceux-ci un droit propre contre le maître de l'ouvrage.

L'étude des relations entre les deux extrémités de la « chaîne » (sous-traitant et maître de l'ouvrage), dont l'action directe du sous-traitant en constitue la meilleure illustration, sera proposée ultérieurement.

I.2.1.2. Quelques autres mécanismes atténuant la rigueur de l'autonomie des contrats

Pour rappel, appliqué à la sous-traitance, le principe de la relativité des conventions engendre une 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.

(78) Voy. L. SIXOYR, « L'action directe de la victime d'un accident d'automobile contre l'assureur du propriétaire de celle-ci », note sous cass., 16 février 1962, *R.C.J.E.*, 1962, n° 4, p. 467.

(79) H. DE FAGH, *op. cit.*, tome II, n° 715.

(80) Voy. R.O. DALCQ, « Les actions directes », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, *op. cit.*, n° 5, p. 305 et réf. citées.

(81) Outre l'article 1798 du Code civil, voy. par exemple l'article 96 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre qui confère à la victime une action directe contre l'assureur de la responsabilité du fauteur ou l'article 12 de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automobiles.

Les exceptions « classiques » à l'effet relatif des conventions viennent toutefois briser cette autonomie. 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.

Enfin, 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 tempérament 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 le 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 « groupes de contrats » et de certains autres mécanismes atténuant la rigueur de l'autonomie des contrats dans la sous-traitance.

I.2.1.2.1. Les groupes de contrats : un concept insuffisant

1. Notion

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

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 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 », puis que « (...) 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 » (86).

2. Régime juridique

L'existence d'ensembles contractuels est un fait indéniable. Encore faut-il déterminer si la notion de « groupe 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).

Ni la doctrine (87), 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 connus du droit des obligations (88). Nous constaterons d'ailleurs que ce principe est,

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

(87) Voy. toutefois l'étude (controversée) de E. MONTEAU, « La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage », *R.G.A.R.*, 1989, 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.

(88) Voy. X. DIRUX, *op. cit.*, n° 1, p. 111.

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 » (82).

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

Définir la notion de « groupe de contrat » demeure une entreprise délicate, tant sont nombreuses et variées les figures qu'elle recouvre (83).

Les ensembles contractuels peuvent être « homopartites » ou « hétéropartites » selon qu'ils sont conclus entre les mêmes parties (84) ou entre parties différentes.

Suivant les classifications de Maître Paul-Henry Delvaux (85), les groupes de contrats, lorsqu'ils sont conclus entre parties différentes, pourront présenter, soit une « structure rayonnante », à partir d'une

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

(83) Voy. toutefois la définition proposée par Monsieur Pitrie : « 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. PITRIE, « 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).

(84) Le phénomène des avants contrats en fournit une première illustration. So 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. VANWIJCK-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. B. KOHL, « La prorogation et la reconduction du contrat », in P. WERY (coord.), *La fin du contrat*, Formation permanente Commission Université-Palais, vol. 51, Larcé, éditions de la C.U.P., 2001, pp. 261 et s.).

(85) Voy. P.-H. DELVAUX, « Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui », in M. FONTAINE et J. GHERSTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, pp. 360 et s.; voy. également X. DIRUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - pour un retour aux sources », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Actes des journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992 par la Faculté de droit de Paris Saint-Maur et la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles et Paris, Bruylant et Dalloz, 1994, pp. 111-115.

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 » (89) reste de mise (90); 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 (91).

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 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.

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 (92). Comme le souligne Monsieur Pittie, « si l'exécution d'une relation contractuelle peut, en fait, être influencée par

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

(90) 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.*, n° 202; *D.*, 1989, p. 5, note C. LARROUMET; *J.C.P.*, 1988, II, n° 21135, 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 : « 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 demeurent partagées sur le principe d'une généralisation de cette responsabilité à tous les groupes et se 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. GUSSTIN; *J.C.P.*, 1991, II, 21743, note G. VINET; voy. également P. JOURDAIN, plénière du 12 juillet 1991, *D.*, 1992, Chron., p. 149).

(91) Voy. S. BUX, « Les effets internes du contrat », op. cit.

(92) Voy. M. COIPEL et Y. POUILLET, op. cit., p. 41.

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 » (93).

I.2.1.2.2. Les autres mécanismes à envisager

La notion de « groupe de contrats » n'est pas, comme telle, reconstruite 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'attribuer ainsi quelque peu la rigueur de l'autonomie des conventions, en particulier dans une opération de sous-traitance.

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.

1. La responsabilité contractuelle du fait d'autrui

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'inexécution fautive du contrat de sous-traitance.

En effet, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises (94) 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 en effet 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 (95).

Le fondement de ce principe général demeure controversé (96); sa spécificité est remise en cause (97). L'article 1797 du Code civil

(93) M. PITTIE, op. cit., p. 332.

(94) 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.

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

(96) Voy. X. DIRUX, op. cit., n° 6, pp. 124-127; P.-H. DEBUVAUX, op. cit., n° 4-11, pp. 362-388; B. DUBUSSON, « 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., 1988, n° 45-48, pp. 135-140.

(97) Voy. B. DUBUSSON, op. cit., n° 47, pp. 138-139; « La 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

rend néanmoins l'entrepreneur principal responsable du fait des personnes auxquelles il a confié l'exécution de tout ou partie du marché principal.

S'agissant d'une question relative à l'inexécution du contrat de sous-traitance, nous renvoyons pour le surplus au chapitre de la présente étude consacrée à ce problème.

2. Les aménagements conventionnels

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. 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 applicables au contrat de sous-traitance les révisions de prix convenues entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal;

débiteur en fautes, à moins que celui-ci ne rapporte la preuve d'une cause étrangère exoneratoire.

- 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.

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

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 expressées 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 (98), 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.

3. Nullité et caducité

Le contrat de sous-traitance trouve son objet et sa raison d'être dans le contrat principal (99).

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 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 (100).

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

(98) 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. VERBEKEN-JEAN-MART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 283, pp. 138-139.

(99) Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, *op. cit.*, n° 196, p. 823.

(100) A 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.

déoulant d'un contrat synallagmatique consiste dans l'objet de l'obligation connexe), reçoit encore les faveurs d'une certaine jurisprudence (101).

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 (102). Le concept de caducité constitue, à n'en point douter, une nouvelle cause de dissolution des obligations et des contrats (103). 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 (104).

La caducité des conventions pour disparition de leur objet a été consacrée à plusieurs reprises par la Cour de cassation (105). Ainsi, un événement qui atteint le contrat principal pourrait, par répercussion, rendre impossible toute exécution en nature du contrat de sous-traitance (106).

(101) Voy. S. STUNNS, D. VAN GERYN, P. WERY, *op. cit.*, n° 71, p. 714, 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. STUNNS, I. CLARYS, « Het algemeen regime van de verbintenissen », in S. STUNNS et H. VANDERBERGHE, *Verbindingsrecht*, Themis, 2000-2001, vormingsonderdeel 5, Bruges, Die Keure, 2001, n° 6, p. 9).

(102) Sur le concept de caducité, l'on consultera le thèse du professeur P.-A. FORLIERIS (*La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998); voy. également I. MOREAU-MARÉVILLE, C. BIQUET-MATHIEU et A. GOSSELIN, « Grande arrêts récents en matière d'obligations », *Act. dr.*, 1997, pp. 21 et s.; P.-A. FORLIERIS, « 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 », in S. STUNNS et H. VANDERBERGHE, *Verbindingsrecht*, Themis, 2000-2001, vormingsonderdeel 5, Bruges, Die Keure, 2001, pp. 8 et s.

(103) 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, n° 30, p. 38.

(104) Voy. P. WERY, *op. cit.*, n° 30, p. 38.

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

(106) L'hypothèse est expressément visée par le professeur FORLIERIS (« 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, n° 15, p. 91).

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 (107), 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 » (108).

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 (109). 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 (110).

4. La transmission au maître de l'ouvrage des actions contre le sous-traitant : renvoi

Le maître de l'ouvrage demeure un tiers par rapport au contrat conclu entre l'entrepreneur générale et le sous-traitant. Or si le législateur accorde à ce dernier une action directe, tel n'est pas le cas du maître de l'ouvrage. Bénéficie-t-il d'un droit d'action « direct » contre le sous-traitant (en cas de défaillance de l'entrepre-

(107) Voy. les références citées supra.

(108) Cass., 21 janvier 2000, *J.T.*, 2000, p. 73, note P.-A. FORLIERIS, *Rev. Not.*, 2000, p. 336, obs. STRECHCC. 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 », in P. WERY (coord.), *La fin du contrat*, Liège, Formation permanente Commission Université-Palais, vol. 51, Liège, éditions de la C.U.P., 2001, n° 31, p. 42; P.-A. FORLIERIS, « La caducité revisitée. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, p. 678).

(109) Voy. L. SIMONT, *J. De GAVRE, P.-A. FORLIERIS, op. cit.*, n° 196, p. 826 et réf. citées.

(110) Voy. L. SIMONT, *J. De GAVRE, P.-A. FORLIERIS, op. cit.*, n° 196, pp. 824-828.

neur)? Les actions dont l'entrepreneur dispose à l'égard du sous-traitant lui sont-elle automatiquement transmises?

Ces questions seront étudiées ci-dessous, lorsque nous analyserons les relations et droits dont disposent les parties situées aux extrémités de la « chaîne », l'une par rapport à l'autre.

I.2.2. L'action directe du sous-traitant

L'article 1798 du Code civil, tel que modifié par la loi du 19 février 1990 (111), accorde aux ouvriers, artisans et sous-traitants de l'entrepreneur le droit d'exiger directement du maître de l'ouvrage le paiement de leurs « rémunérations » à concurrence du montant dont le maître de l'ouvrage se trouve débiteur à l'égard de l'entrepreneur au moment de l'intentement de l'action.

Les « exécutants » de l'ouvrage bénéficient donc d'une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage. Notons également que d'autres mécanismes du droit des obligations pourraient également légitimer un droit d'action « direct » du sous-traitant; l'on pense notamment à la stipulation pour autrui (112), la gestion d'affaires (113), le mandat ou la délégation parfaite ou imparfaite (114).

Initialement, l'article 1798 du Code civil ne visait expressément que les ouvriers de l'entrepreneur. La loi du 19 février 1990 a modifié l'article 1798 du Code civil pour étendre au sous-traitant le bénéfice de cette action directe. La même loi, toujours dans un souci de protection du sous-traitant, a ajouté à l'article 20 de la loi hypothécaire un point 1^o créant au profit du sous-traitant, un privilège sur la créance de l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage (115).

(111) *Monsieur Belge* du 23 mars 1990.

(112) Il convient cependant que le sous-traitant établisse l'intention de stipuler au profit d'un tiers (voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, n° 654). Il faut apporter la preuve que dans la convention le liant au maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal ait voulu faire naître un droit au profit du sous-traitant.

(113) Sur le régime de la gestion d'affaires, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, n° 1008 et s. Pour un cas d'application dans le domaine de la sous-traitance, voy. Cass. fr. civ., 13 décembre 1978, *Émir et dr.*, 1980, p. 236, note F. GLANSDORFF.

(114) Tel peut être le cas lorsque le sous-traitant est payé directement par le maître de l'ouvrage, avec ou non décharge de l'entrepreneur principal (voy. par exemple Cass. fr. civ., 15 décembre 1993, *Bull.*, 1993, III, n° 169; Paris, 14 janvier 1989, *R.D.J.*, 1989, p. 255).

(115) L'article 1798 nouveau du Code civil précise que « Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée. Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier ». Par la même loi du 19 février 1990, l'article 20 de la loi hypothécaire

S'agissant d'une exception « classique » au principe de la relativité des conventions, l'action directe constituée à n'en point douter une sérieuse limite à l'autonomie des contrats dans la sous-traitance. Elle permet en effet au sous-traitant de bénéficier de certains effets internes du contrat entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage.

Ce concept a fait l'objet d'études approfondies réalisées par les meilleurs auteurs. Il constitue en outre une partie du rapport de Maîtres Jean-Pierre Renard et Françoise Balon, consacré aux relations entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Dès lors, dans les quelques lignes qui suivent, nous ne décrirons que les règles fondamentales applicables à ce concept, nous permettant de renvoyer pour le surplus au rapport de Maîtres Renard et Balon, ainsi qu'aux études et ouvrages cités en note (116).

du 16 décembre 1951 est complété par un 1^o, libellé comme suit : « 1^o pendant cinq ans à dater de la facture, la créance du sous-traitant contre son cocontractant-entrepreneur pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer à l'immeuble du maître de l'ouvrage, sur la créance se rapportant à la même entreprise qu'à ce cocontractant-entrepreneur contre le maître de l'ouvrage. Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier ».

(116) Pour les études les plus récentes, voy. entre autres M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. PORTIER, *op. cit.*, n° 328-337, pp. 265-278; A. DELVAUX et D. DENSAU, *op. cit.*, n° 92, pp. 109-110; L. SIMONT, J. DE GAYNE et P.-A. FOMERS, *op. cit.*, n° 198, pp. 832-833; Th. BRAUN, *op. cit.*, n° IV.11.4.4-4.5; R.O. DALCO, « Les actions directes », in M. FORTALNE et J. GRASRY, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, *op. cit.*, pp. 303 et s.; F. GROSSES, « Le privilège et l'action directe du sous-traitant », in *Le droit de la famille et des concordats*, Liège, Formation permanente Commission Université-Palais, vol. IX, Liège, éditions de la C.U.P., 1996, pp. 269 et s.; Id., « De quelques problèmes posés par l'action directe », note sous Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.E.*, 1997, p. 600 et s.; P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *R.R.D.*, 1997, p. 169; id., « L'action oblique et les actions directes », in *La théorie générale des obligations (suite)*, *op. cit.*, pp. 5-48; C. BIEQUET-MATHIEU, « Actions directes », in *Les sociétés*, Chron. Dr. Not., vol. XXXI, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 385 et s.; id., « Actions directes », in *Les sociétés*, Chron. Dr. Not., vol. XXXVI, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 165 et s.; E. DIRUX, « Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer », *R.W.*, 1989-1990, pp. 1232 et s.; Id., « Reche-trekkas vordering en samenloop », note sous Comm. Anvers, 24 avril 1995, *R.W.*, 1995-1996, pp. 265 et s.; F. POUVACHE, « La loi du 19 février 1990 sur la protection des sous-traitants », *J.T.*, 1990, p. 633 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.; C. JASSOGNE, « Action directe et privilège du sous-traitant », *R.R.D.*, 1991, pp. 123 et s.; J. CALEYKAEK, « Les strictes conventionnelles et légales », in *Guide juridique de l'entreprise*, livre 49, 2^{ème} éd., Diegem, Kluwer, 1996, pp. 55-59; G. BAEERT, « Geen vorderingrecht van de onderaannemer op de hoofdopdrachtgever zonder een ingestelde rechevordering », note sous Anvers, 1^{er} mars 1995, *R.W.*, 1996-1997, pp. 478 et s.; J.-M. KUCKENS, « L'action directe du sous-traitant prévue par l'article 1798 du Code civil : hypothèse de conflits », in *Liberté Amicorum Yvon Hennequart et Roger Baert*, 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 », *Émir. et dr.*, 1997, pp. 134 et s.; J. KOKKELIN-BAERT, « Artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek bij faillissement en gerechtelijk akkoord : een steriele discussie of een Babylonische spruakverwarring? », *R.G.D.C.*, 1999, pp. 166 et s.; H. VAN GOMPEL, « Het 'onvolmaakt kameltor' van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer », note sous Civ. Hussels, 3 november 1999, *Limb. Rechtsl.*, 2000, pp. 27 et s.; K. BERNARD, « De

Après avoir brièvement énuméré les conditions d'application de l'action directe, nous en décrivons le fonctionnement, avant d'apprécier l'utilité de ce mécanisme.

I.2.1.1. Conditions d'application de l'article 1798 du Code civil

Six conditions ont retenu notre attention. Elles constituent autant de questions visant à préciser le champ d'application de l'article 1798 du Code civil.

I.2.1.1.1. Qui peut mettre en œuvre l'action directe ?

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 (117). 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.

Notons que contrairement au nouveau privilège établi au profit exclusif des sous-traitants des entreprises de construction, le bénéfice de l'action directe concerne tous les sous-traitants (118).

rechtstreekse vordering tegen de ondervoeder », in *Liber amicorum Yves Merckiers*, Bruxelles, Die Keure, 2001, pp. 3 et s.; J. STREVS, « Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur principal », *Entr. et dr.*, 1997, pp. 134 et s.; A. CUYVERS, « De rechtstreekse vordering van de onderaannemer », *R.W.*, 1997-1998, pp. 793 et s.; J.-P. VERGAUWE, « Action directe dans le droit de la construction », *Entr. et dr.*, 1998, p. 206; W. DERLUCKE, « Rechtstreekse vordering van de onderaannemer en de faillissement van de hoofdaannemer », *R.D.C.*, 1999, pp. 211 et s.; id., « Étendue de la créance-cause en 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 s.; F. BURSSSENS, *op. cit.*, pp. 58-63.

(117) Voy. notamment pour un rappel de la jurisprudence antérieure, A. DELVAUX et D. DESAED, *op. cit.*, n° 92, pp. 109-110; P. WÉRY, *op. cit.*, n° 2, pp. 170-172; J.-P. BRULS, *op. cit.*, pp. 232-234.

(118) Cette distinction est parfois oubliée par la doctrine; si le domaine de prédication 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. Voy. ainsi récemment 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).

I.2.1.1.2. Contre qui l'action peut-elle être exercée ?

A l'ancienne périphrase de l'article 1798 du Code civil (119), la loi du 1990 substitue l'expression plus claire de « maître de l'ouvrage ».

Le second alinéa de l'art. 1798 du Code civil accorde expressément le bénéfice de l'action directe au « sous-traitant du second degré » contre l'entrepreneur général, considéré à son égard comme le maître de l'ouvrage. Est-ce à dire que les sous-traitants successifs, au delà du second degré, sont exclus du champ d'application de cette disposition ? La doctrine est controversée à cet égard (120), et les travaux préparatoires ne permettent pas d'apporter une réponse définitive à cette question (121).

I.2.1.1.3. Quelles sont les créances protégées par l'article 1798 C.c. ?

L'article 1798 du Code civil ne précise pas quelles créances sont garanties par l'action directe. La doctrine et la jurisprudence considèrent, 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 (122). 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.

Quant aux sous-traitants, la Cour de Cassation a récemment rappelé que le bénéfice de l'action directe ne leur était réservé « (...) 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 » (123).

(119) « C'était pour lequel les ouvrages ont été faits ».

(120) Voy. entre autres pro, J.-P. BRULS, *op. cit.*, n° 9, pp. 756-757; contra : J. CAEYMAEX, *Manuel des salariés mobilières*, Liège, éd. Jeanne Barreau, 1996, n° 80/5; J.-L. LINDOUX, « Chronique de jurisprudences. Les sûretés réelles et la publicité foncière (1987-1993) », *J.T.*, 1994, p. 336; J.-P. RENARD et M. VAN DEN ANBEEL, *op. cit.*, p. 139.

(121) La mention insérée au second alinéa de l'article 1798 du Code civil vise « la situation d'un sous-traitant travaillant pour un autre sous-traitant qui travaille lui-même pour l'entrepreneur principal » (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., sous. ord., 1981-1982, n° 294/3, p. 5).

(122) Voy. entre autres H. DE PAGE, *op. cit.*, tome IV, n° 919; A. DELVAUX, *Traité juridique des baux*, tome I, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1968, n° 145.

(123) Cass., 21 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 441, note W. DERLUCKE, *R.J.I.*, 2002, p. 59; *J.T.*, 2002, p. 196 (scmm.).

I.2.1.4. Sur quelles créances porte l'action directe? (assiette de l'action directe)

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 (124).

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'industrie, à quel que titre et pour quelque motif que ce soit, peut donc faire l'objet de l'action fondée sur ce texte. Toutefois, 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 (125).

I.2.1.5. Quelle est la validité des clauses dérogeant à l'article 1798 du Code civil?

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 (126).

Par contre, les cocontractants peuvent valablement décider d'étendre l'article 1798 du Code civil au-delà de son champ d'appli-

(124) 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, 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; 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, *Entr. et dr.*, 1998, p. 247; Comm. Verviers, 10 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 462. L'arrêt de la Cour de Cassation du 21 décembre 2001 (*op. cit.*) ne nous paraît pas condamner cette jurisprudence (sans toutefois la consacrer expressément). Enfin, 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 les créances soient liquides et exigibles (Liège, 22 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 589, obs. F. GEORCENS).

(125) L'assiette de l'action directe conférée au sous-traitant diffère donc de celle du privilège énoncé à l'article 20, 1^{er} de la loi hypothécaire : le sous-traitant, pour la créance née d'une entreprise, n'est privilégié que sur les créances de l'entrepreneur « issues de la même entreprise » (voy. entre autres à ce sujet, J.P. BAGIS, *op. cit.*, p. 239).

(126) 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. SIMON, « 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).

cation légale. Ces clauses s'analysent en stipulations pour autrui, licites sur le pied de l'article 1121 du Code civil.

I.2.1.6. Le sous-traitant peut-il exercer l'action directe en cas de faillite ou de concordat?

La subsistance du droit à l'exercice de l'action directe, même après la déclaration de faillite de l'entrepreneur principal, ou nonobstant une procédure de concordat judiciaire introduite par ce dernier, fait l'objet de controverses (127).

L'incertitude de cette controverse est cependant tranchée en un sens positif dans la récente proposition de loi portant modification de l'article 1798 du Code civil (128).

I.2.2. Fonctionnement de l'action directe

Le fonctionnement de l'article 1798 du Code civil est dominé par deux règles complémentaires.

Premièrement, 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 (129). Se pose cependant 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

(127) Voy. entre autres *pro* : F. GEORCENS, « Le privilège et l'action directe du sous-traitant », *op. cit.*, pp. 279-281; J.-P. BAGIS, *op. cit.*, pp. 774-775; J.-P. RENARD et M. VAN DEN ABBEELE, *op. cit.*, pp. 140-142; P. WERY, *op. cit.*, p. 184; *contra*, E. DRIUX, « Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer », *R.W.*, 1989-1990, n° 8, p. 1235; Id., « Rechtsrekeelse vordering en samenloop », note sous Comm. Anvers, 24 avril 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 266; A. KUYVERS, « De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer », *R.W.*, 1997-1998, p. 703; J.-M. RUYSSERS, *op. cit.*, p. 345; Th. BOSELY, « Les effets du concordat judiciaire sur l'exercice de l'action directe », note sous Comm. Liège, 3 avril 1998, *R.P.S.*, 1998, pp. 314 et s.; A. ZENNER, *Dépistage, Faillites et Concordats*, Bruxelles, Larciere, 1998, pp. 954 et s.; en jurisprudence, voy. récemment *pro* : Liège, 27 février 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 137; 25 juin 1998, *Entr. et dr.*, 1998, p. 247; Civ. Turnhout, 21 mai 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 411, note E. DRIUX; Comm. Verviers, 10 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 462; Civ. Gand, 14 février 2001, *Entr. et dr.*, 2001, p. 110; Comm. Termonde, 13 mars 1998, *Entr. et dr.*, 1998, p. 254; *contra* : Anvers, 13 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, pp. 466 et 470, note W. DEBRUCKE; Comm. Louvain, 24 février 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 213; Civ. Hasselt, 3 novembre 1997, *Léon. Rechtst.*, 2000, p. 424, note H. VAN GOMPEL; Civ. Bruxelles, 8 septembre 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 1102.

(128) Voy. la proposition de loi 2646/1-98 du 19 avril 1999 de Monsieur Stéphane De Clerck (*Doc. Parl.*, Ch., sess. Ord., 1998-1999, n° 2146/1; 1999-2000, n° 50/1; 2000-2001, n° 20/002 à 50/008) ainsi que les commentaires de M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. PORTIER, *op. cit.*, n° 337, pp. 274-278.

(129) Voy. par exemple Gand, 6 janvier 1995, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 910, note S. VERBEKE.

en justice (130). En tout état de cause, un paiement, une compensation ou une saisie-arrêt ne peuvent être opposés aux bénéficiaires de l'action directe s'ils sont postérieurs à leur assignation. Une même solution s'impose dans l'hypothèse où la cession de la créance du prix a été notifiée au propriétaire après la naissance de l'action directe.

Deuxièmement, l'action directe de l'article 1798 du Code civil n'est pas confortée par l'impossibilité 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.

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 (131).

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, sauf lorsqu'il s'agit d'une exception inhérente à la dette, comme l'exception d'inexécution (132). 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, une compensation ou une cession de créance, réalisés sans fraude, avant que la justice n'ait été saisie. L'exception d'inexécution pourra quant à elle être invoquée quel que soit le moment où se situe l'inexécution.

(130) Exigent une assignation en justice, entre autres : Anvers, 1^{er} mars 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 477, note G. BAEYER; Comm. Bruxelles, 27 juillet 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 209, note W. DE RUCKE; Civ. Audenard, 17 novembre 1997, *T.G.R.*, 1998, p. 116; Civ. Gand, 4 octobre 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 15; *id.*, 1^{er} décembre 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 487; Liège, 29 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 636. Se saisissent d'une mise en demeure, entre autres : Gand, 6 mai 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 910, note P. WENY; Comm. Termonde, 13 mars 1998, *Entr. et dr.*, 1998, p. 254; J. CARVIMARK, *op. cit.*, n° 6, pp. 174-176; F. GEORGES, « De quelques problèmes posés par l'action directe du sous-traitant », *op. cit.*, p. 602.

(131) Voy. J.-P. BRULS, *op. cit.*, p. 240; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, n° 92, p. 110. (132) Voy. J.-P. BRULS, *op. cit.*, p. 240; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, n° 92, p. 110; voy. également 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.

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 (133).

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 et sur laquelle nous reviendrons, dite de « l'immunité relative des agents d'exécution », tel n'est pas le cas de 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 (134).

1.2.2.3. *Utilité de l'action directe*

Dans la pratique, il était rarement fait application de l'article 1798 du Code civil avant la loi du 19 février 1990. Un ensemble de circonstances de fait et de droit explique cette situation.

D'une part, l'action directe aboutissait rarement au résultat recherché par ceux qui la mettaient en œuvre. En effet, les contrats d'entreprise imposent fréquemment des acomptes et des paiements anticipatifs au maître de l'ouvrage; celui-ci est donc souvent libéré au moment de l'action et se prévaut valablement de l'extinction de sa dette. L'action directe présente, en revanche, une grande utilité, lorsque l'entrepreneur général effectue plusieurs chantiers pour le même maître de l'ouvrage (à des états d'avancement différents),

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

(134) Voy. Cass., 14 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 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) qualifié 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 F. FORTNER, *op. cit.*, n° 327, pp. 264-265.

l'action pouvant alors s'exercer sur les sommes dues par le maître de l'ouvrage pour d'autres chantiers en cours (135).

D'autre part, les salariés trouvaient dans la loi hypothécaire une protection efficace contre l'insolvabilité de l'entrepreneur. Ils disposent en effet contre leur employeur du privilège mobilier de l'article 19, 4° et peuvent en outre bénéficier contre le maître de l'ouvrage du privilège immobilier de l'article 27, 5°, si les conditions d'application de ce texte sont remplies.

L'extension du bénéfice de l'action directe aux sous-traitants de l'entrepreneur a accru la fréquence de telles actions. L'action directe présente en effet certains avantages par rapport au privilège accordé au sous-traitant par l'article 20, 12° de la loi hypothécaire (ainsi, par exemple, l'assiette de l'action directe est plus large que celle du privilège).

Récemment, plusieurs propositions de lois ont été déposées en vue d'améliorer la situation actuelle. Ces propositions visent essentiellement à faire l'économie de l'action en justice, lente et coûteuse et à rappeler que l'action directe peut être utilisée malgré la faillite de l'entrepreneur principal (136). Le contenu de ces propositions sera développé plus largement par Maîtres Renard et Balon.

I.2.3. L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant

Dans la seconde partie de cette étude, nous aborderons la question de la mise en cause de la responsabilité de l'entrepreneur pour des fautes commises par le sous-traitant. Cependant, malgré l'autonomie des conventions conclues dans une opération de sous-traitance, existe-t-il pour le maître de l'ouvrage, une possibilité 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 (137) ?

(135) F. Poilvache observe également que la jurisprudence presque unanime excluait en outre du bénéfice de l'action directe tous les sous-traitants qui n'avaient pas personnellement et principalement fourni un travail manuel, donc entre autres toutes les sociétés (voy. F. POILVACHE, *op. cit.*, p. 638).

(136) Voy. la proposition de loi 2646/1-98 du 19 avril 1999 de Monsieur Stéphane De Clerck (*Doc. Parl., Ch., sess. Ord., 1998-1999, n° 2146/1; 1999-2000, n° 50/1; 2000-2001, n° 20/002 à 50/008*).

(137) Voy. F. DELWICHE, « Het contract van onderaanneming in het bouwrecht », *Limb. Rechtsk.*, 1983, p. 11.

En principe, la responsabilité contractuelle du sous-traitant ne peut être mise en cause par le maître de l'ouvrage, puisqu'il n'y a pas de relation contractuelle entre eux. Nous avons eu l'occasion de rappeler qu'à l'égard du maître de l'ouvrage, le contrat de sous-traitance était une *res inter alios acta*, dont il ne pouvait profiter des effets internes.

Néanmoins, certains mécanismes issus du droit des obligations pourraient permettre de légitimer un droit d'action direct du maître de l'ouvrage; l'on pense en particulier à la stipulation pour autrui (138), dont le régime a été décrit ci-dessus.

Exclue sur base contractuelle, l'action du maître de l'ouvrage l'est-elle également sur base délictuelle? Après avoir répondu à cette interrogation, nous nous interrogerons sur les éventuels fondements d'une transmission au maître de l'ouvrage des actions dont dispose l'entrepreneur principal à l'égard du sous-traitant.

I.2.3.1. Les difficultés de l'action en responsabilité délictuelle

Le maître de l'ouvrage ne dispose d'aucune action contractuelle à l'égard du sous-traitant. Dès lors, seule la responsabilité délictuelle de ce dernier semble pouvoir être mise en cause.

Cette voie est cependant gravement compromise en raison de la jurisprudence développée à ce propos par la Cour de cassation depuis son arrêt du 7 décembre 1973 (139). 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 (140), sa responsabilité ne peut être engagée que si la faute qu'il lui est impu-

(138) Notons qu'il ne suffit pas à cet égard 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).

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

(140) Voy. par exemple Bruxelles, 27 juin 1996, *Res et iura imm.*, 1996, p. 112; Liège, 20 juin 1996, *J.L.M.E.*, 1997, p. 382; Liège, 18 novembre 1997, *R.G.A.R.*, 1999, 13.094; voy. également M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. FORTIER, *op. cit.*, n° 319, pp. 255-256.

tée constitue la violation non d'une obligation contractuelle (141) 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, la seule possibilité étant de découvrir l'existence d'un dommage imprévisible lors de la conclusion du contrat, lequel est qualifié par la Cour de cassation d'extra-contractuel (142).

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'aucune 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 Louveaux, « le maître de l'ouvrage, victime d'une inexécution défective, n'est pas indemnisé tandis que le sous-traitant coupable de la prestation fautive n'est pas sanctionné » (143).

Nous n'examinerons pas dans le cadre du présent exposé les nombreuses critiques suscitées par cette jurisprudence (144). Notons

(141) S'appuyant sur de récents arrêts de la Cour de cassation (25 octobre 1990, R.G.A.R., 1990, II, 990; 26 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 675; 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 286), d'accord avec nous, estimant 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.*, n° 319, pp. 256-257.

(142) Voy. CHEN, 20 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 182.

(143) 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.

(144) 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. WÉRY, « 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-MARGREY, C. BICQUET-MATHIEU et A. GOSSELIN, « Grands arrêts récents en matière d'obligations », *Act. dr.*, 1997, pp. 40 et s.; R.O. DALQU et C. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, n° 1 et s., pp. 529 et s.; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WILMANT, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993) », *T.P.R.*, 1995, pp. 1514 et s.

simplement que la position adoptée par la Cour de cassation est désormais largement respectée par les juridictions de fond (145).

Certains ont toutefois semblé admettre la possibilité d'un recours contractuel direct en responsabilité décennale contre le sous-traitant. Un courant important de la doctrine se prononce également en faveur de la reconnaissance d'une action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. Ces nouveaux développements sont examinés dans la section suivante.

1.2.3.2. Renaissance d'un droit d'action contractuelle : quels fondements ?

Le principe de la relativité des conventions, combiné avec la théorie de l'immunité des agents d'exécution, conduit, sauf exceptions (146), 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 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

(145) Voy. M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. POTTIER, *op. cit.*, n° 338, pp. 278-279 et réf. citées. Seule la Cour d'appel de Liège semble s'être démarquée à un certain temps de cette jurisprudence (voy. Liège, 28 juin 1984, *J.L.*, 1984, p. 569 et obs. M. DOURNEAUX), 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).

(146) 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 constituée 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.

la mauvaise exécution du contrat - serait imputable (au sous-traitant) » (147).

En l'absence d'un changement législatif et eu égard à cette position stricte de la majorité de la jurisprudence, plusieurs solutions, issues du droit des obligations, ont été avancées par les auteurs (et suivies par une minorité de juridictions (148)) pour tenter de justifier un tel recours (149).

L'on trouvera ci-dessous de brefs commentaires relatifs à ces solutions (150), qui ne trouvent malheureusement pas écho dans la

(147) Liège, 7 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 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, *Entr. et dr.*, 1988, p. 237, note M.-A. FLAMME; Anvers, 13 avril 1981, *Turck. 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; s.v. Turnhout, 19 octobre 1987, *Turck. Rechtsl.*, 1988, p. 59).

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

(149) 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 écart, par exemple, à la notion de "groupe de contrats" à l'instar de la jurisprudence française ».

(150) A ce sujet, voy. notamment E. MONTERO, « La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage », *R.G.A.R.*, 1989, n° 11445; 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., « Reflexion 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° 11596; J. WILLEMS, « Responsabilité personnelle ou in solidum, moyens de pression, obligations de réparation de dommages », *Act. dr.*, 1991, pp. 1194 à 1198; 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. JASCOONE, « Le contrat d'entreprise », in C. JASCOONE (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, tome I, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 346; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, n° 264, p. 204; J.-P. VERGAUWTE, « Action directe dans le droit de la construction », *Entr. et dr.*, 1998, pp. 206 et s.; G. HERMANS, « De onrechtbare man. Over de vraag of de bouwheer de onderaannemer kan aansprakelijk », *Bull. Ass.*, 1998, Dossier 4, pp. 49 et s.; F. DELVICHE, « Het contract van onderaanneming in het bouwrecht », *Lemb. Rechtsl.*, 1983, pp. 1 et s.; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTIER, *op. cit.*, n° 340, pp. 282 et s.; A. DELVAUX, « Transmissibilité des actions en responsabilité », *Act. dr.*, 1992, p. 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. SIMON, J. DE GAVRE et P.-A. FORNIERS, *op. cit.*, n° 197, pp. 828 et s.

jurisprudence majoritaire. Leur examen approfondi fait l'objet du rapport de Maîtres Renard et Balon.

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 (151), de la transmission à l'acquéreur d'un immeuble de l'action en responsabilité décennale du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur (ou l'architecte) (152) ou encore, dans une certaine mesure, de la transmission au client du promoteur immobilier des actions que celui-ci détiendrait contre l'entrepreneur (ou l'architecte) (153).

(151) La jurisprudence belge, unanime, admet de longue date (voy. Cass., 8 juillet 1886, *Pas.*, 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. (152) 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. HERMANS, « 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, resté 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. HERMANS). 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 en cession de cette action. Le doyen Herbosch 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. HERMANS, *op. cit.*, pp. 509 et s.; cette thèse est notamment critiquée par X. DIEUX, « Les chaînes et les groupes de contrats en droit belge. Pour un retour aux sources », *op. cit.*, 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. VANWIJCK-ALEXANDRE, in « Chronique de jurisprudence. La vente », *Chronique du droit à l'usage du Notariat*, vol. XXXV, Bruxelles, Larocq, 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. PARANT, « 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 s.; H. DE PAGE et A. MAIR, NERVACAN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4^{ème} éd., tome IV, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1997, n° 118, pp. 188 et s.; P. VAN HOUTRY, « La responsabilité de l'architecte, de l'entrepreneur et du sous-traitant envers l'acquéreur », in D. MEULEKANS (dir.), *L'achat et la vente d'un immeuble*, Bruxelles, Larocq, 1993, pp. 325 et s.

(153) 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'acquiescer un produit fini, il ne faut pas oublier que sont soumis à la Loi Breynne 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 man-

1.2.3.2.1. *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 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 » (154).

1.2.3.2.2. *La stipulation pour autrui implicite*

D'aucuns (155) 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 (156).

datés ou de conventions inconnues. 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. CHANDELIER, *La Loi Brejnc*, coll. *Rég. not.*, Tome VII, Livre VI, 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 B. KOHL, « Chronique de jurisprudence. Le contrat d'entreprise et la loi Brejnc », in *Chronique des droits du notariat*, vol. XXXV, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 268-271).

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

(155) Voy. M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 121 et s., pp. 100 et s.

(156) 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 du l'entrepreneur principal », note sous Bruxelles, 28 octobre 1987, *J.T.*, 1988, n° 3, p. 668.

1.2.3.2.3. *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 ». Certains (157) 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 » (158); dans le cas contraire, le principe de la relativité des conventions en serait atteint dans ses fondements.

1.2.3.2.4. *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) (159).

Cette thèse se heurte toutefois à la considération selon laquelle le contrat d'entreprise n'est pas en principe translatif de droits. L'obligation de délivrance y présente un contenu différent de l'obligation de délivrance dans la vente (160).

(157) Voy. P. RIGAUX, « A propos du concours des responsabilités », note sous Bruxelles, 28 octobre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 320; Id., *Le droit de l'architecte*, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 373.

(158) F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 4, p. 668.

(159) Voy. Bruxelles, 25 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1272; F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 5 et s., pp. 669 et s.; voy. également A. DELVAUX et J.-N. KEAERWINKELS, *op. cit.*, pp. 156 et s.; Th. BZAUX, *op. cit.*, n° IV.11.4.3.

(160) Notamment lorsque le travail effectué porte sur l'exécution de prestations 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. SIMON, J. DE GAVRE, P.-A. FORIERS, *op. cit.*, n° 197, p. 831).

I.2.3.2.4. *Le parallélisme nécessaire devant exister entre la situation du maître de l'ouvrage et la situation du sous-traitant ou celle de l'acquiescent d'un immeuble*

Par la loi du 19 février 1990, le législateur a conféré à 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 (161).

I.2.3.2.5. *Un principe général de droit fondé sur la reconnaissance du concept de « groupe de contrat »*

D'autres (162) encore 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 contractuelle directe au sein des groupes de contrats, auxquels seraient dès lors attribués des effets juridiques (163).

Toutefois, nous avons pu observer que ni la doctrine, 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 connus du droit des obligations (164). L'existence d'un tel principe général, dont les contours sont par ailleurs indéterminés, semble bien loin d'être reconnue en droit belge.

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

(162) Voy. E. MONTORO, « La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage », *R.G.A.R.*, 1989, n° 11.445.

(163) Voy. A. DELVAUX, « Transmissibilité des actions en responsabilité », *Act. dr.*, 1992, p. 366. Cette thèse prend appui sur la jurisprudence de la Cour de cassation française qui, par un arrêt du 21 juin 1988, a décidé que, « (...) dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement tous ceux qui n'ont souffert de dommage que parce qu'ils ontient un lien avec le contrat initial » (Cass. fr. civ., 21 juin 1988, *Bull. civ.*, 1988, I, n° 202; *D.*, 1989, p. 5, note C. LAROCHE; *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. VINÉY).

(164) Voy. X. DIEUX, *op. cit.*, n° 1, p. 111.

I.2.3.2.6. *La tierce complicité du sous-traitant*

Cette thèse suppose cependant pour son application une participation consensuelle du sous-traitant à la violation des obligations de l'entrepreneur principal (165).

II. — RESPONSABILITÉS CONTRACTUELLES ET DÉLICTUELLES

Nous avons déjà abordé à plusieurs reprises les questions de droit de la responsabilité qui peuvent se poser dans le cadre d'une opération de sous-traitance. L'on en retrouvera ci-dessous un exposé synthétique.

La responsabilité contractuelle sera examinée au regard de chacune des conventions qui constituent la sous-traitance : responsabilité de l'entrepreneur vis-à-vis du maître de l'ouvrage d'une part; responsabilité du sous-traitant vis-à-vis de l'entrepreneur principal d'autre part. A cette occasion sera analysée la nature des obligations souscrites par le sous-traitant. Sauf exceptions, l'on ne reviendra dès lors plus sur les rapports (et les possibilités d'actions en responsabilité) existant entre les deux parties situées aux extrémités de la « chaîne de contrats ».

Enfin, l'on terminera l'étude du droit de la responsabilité par une brève incursion dans le champ de la responsabilité délictuelle.

II.1. — La responsabilité contractuelle de l'entrepreneur principal

L'article 1797 du Code civil précise que « L'entrepreneur répond des personnes qu'il emploie ».

Cette disposition consacre, dans le domaine du contrat d'entreprise, le principe de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, dont nous rappellerons le régime. Nous examinerons ensuite les possibilités de dérogations conventionnelles à cette responsabilité.

(165) Voy. sur cette théorie, B. LOUVEAUX, « Action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », note sous Liège, 7 octobre 1983, *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 consensuelle).

Sur le plan de la procédure, observons également que l'expertise judiciaire qui est ordonnée à la demande du maître de l'ouvrage pour déterminer les fautes commises par l'entrepreneur ne sera pas opposable au sous-traitant lorsque ce dernier demeure un tiers au regard de l'expertise, c'est-à-dire une personne qui n'est ni partie citée, ni partie intervenue volontairement (166). Ceci implique que les effets juridiques spécifiques liés au rapport d'expertise en tant que moyen de preuve ne pourront être opposés au sous-traitant (167).

II.1.1. Régime

A plusieurs reprises, la Cour de cassation (168) a rappelé que le débiteur d'une obligation répond envers son créancier non seulement de ses fautes propres mais aussi de celles commises par ses agents d'exécution. Le débiteur est en effet tenu à l'exécution de ses obligations à l'égard de son cocontractant, peu importe qu'il ait ou non recours à des tiers pour ce faire (169). Il s'agit du principe général de « responsabilité contractuelle du fait d'autrui ».

Le fondement de ce principe général demeure controversé. D'aucuns invoquent la théorie du cas fortuit et de la force majeure (170) : la faute du tiers qu'on s'est volontairement substitué ne peut être considérée comme une cause étrangère libératoire et, partant, le débiteur doit en assumer la responsabilité;

(166) Voy. Cass., 22 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 456.

(167) Voy. D. MOUGENOT. « Le point de la jurisprudence relative aux mesures d'instruction », in G. de LEVAL, H. BOULARBAH et R. FORRESTI (coord.), *Le point sur les procédures (2^{ème} partie)*, Formation permanente Commission Université-Palais, vol. 43, Liège, éditions de la C.U.P., 2000, p. 226. Néanmoins, « (...) cela n'empêche pas que l'expertise en elle-même, les constatations qui ont été faites et l'avis qui a été donné, sous des faits réels, dans lesquels le juge, dès lors qu'ils sont invoqués par une partie et que la preuve par présomptions est autorisée, peut, par une décision souveraine en fait, trouver des présomptions au sens de l'article 1349 du Code civil » (D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 226).

(168) Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376; Cass., 3 décembre 1976, *R.G.A.R.*, 1978, 9908; Cass., 21 juin 1979, *J.T.*, 1979, p. 675.

(169) Voy. H. DE PACE, *op. cit.*, tome II, n° 592; R.O. DALCQ, « Traité de la responsabilité civile », in *Les nouvelles*, Droit civil, tome V, vol. 1, n° 109; P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *J.T.*, 1987, p. 417 et s.; Id., « Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui », in M. FONTAINE et J. GHERSTX, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, *op. cit.*, pp. 360 et s.

(170) Voy. H. DE PACE, *op. cit.*, tome II, n° 592.

d'autres (171) utilisent le principe de la représentation du débiteur par son sous-traitant, la faute de ce dernier étant considérée comme celle du débiteur; certains (172) considèrent enfin que le concept de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui est inutile : « le concept même de responsabilité contractuelle suffit à rendre compte de la solution. Le débiteur principal reste en effet personnellement tenu à l'exécution intégrale des engagements qu'il a pris quand bien même il en aurait confié l'exécution, en tout ou en partie, à un tiers ».

Ce principe trouve une application particulière dans l'article 1797 du Code civil qui rend l'entrepreneur principal responsable du fait des personnes auxquelles il a confié l'exécution de tout ou partie du marché principal (173) et ce, indépendamment de toute faute personnelle dans son chef.

L'entrepreneur principal est entièrement responsable, par exemple, du retard, des malheurs imputables à l'un de ses sous-traitants et ne peut invoquer ces faits comme cause étrangère libératoire (174). Cependant, si le sous-traitant a été désigné et imposé à l'entrepreneur principal par le maître de l'ouvrage, toute responsabilité de l'entrepreneur principal quant au choix du sous-traitant sera écartée (175). En outre, dans le mesure où la conception et le

(171) J. DABIN, « De la validité des clauses d'exonération de la responsabilité en matière contractuelle couvrant : 1° la faute lourde du débiteur; 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés », note sous Cass., 25 septembre 1959, *R.C.J.B.*, 1960, pp. 10 et s.; P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *J.T.*, 1987, p. 417.

(172) B. DUBUSSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in P. WABY (coord.), *Droit des obligations*, Liège, Formation permanente Commission Université-Palais, vol. XXVII, Liège, éditions de la C.U.P., 1998, n° 46, p. 138; R.O. DALCQ, « Traité de la responsabilité civile », in *Les nouvelles*, tome I, n° 109, p. 128; X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge. Pour un retour aux sources », *op. cit.*, pp. 124 et s.; S. BAR, *op. cit.*; P. VAN OMMESLAEGHE, « L'exécution des contrats de service par autrui », in *Les contrats de service*, Bruxelles, éd. Jeanne Barreau, 1994, pp. 247 et s.; E. MONTERO, « Les clauses limitatives ou exonérois de responsabilité. Rapport belge », in M. FONTAINE et G. VINNY, *Les sanctions de l'exécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2001, n° 33, pp. 418-419.

(173) Voy. entre autres à ce sujet M.A. FLAMME, « De la répartition des responsabilités entre les constructeurs », in *Le droit de la construction et de l'urbanisme*, Bruxelles, éd. Jeanne Barreau, 1976, n° 37; G. BAKER, *Privateaansprakelijkheid bouwrecht*, 5^{ème} éd., Anvers, Kluwer, 1994, p. 538; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, n° 262, p. 203; M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 91, p. 74; M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. FORRIER, *op. cit.*, n° 297, pp. 240-241; L. SIMON, J. DE GAVER, P.-A. FORRIER, *op. cit.*, n° 195, pp. 823-824.

(174) Voy. Gand, 25 octobre 1966, *Enir. et Dr.*, 1970, p. 173; Comm. Bruxelles, 12 septembre 1971, *J.C.B.*, 1972, p. 31; Gand, 15 décembre 1971, *Enir. et Dr.*, 1973, p. 22 et obs. de T. DELAHAYE; Bruxelles, 10 octobre 1974, *R.W.*, 1975-1976, 1242; Liège, 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 382.

(175) Voy. Bruxelles, 11 mars 1988, *Enir. et dr.*, 1988, p. 318, note E. DIAUX.

contrôle des travaux ne lui incombent pas, l'on peut estimer qu'il n'a pas à répondre des actes accomplis par le sous-traitant imposé lequel ne peut dans ce cas être considéré comme un « employé » de l'entrepreneur principal au sens de l'article 1797 du Code civil (176). Traditionnellement, la doctrine et la jurisprudence considéraient que l'entrepreneur principal ne devait répondre que de la faute de ses sous-traitants. Ainsi, l'entrepreneur pouvait-il prétendre être libéré à l'égard du maître de l'ouvrage en cas de fait non fautif du sous-traitant (démence, cause étrangère libératoire,...) (177).

Un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1984 (178) a explicitement consacré, en matière de bail, le principe de responsabilité du locataire pour les faits même non fautifs de ses sous-locataires (il s'agissait en l'espèce d'un sous-locataire dément reconnu non responsable de ses actes mais pour lequel le locataire a été considéré comme responsable à l'égard du bailleur). La généralité des termes employés par la Cour de cassation et la motivation principale de l'arrêt (à savoir l'emploi du mot « fait » et non « faute » dans l'article 1735 du Code civil) ont conduit certains auteurs à interpréter celui-ci comme consacrant la responsabilité de l'entrepreneur principal pour le fait, même non fautif, de son sous-traitant. Dans cette thèse, l'entrepreneur principal ne pourrait donc plus invoquer la cause étrangère libératoire dont pourrait pourtant se prévaloir son sous-traitant (179).

(176) Voy. Th. BRAUN, *op. cit.*, n° IV.11.1.-8; M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Chronique de jurisprudence. Le sous-traitance », *J.T.*, 1983, n° 15, p. 358; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, n° 262, p. 203.

(177) Voy. notamment Liège, 29 octobre 1997, *R.R.D.*, 1998, p. 169; *a contrario* Comm. Bruxelles, 17 mars 1961, *J.C.B.*, 1961, p. 239.

(178) Cass., 29 novembre 1984, *R.C.J.B.*, 1987, p. 213, note F. CLANSDORFF, *J.T.*, 1987, p. 417, note Ph. DELVAUX.

(179) A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, n° 262, p. 203; Ph. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 417 et s. Ce dernier auteur ne peut (à notre avis, à raison) se résoudre à voir dans cet arrêt de la Cour la consécration d'un principe général de responsabilité contractuelle du fait, même non fautif, d'autrui. Il propose dès lors de limiter le champ d'application de l'enseignement de la Cour aux seuls cas de responsabilité contractuelle du fait d'autrui fondés sur des textes législatifs comportant, à l'instar de l'article 1735 du Code civil, le mot « fait » (et non « faute »), ce qui est le cas de l'article 1797 du Code civil. Il convient de remarquer que Monsieur Delvaux, conscient de l'impaquet de l'extension de la responsabilité de l'entrepreneur principal au fait non fautif de son sous-traitant, entend revenir à une interprétation « minimaliste » de l'article 1797 du Code civil. Selon lui, la responsabilité du fait du sous-traitant ne s'appliquerait qu'aux seules entreprises de construction, l'article 1797 du Code civil ne visant initialement que celles-ci. Ce faisant, l'auteur revient totalement sur la jurisprudence et la doctrine établies de longue date, qui appliquaient l'article 1797 du Code civil à tout contrat d'entreprise.

II.1.2. Clause exonératoire de responsabilité du fait d'autrui

Après avoir décrit le régime général applicable à pareilles clauses, nous examinerons les obstacles rencontrés plus particulièrement dans les contrats d'entreprise immobiliers.

II.1.2.1. Régime général

Puisque les règles relatives à la responsabilité civile ne sont pas impératives (180), il est permis aux parties d'y déroger et de prévoir une exonération de responsabilité du débiteur, y compris pour les manquements de ses agents d'exécution.

De telles clauses sont en principe licites, même si elles sont stipulées pour le cas de faute intentionnelle de l'agent d'exécution, sous réserve qu'elles ne peuvent être prohibées par la loi, ni aboutir à enlever tout objet au contrat (181).

C'est en particulier au vu de cette dernière restriction qu'est susceptible d'être invalidée la clause de non responsabilité de l'entrepreneur du fait de ses sous-traitants. L'on connaît en effet l'hostilité de la doctrine et de la jurisprudence (182) à l'égard de ces clauses en général lorsqu'elles sont le fait de professionnels. Considérant que par des clauses d'exonération générales, ils trompent ainsi la légitime confiance de leur client, elles en arrivent souvent à la conclusion que de telles stipulations violent le contrat de sa substance. Il convient cependant de ne pas tirer de règle générale en cette

(180) Voy. H. DE PAOL, *op. cit.*, tome II, n° 1054; Cass., 21 février 1907, *Pat.*, 1907, I, p. 135; Cass., 29 septembre 1972, *Pat.*, 1973, I, p. 124.

(181) Voy. Cass., 25 septembre 1959, *Pat.*, 1960, I, p. 113; H. DE PAOL, *op. cit.*, tome II, n° 1054 et s. Certains auteurs critiquent néanmoins la validité d'une clause exonératoire de responsabilité du débiteur en cas de dol des préposés (voy. entre autres P. VAN ONMERSLAGHE, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge », in J. GHESTIN (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité des contrats*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, n° 279, p. 187; E. DREX, « Exonerationsbedingen », *T.P.R.*, 1988, pp. 1181-1185; E. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in P. WERY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, p. 63).

(182) L. CORNELIS, « Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation », note sous Cass., 22 mars 1979, *R.C.J.B.*, 1981, p. 208; M.A. FLAMME, « Du devoir de surveillance de l'architecte et des clauses d'exonération de sa responsabilité », note sous Cass., 27 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 538. Une partie de la jurisprudence tend d'autre part à limiter la portée de telles clauses en adoptant un principe d'interprétation restrictive : elle considère que lorsque la clause est rédigée en termes généraux, l'intention des parties est qu'elles n'y ont pas compris l'exonération de la faute lourde (voy. Liège, 24 mai 1983, *J.L.*, 1984, p. 437 et obs. M. DOURNAERT).

matière et d'apprécier dans chaque cas d'espèce la portée de telles clauses.

Notons également que la loi sur les pratiques du commerce du 14 juillet 1991 prohibe, dans son article 32.11, les clauses ayant pour objet de « libérer le vendeur de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle des ses préposés ou mandataires ou du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat ». Cet article s'applique à tout « vendeur » au sens de la loi sur les pratiques du commerce, donc également à tout entrepreneur (« vendeur de services »), même de travaux immobiliers, depuis la loi du 7 décembre 1998 (183). On peut dès lors se poser la question de la validité de la clause par laquelle l'entrepreneur général se déchargerait à l'égard d'un maître de l'ouvrage consommateur de toute responsabilité en cas de dol ou de faute lourde de ses sous-traitants.

La loi exclut expressément l'exonération pour le dol ou la faute lourde des préposés ou mandataires mais non pour ceux des agents d'exécution « indépendants ». Les sous-traitants, agents d'exécution par principe indépendants, ne semblent donc pas visés par cet article 32.11. Une clause exonérant l'entrepreneur général du dol ou de la faute lourde de ses sous-traitants reste donc, semble-t-il, valable même lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre d'un contrat tombant dans le champ d'application de la loi sur les pratiques du commerce (184).

II.1.2.2. Clauses exonératoires et sous-traitance

Dans la matière du contrat d'entreprise immobilier, la question des clauses exonératoires du fait d'autrui rencontre, en outre, des obstacles particuliers de deux ordres : il convient d'examiner tout d'abord dans quelle mesure l'architecte est autorisé à sous-traiter une partie de ses tâches à un tiers et à se décharger de toute respon-

(183) La loi du 7 décembre 1998 modifiant la loi sur les pratiques de commerce a mis un terme aux controverses qui existaient à propos de l'application aux biens immeubles du chapitre V de la loi, relatif aux clauses abusives. Désormais, l'article 31 § 2, 1^o énonce clairement que « Les produits (sens) non seulement les biens meubles corporels, mais aussi les biens immeubles, les droits et les obligations ». Les prestations de services relatives à des immeubles, telles les entreprises de construction, tombent sous le coup des dispositions de la loi sur les pratiques de commerce relatives aux clauses abusives (voy. J. LAFFINEUR, « Transactions immobilières et protection du consommateur », *Rev. dr. imm.*, 2001, n° 23, p. 100 et n° 54, p. 108).

(184) Voy. I. DEKUYCK, « De onrechtmatige bedingen », *A.J.T.*, 1985-1986, dossier n° 1, p. 8.

sabilité de ce chef (185). Nous envisagerons ensuite plus généralement l'incidence du caractère d'ordre public de la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs.

II.1.2.2.1. Sous-traitance de l'architecte

La haute technicité de certains travaux au niveau de la conception même, conduit de plus en plus souvent les parties à faire appel à des bureaux d'étude ou des ingénieurs conseils spécialisés dans la résistance des matériaux, le béton armé, les installations électriques ...

Pour les besoins de notre exposé (186), supposons que l'architecte soit chargé par le maître de l'ouvrage d'une mission d'ensemble, c'est-à-dire de l'établissement des plans ainsi que du contrôle de l'exécution des travaux mais qu'en vertu d'une clause de la convention lui réservant cette faculté (187) et prévoyant une exonération de responsabilité de ce chef, il confie ainsi à un tiers spécialiste l'exécution de certaines prestations dépassant ses compétences propres.

I. Licéité de la délégation

La question se pose tout d'abord de savoir si pareille substitution est licite, nonobstant l'autorisation du maître de l'ouvrage, dès lors que l'article 4 de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte impose l'intervention obligatoire d'un architecte pour l'établissement des plans et le contrôle de l'exécution des travaux pour lesquels un permis de bâtir est préalablement requis.

(185) Pour une étude détaillée de ce chapitre, voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE (« La conception de l'ouvrage », *Act. dr.*, 1991, pp. 957 et s.).

(186) Le problème posé par l'intervention des spécialistes dans la construction est en réalité beaucoup plus vaste et complexe, et a fait l'objet d'une étude approfondie de M. VANWIJCK-ALEXANDRE intitulée « L'aménagement du rôle et de la responsabilité des architectes en raison de l'intervention croissante des spécialistes dans la construction », note sous Cass., 3 mars 1978, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 176 et s.

(187) Le contrat conclu avec l'architecte revêt sans nul doute un caractère d'*instituitu personae* dans le chef de ce dernier (voy. P. FICAUX, *L'architecte. Le droit de la profession*, Bruxelles, Larocier, 1975, n° 294; H. DE PAGE, *op. cit.*, tome III, n° 401).

Cette disposition, établie dans l'intérêt même de la collectivité, revêt un caractère d'ordre public (188) : la présence d'un professionnel présumé compétent, non soumis à des impératifs commerciaux en raison du caractère libéral de sa profession, tend en effet à assurer non seulement la protection des intérêts du maître de l'ouvrage, souvent profane, mais aussi la sauvegarde de la qualité du patrimoine immobilier de la nation.

Compte tenu de ce but poursuivi par la loi, la doctrine (189), dont la position se trouve consacrée implicitement par la Cour de cassation (190), admet cependant que l'architecte puisse confier à des spécialistes certaines tâches déterminées qui excèdent sa propre compétence, telles que par exemple les études de stabilité, les calculs du béton et des armatures d'acier, l'examen du sol. Mais la licéité de pareille délégation reste strictement limitée à ces seuls travaux qui dépassent sa compétence professionnelle en raison de la formation qu'il a reçue.

2. Exonération de responsabilité

En ce qui concerne la possibilité pour l'architecte de s'exonérer de ce chef, la Cour de cassation (191), en 1978, a mis fin aux nombreuses controverses doctrinales (192) et posé le principe suivant : l'architecte peut, même implicitement, se décharger à l'égard du maître de l'ouvrage de sa responsabilité quant aux études techniques confiées à des spécialistes, études pour lesquelles il n'a reçu aucune formation, et qui, dès lors, échappent à sa compétence. C'est la haute technicité de certains problèmes qui explique la position de la Cour de cassation. Celle-ci ne s'est prononcée que sur la question de la délégation à des spécialistes des tâches de conception mais par identité de motif, il y a lieu d'appliquer les mêmes règles lorsque

(188) Voy. M. VANWILJCK-ALEXANDRE, « L'aménagement du rôle et de la personnalité des architectes en raison de l'intervention croissante des spécialistes dans la construction », *op. cit.*, n° 4; P. RIGAUD, *op. cit.*, n° 107; Y. HANNEQUART, *Le droit de la construction. Traits caractérisés et évolution des responsabilités*, Bruxelles, Bruylant, 1974, n° 477.

(189) Voy. entre autres M. VANWILJCK-ALEXANDRE, « L'aménagement du rôle et de la personnalité des architectes en raison de l'intervention croissante des spécialistes dans la construction », *op. cit.*, n° 9; Y. HANNEQUART, *op. cit.*, n° 535; P. RIGAUD, *op. cit.*, n° 415 et s., et références citées.

(190) Voy. Cass., 3 mars 1978, *Pez.*, 1978, I, 758.

(191) Voy. Cass., 3 mars 1978, *Pez.*, 1978, I, p. 759 et conclusions de l'avocat général Krings; *Idr.* et *dr.*, 1981, pp. 268 et s.

(192) Voy. entre autres Y. HANNEQUART, *op. cit.*, n° 535; A. DE CALUWE et H. DEVOEGELE, « Interférence des responsabilités de l'architecte et de l'ingénieur », *J.T.*, 1967, p. 587.

pareille délégation s'accompagne aussi d'un transfert du contrôle de l'exécution desdits travaux.

Cette exonération connaît toutefois une double limite. D'une part, l'architecte demeure responsable du choix du spécialiste consulté, lequel doit être de notoriété publique un bon choix; d'autre part, il répond des erreurs commises par ce technicien lorsque ses connaissances professionnelles lui permettaient de les découvrir (193).

Rappelons qu'en toute hypothèse l'architecte ne peut prétendre se décharger de sa responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage pour des travaux qui ressortissent du domaine où il demeure compétent (194). Par ailleurs, il ne faut pas oublier que conformément à sa mission légale, l'architecte assure d'autre part un rôle de coordinateur et de contrôleur de l'ensemble (195), lequel n'est nullement remis en cause par la délégation de certaines tâches à des spécialistes ainsi que l'exonération corrélative de responsabilité de ce chef (196).

II.1.2.2. La responsabilité décennale

Le caractère d'ordre public de la responsabilité décennale entraîne la nullité de toute clause par laquelle le maître de l'ouvrage décharge d'une telle responsabilité les personnes qui en sont légale-

(193) Voy. Cass., 1^{er} avril 1982, *Pez.*, 1982, I, p. 902.

(194) Voy. Bruxelles, 8 mai 1980, *J.T.*, 1980, p. 617; *Idr.* et *dr.*, 1981, p. 141 et obs. M.F. Nous n'envisageons bien entendu que les tâches qui relèvent de ce monopole légal (énumérées dans l'arrêté royal du 16 décembre 1971, qui s'appuie sur l'article 4, alinéa 3 de la loi du 20 février 1939). En effet, de plus en plus souvent l'architecte a recours à des spécialistes pour ce qui concerne les équipements intérieurs. Or, l'arrêté royal du 16 décembre 1971 ne requiert pas le concours obligatoire de l'architecte pour des travaux de moindre importance tels que « les travaux d'aménagement des locaux - en ce compris les équipements correspondants : installations, sanitaire, d'électricité, de chauffage ou de ventilation - pour autant qu'ils n'impliquent la solution d'un problème de construction proprement dit, ni la modification du volume construit, ni la modification de l'aspect architectural du bâtiment ». Dans la mesure où ces travaux répondent à ces conditions, l'architecte peut les confier à des tiers et s'exonérer de toute responsabilité.

(195) Voy. P. RIGAUD, *op. cit.*, n° 30 et s.; M.A. FLAMME, « Du devoir de surveillance de l'architecte et des clauses d'exonération de sa responsabilité », note sous Cass., 27 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 52; *Id.*, « De la répartition des responsabilités entre les constructeurs », in *Le droit de la construction et de l'urbanisme*, Bruxelles, éd. Joune Barreau, 1976, n° 47.

(196) Voy. Bruxelles, 5 janvier 1979, *Idr.* et *dr.*, 1979, p. 160 et obs. M.F.; Bruxelles, 8 mai 1980, *J.T.*, 1980, p. 617; *Idr.* et *dr.*, 1981, p. 141 et obs. M.F.; contra Mons, 15 mars 1982, *Idr.* et *dr.*, 1984, obs. Ph. et M.A. FLAMME; en doctrine, voy. entre autres Y. HANNEQUART, « La responsabilité de l'architecte face aux immixtions du maître de l'ouvrage et face au promoteur », note sous Cass., 21 septembre 1979, *R.C.J.B.*, 1982, n° 6 et s., pp. 496 et ss.; V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, « Aansprakelijkheid in de bouwsector : allen voor eigen fout of ook voor fout van anderen? », *Idr.* et *dr.*, 1984, n° spécial, pp. 31 et s.; G. BAZERT, *op. cit.*, p. 629.

ment tenues. En conséquence, ce principe nous paraît faire obstacle à ce qu'un entrepreneur puisse s'exonérer de la garantie décennale concernant les travaux qu'il aurait confiés à des tiers.

Il importe cependant de préciser cette règle.

1. Sous-traitance de l'architecte

L'architecte peut confier à des spécialistes des tâches excédant sa compétence (qu'il leur confie lui-même certaines tâches ou que ce soit le maître de l'ouvrage qui le fasse en contractant directement avec eux (197)) et se faire décharger de toute responsabilité de ce chef. Pareille exonération, admise dans ces strictes limites, nous paraît s'étendre à la responsabilité décennale couvrant lesdites prestations.

Il reste que les effets d'une telle jurisprudence sont particulièrement graves pour le maître de l'ouvrage : nous avons observé, dans la première partie de cette étude, que le maître de l'ouvrage ne dispose pas d'une action contractuelle contre le sous-traitant avec lequel il n'a pas de relation juridique, tandis que la possibilité d'une action délictuelle à son encontre est désormais strictement limitée eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation. En d'autres termes, en présence d'un vice imputable au sous-traitant, par exemple un bureau d'étude, susceptible de mettre en cause la solidité de l'immeuble, le maître de l'ouvrage risque de se retrouver devant une sphère d'irresponsabilité puisqu'il ne dispose pas, par hypothèse, ni d'une action à l'encontre de son cocontractant qui s'est exonéré, ni d'un recours vis-à-vis du sous-traitant.

Une partie de la doctrine (198) considère qu'une telle conséquence est inacceptable eu égard au caractère d'ordre public de la responsabilité décennale. Selon elle, l'exonération de responsabilité dans le chef de l'architecte ne peut être reconnue que dans la mesure où elle est compensée par la faculté pour le maître de l'ouvrage d'agir directement à l'encontre du sous-traitant. Ces auteurs proposent en conséquence divers palliatifs que l'on retrouve plus généralement

(197) Voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *op. cit.*, pp. 196 et 213.

(198) Voy. entre autres Y. HANNEQUART, « La responsabilité de l'architecte face aux immixtions du maître de l'ouvrage et face au promoteur », note sous Cass., 21 septembre 1979, *R.C.J.F.*, 1982, pp. 491 et s.; Y. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, « Aansprakelijkheid in de bouwsector : alhoen voor eigen fout of ook voor fout van anderen? », *Entr. et dr.*, 1984, n° spécial, n° 34, pp. 35-36.

parmi ceux avancés pour contourner l'absence d'action directe du maître de l'ouvrage contre les sous-traitants de l'entrepreneur général, que nous avons décrits précédemment; il s'agit notamment de la stipulation pour autrui (199), du mandat (200) ou de cession à titre d'accessoire (201). Certains vont jusqu'à affirmer que si l'architecte, conformément à l'arrêt du 3 mars 1978, s'exonère de toute responsabilité corrélativement à certaines études techniques qu'il aurait confiées à des spécialistes, sans veiller en même temps à ce que le maître de l'ouvrage dispose d'une action directe à l'égard du sous-traitant, il manque à son devoir de conseil envers le maître de l'ouvrage et sa responsabilité peut être engagée de ce chef.

À notre avis, il convient de ne pas exagérer l'incidence de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1978 quant à l'absence éventuelle de recours dans le chef du maître de l'ouvrage, eu égard au fait que l'architecte reste chargé d'une mission d'ensemble, et qu'à ce titre sa responsabilité pourra être mise en cause.

2. Sous-traitance de l'entrepreneur

Il arrive que le cahier des charges impose à l'entrepreneur d'avoir recours à des spécialistes, par exemple pour l'étude des fondations ou encore celle du béton armé. Cette pratique soulève plusieurs questions.

Il convient d'abord de distinguer si les tâches ainsi confiées concernent uniquement des plans ou des calculs nécessaires pour l'exécution même des travaux ou si au contraire elles mettent en cause la conception même de l'ouvrage, auquel cas l'article 6 de la loi du 20 février 1939 interdisant le cumul des fonctions d'architecte et d'entrepreneur est susceptible d'en entraîner la nullité dans la

(199) L'architecte devrait obtenir le consentement du spécialiste à une stipulation pour autrui au bénéfice du maître de l'ouvrage. À cet égard, la seule désignation de ce spécialiste dans le cahier des charges ne permet pas de prouver pareil consentement. Par ailleurs, un tel mécanisme présente l'inconvénient de rendre le droit du maître de l'ouvrage dépendant du contrat qui renferme la stipulation pour autrui.

(200) L'architecte en relation avec le bureau d'étude n'égriait plus en son nom propre, mais comme mandataire du maître de l'ouvrage qui deviendrait ainsi cocontractant direct du spécialiste. Il n'est bien évidemment plus question de sous-traitance dans pareille hypothèse.

(201) L'architecte, en remettant au maître de l'ouvrage les documents exprimant la conception choisie, transmettrait en même temps les actions en responsabilité dont il dispose à l'égard des spécialistes auxquels il a confié des tâches de conception, en tant qu'accessoire de la chose livrée. Ces auteurs proposent ainsi d'appliquer, par analogie, le régime de la vente en ce qui concerne la cession des droits aux sous-acquéreurs mais l'on a pu observer que si une telle solution peut être envisagée de *lege ferenda*, l'on peut à juste titre s'interroger, de *lege lata*, sur le bien-fondé de pareil raisonnement à propos du contrat d'entreprise.

mesure où pareille stipulation aboutirait en fait à transformer l'architecte en entrepreneur (202). L'article 4 de la même loi créant le monopole légal au profit des architectes peut en outre imposer pareille conséquence.

Ensuite, s'il s'agit de travaux confiés à des sous-traitants spécialisés en raison du fait que ces travaux dépassent manifestement la compétence professionnelle de l'entrepreneur, un raisonnement par analogie avec l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1978 pourrait aboutir à permettre audit entrepreneur de s'exonérer de toute responsabilité de ce chef, y compris la responsabilité décennale, sous la double réserve qu'il demeurerait responsable du choix de ce spécialiste ainsi que des erreurs qu'il aurait dû normalement découvrir eu égard à ses connaissances professionnelles.

Enfin, en dehors de ces travaux dont la haute technicité échappait à sa compétence, l'entrepreneur demeure en toute hypothèse responsable, sans aucune restriction possible.

II.2. — La responsabilité contractuelle du sous-traitant

En définissant le contrat de sous-traitance, nous avons vu que, sur le plan juridique, celui-ci s'analysait en un contrat d'entreprise et instaurait dès lors entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal, des rapports d'entrepreneur à maître de l'ouvrage.

Le droit de l'exécution (et de l'inexécution) contractuelle applicable à tout contrat d'entreprise se retrouve dès lors dans un contrat de sous-traitance, mais avec quelques particularités que nous décrivons ci-dessous.

II.2.1. Obligations du sous-traitant

Comme tout entrepreneur, le sous-traitant est d'abord tenu d'effectuer les ouvrages convenus. Il doit en outre réaliser ses prestations dans les délais fixés.

Toutefois, avant de s'enquérir de ses obligations, notons que l'entrepreneur général, en sa qualité de maître de l'ouvrage, est tenu de permettre l'exécution des travaux par le sous-traitant. En particulier, il devra s'assurer que les travaux préalables à l'intervention du

(202) Voy. Y. HANNEQUART, *Le droit de la construction. Traits caractéristiques et évolution des responsabilités*, Bruxelles, Bruylant, 1974, n° 537 et s.

sous-traitant ont été réalisés. Il doit en outre fournir à ce dernier tous les renseignements utiles à son intervention, et le prévenir de certains risques particuliers, comme par exemple la présence de câbles sous-terrains (203).

II.2.1.1. Effectuer l'ouvrage promis

La première obligation du sous-traitant sera bien entendu d'effectuer le travail convenu conformément aux règles de l'art et en respectant les plans et devis préalablement établis.

II.2.1.1.1. Règles de l'art

Pour l'appréciation des « règles de l'art », il est de plus en plus tenu compte des normes techniques, définies par l'Arrêté Loi du 20 septembre 1945 comme « l'ensemble des prescriptions techniques relatives à la forme, la composition, la qualité des produits et marchandises, aux méthodes de calcul, d'essai, de construction, (...) ». Il s'agit en quelque sorte de la « fiche technique » d'un produit ou d'un service (204).

Le non-respect des normes fait présumer un manquement aux règles de l'art et donc une faute dans le chef des professionnels et ce, même à défaut de la moindre référence contractuelle à celles-ci (205). Comme tout entrepreneur, le sous-traitant doit respecter ces règles de l'art; il est tenu de ne pas suivre les instructions de l'entrepreneur principal si elles méconnaissent ces règles (206); s'il veut se dégager de toute responsabilité, alors que l'entrepreneur veut lui imposer une solution inadéquate, il doit refuser son concours ou à tout le moins formuler des réserves expresses (207). Dans cette dernière hypothèse, il ne peut cependant prétendre s'exonérer de sa responsabilité lorsque les vices sont de nature à

(203) Voy. entre autres S. Pourvoeurs, « Principes van aansprakelijkheid van de ondernemer jegens de hoofdaannemer », *Bull. Ass.*, Dossier 4, 1993, p. 31.

(204) Les normes nationales sont élaborées par un établissement public, l'Institut Belge de Normalisation, avec le concours des milieux intéressés et peuvent être homologués par Arrêté Royal. Il faut également tenir compte du développement des normes européennes et internationales.

(205) Voy. entre autres Civ. Liège, 7 novembre 1994, *Amén.*, 1995, p. 40; Bruxelles, 9 février 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12.657.

(206) Voy. Bruxelles, 25 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1272.

(207) Voy. M.A. FLAMMEZ, Ph. FLAMMEZ, A. DELVAUX et F. PORTIER, *op. cit.*, n° 121-123, pp. 114-118, et références citées.

compromettre la stabilité de l'édifice, eu égard au caractère d'ordre public de la responsabilité décennale.

Le respect des normes par le professionnel n'entraîne en revanche pas *ipso facto* une exonération de responsabilité dans son chef. Les magistrats y sont bien entendus sensibles mais peuvent parfaitement retenir une faute nonobstant le respect des normes par le sous-traitant, celles-ci n'édicteant que des conditions minimales (208).

II.2.1.1.2. *Obligation de moyen ou de résultat*

Le caractère déterminé ou non de cette obligation s'analyse *in concreto*, eu égard à la volonté des parties et aux circonstances de fait dans lesquelles l'exécution doit avoir lieu. L'obligation sera dès lors de résultat si l'objectif à atteindre paraît n'être entaché que d'un très faible aléa; si, au contraire, les risques d'échec semblent importants, l'obligation sera de moyens (209).

Le sous-traitant sera-t-il tenu d'une obligation de moyen ou de résultat?

A l'inverse de la jurisprudence française qui impose au sous-traitant une obligation de résultat dont il ne peut s'exonérer qu'en démontrant l'existence d'une cause étrangère libératoire (210), la jurisprudence belge ne semble pas soumettre le sous-traitant à un régime qui dérogerait à celui applicable à tout entrepreneur; il leur appartiendra d'exécuter leur mission avec la compétence et la diligence de tout professionnel placé dans de mêmes circonstances (211).

Cependant, dans la mesure où le sous-traitant pourrait apparaître comme un spécialiste, une obligation de résultat pourrait être mise à sa charge (212).

(208) Voy. entre autres M.A. FLAMME, « Agréer les entreprises ou agréer et contrôler les produits? Ou comment promouvoir la qualité dans la construction : analyse des expériences belges et françaises », *Entr. et dr.*, 1981, pp. 313 et s.

(209) Voy. Cass., 3 mai 1984, *Entr. et dr.*, 1985, p. 132 et avis du procureur général Krings; Liège, 23 octobre 1974, *Entr. et dr.*, 1985, p. 263.

(210) Voy. par exemple Cass. fr. civ., 3 octobre 1985, *J.C.P.*, 1986, II, 20601; M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, « La sous-traitance. Panorama de jurisprudence 1975-1990 », *Entr. et dr.*, 1991, n° 19, p. 19.

(211) Voy. Th. BRAUN, *op. cit.*, n° IV.11.3-8.

(212) Dans certains cas, l'on analyse en effet comme impliquant un résultat les travaux effectués par un entrepreneur spécialiste (voy. par exemple Mons, 16 janvier 1997, *R.D.C.*, 1997, p. 694, obs. J.-L. FAGNART (travaux de démolition); Gand, 15 mai 1985, *Entr. et dr.*, 1996, p. 369, obs. L. TEINTENIER (entretien d'ascenseurs); Mons, 2 juin 1997, *R.G.A.R.*, 1999, 13.177 (entre-prise de nettoyage spécialisé); pour un exemple de sous-traitant spécialiste, voy. Comm.

Notons enfin que même si les aléas sont évidents, rien n'interdit aux parties de stipuler un résultat (213) et que dès lors, 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 moyen et vice versa (214).

II.2.1.1.3. *Obligation d'information*

La jurisprudence a progressivement mis à charge de l'entrepreneur professionnel un véritable devoir de renseignement envers le maître de l'ouvrage (215), devoir d'autant plus rigoureux qu'il aura la qualité de spécialiste (216).

Le sous-traitant revêt fréquemment pareille qualité et se voit tenu d'un devoir d'information, de mise en garde. Il est notamment responsable de la méthode qu'il applique et doit s'informer préalablement de l'environnement dans lequel il sera amené à intervenir (217). Ceci ne revient pas à considérer que s'impose au sous-traitant, en particulier non spécialiste, un devoir de renseignement et de contrôle sur la conception générale de l'entreprise (218).

II.2.1.2. *Respecter les délais fixés*

Le sous-traitant doit effectuer les prestations promises dans les temps convenus ou, en l'absence de stipulation contractuelle pré-

Bruxelles, 26 avril 1991, inédit, cité in M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. PORTIER, *op. cit.*, n° 318, pp. 254-255.

(213) Voy. Liège, 20 novembre 1990, *R.G.A.R.*, 1993, 12.148.

(214) Voy. Comm. Bruxelles, 10 octobre 1990, *Entr. et dr.*, 1993, p. 375; Liège, 15 octobre 1986, *Entr. et dr.*, 1991, p. 403; voy. également L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, *op. cit.*, n° 196, pp. 824-825.

(215) Voy. V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, « Aanprakelijkheid in de bouwsector; alleen voor eigen fout of ook voor fout van anderen? », *Entr. et dr.*, 1984, pp. 23 et s.; M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. PORTIER, *op. cit.*, n° 89-128, pp. 89-118; L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.-A. FORIERS, *op. cit.*, n° 185, pp. 807-809; Voy. également Liège, 21 mai 1970, *Entr. et dr.*, 1971, p. 136 et obs. Th. DELHAYE; Bruxelles, 28 novembre 1980, *Entr. et dr.*, 1981, p. 161 et obs. M. LIEFARD.

(216) Voy. Bruxelles, 21 janvier 1969, *Entr. et dr.*, 1969, p. 219 et obs. M.A. FLAMME; Bruxelles, 3 juin 1976, *Entr. et dr.*, 1977, p. 1 et obs. J. WERY et M. MENESTRAET; Bruxelles, 8 mai 1980, *Entr. et dr.*, 1981, p. 141; Bruxelles, 6 janvier 1979, *Entr. et dr.*, 1979, p. 160, obs. M.F.; Bruxelles, 23 janvier 1986, *R.D.C.*, 1987, p. 532; Mons, 7 mai 1985, *R.G.A.R.*, 1986, 11082.

(217) Voy. Comm. Bruxelles, 26 avril 1991, *Entr. et dr.*, 1992, p. 157; Bruxelles, 19 novembre 1982, *Res et iura in rem*, 1982, p. 295; Bruxelles, 26 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1289; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. PORTIER, *op. cit.*, n° 318, pp. 254-255; L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.-A. FORIERS, *op. cit.*, n° 196, p. 824.

(218) Voy. Cass., 3 février 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 638.

cise, dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances et de la nature du travail (219).

Conformément aux principes généraux du droit des obligations, des dommages et intérêts moratoires ne peuvent être exigés du sous-traitant qu'après sa mise en demeure par l'entrepreneur principal sauf si la convention déroge expressément à cette règle ou si l'exécution ne pouvait avoir lieu qu'à une époque que le débiteur a laissé passer. Soulignons que cette obligation d'effectuer le travail dans le délai convenu s'analyse en une obligation de résultat. Il en résulte, conformément au droit commun, que le sous-traitant ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en établissant une cause étrangère libératoire dans son chef (220).

Notons enfin qu'une clause pénale prévoit parfois une indemnité par jour de retard à charge de l'entrepreneur principal ou du sous-traitant. Nous en avons décrit le régime à l'occasion de l'examen des conséquences de l'autonomie des conventions dans une opération de sous-traitance.

II.2.2. Réception, responsabilité décennale et de droit commun - Renvoi

Le régime de la responsabilité décennale et de la responsabilité contractuelle de droit commun (pour les vices cachés véniels) ne présente guère de différences selon que l'on ait affaire à un contrat d'entreprise ou à un contrat de sous-traitance, puisque ce dernier est considéré comme un entrepreneur à l'égard de son cocontractant, maître de l'ouvrage.

Le sous-traitant est dès lors responsable conformément au droit commun de la responsabilité contractuelle jusqu'à l'agrégation des travaux, laquelle se produit en principe lors de la réception défini-

(219) Sur l'obligation générale de tout entrepreneur de respecter les délais fixés, voy. entre autres M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, op. cit., n° 68, pp. 56-59; M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, op. cit., n° 183-202, pp. 164-177; L. SIMONT, J. DE GAVRES, P.-A. FORNIERS, op. cit., n° 188, pp. 813-814; voy. également Bruxelles, 2 juin 1993, *Res et vara imm.*, 1994, p. 25; Liège, 24 juin 1991, *J.T.*, 1991, p. 698; Comm. Bruxelles, 27 octobre 1978, *Enr.*, et dr., 1979, p. 311.

(220) Voy. à propos de la maladie de l'entrepreneur, Comm. Anvers, 12 déc. 1972, *J.C.B.*, 1973, p. 6; Bruxelles, 2 janvier 1979, *Pas.*, 1979, II, p. 38; à propos des conditions atmosphériques ayant entraîné, non un retard dans l'exécution, mais des dommages aux travaux, J.P. Griegne, 9 janvier 1974, *R.G.A.R.*, 1974, 9241; Civ. Charleroi, 16 mai 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9.583; Bruxelles, 9 février 1982, *Enr.*, et dr., 1983, p. 1, note M.A. FLAMME.

tive des travaux (221), sauf dérogation conventionnelle (222). Après la réception, il ne reste tenu que des défauts et malfaçons cachés au moment des opérations de réception (223). L'entrepreneur de construction et l'architecte demeurent en outre tenus par la responsabilité décennale pour le vices graves, cachés ou apparents, qui peuvent porter atteinte à la solidité ou à la stabilité du bâtiment. A cet égard, nous avons pu observer que contrairement à la solution retenue en France, la Cour de cassation belge affirme le principe de la responsabilité décennale du sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal. Pour le reste, nous nous permettons de renvoyer le lecteur aux très nombreuses études consacrées à la responsabilité des entrepreneurs.

Le point qui suscite en pratique certaines difficultés concerne plus spécialement la réception des travaux sous-traités, en raison de l'autonomie des conventions formant l'opération de sous-traitance. Cette question a été examinée dans la première partie de cette étude.

II.2.3. Sanctions de l'inexécution de la convention de sous-traitance

Le contrat de sous-traitance est un contrat synallagmatique. Dès lors, outre l'exception d'inexécution (224), l'article 1184 du Code civil offre à l'entrepreneur principal, créancier de l'obligation inexécutée, un choix entre demander la condamnation du débiteur à

(221) Le doctrine majoritaire, suivie par la Cour de cassation (Cass., 4 mars 1977, *J.T.*, 1977, p. 621, obs. BREYEREL; Cass., 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1222; Cass., 24 février 1983, *J.T.*, 1983, p. 575) reconnaît à la seule réception définitive un effet d'agrégation des travaux (voy. entre autres H. DE PAGE, op. cit., tome IV, n° 885; L. SIMONT, J. DE GAVRES, P.-A. FORNIERS, op. cit., n° 180, pp. 798-801; P.-A. FORNIERS, « Décharge, réception, quittance », in L. CORNELIS et P. VAN OMMESLAEGHE (dir.), *La fin du contrat*, Bruxelles, éd. A.B.J.E. et Jeune Barreau, 1993, n° 15, p. 123 et n° 53, p. 150; Id., « La responsabilité de l'entrepreneur de construction après réception agrégation », in *Droit de la construction*, Liège, Formation permanente Commission Universités-Palais, vol. XII, Liège, éditions de la C.U.F., 1996, n° 4, p. 171; L. SIMONT, « Observations sur l'évolution des contrats », *J.T.*, 1982, 285, sp. n° 12; A. DELVAUX et D. DESSARD, op. cit., n° 222, p. 176). Contre : M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, op. cit., n° 260 et s., pp. 211 et s.; GLANSDORFF, « La portée de la réception provisoire quant à l'agrégation des travaux », note sous Cass., 16 octobre 1969, *R.C.J.B.*, 1971, p. 406.

(222) Les règles ainsi énoncées par la Cour de cassation sont supplémentaires; il est permis aux parties de convenir que l'agrégation des travaux se fera lors de la réception provisoire (voy. Cass., 24 février 1983, *R.C.J.B.*, 1985, p. 400, note J.H. HEARONS; Bruxelles, 15 février 1988, *R.G.D.C.*, 1990, p. 309; Civ. Liège, 13 octobre 1988, *J.L.M.B.*, 2000, p. 167).

(223) Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRES et P.-A. FORNIERS, op. cit., n° 192, p. 818.

(224) Sur l'exception d'inexécution, voy. récemment B. DUBUSSON et J.-M. TRICHAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », in M. FONTAINE et G. VINET, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruxelles et Paris, Bruyant et L.C.D.J., 2001, pp. 57 et s.

l'exécution, forcée si nécessaire, de l'obligation ou demander au juge qu'il prononce la résolution pour inexécution fautive du débiteur (éventuellement assortie de dommages-intérêts si la résolution ne suffit pas à réparer le dommage résultant de l'inexécution du débiteur) (225).

Si l'entrepreneur principal choisit de demander au juge la prononciation de la résolution, ce dernier a un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de mettre fin au contrat. Il peut donner un délai au sous-traitant pour qu'il s'exécute; il peut maintenir le contrat en décidant que l'entrepreneur aurait dû choisir l'exécution forcée plutôt que la résolution. En particulier, la Cour de cassation a décidé que la résolution ne pouvait être prononcée que si la manquement est suffisamment grave (226).

Pour écarter ce pouvoir d'appréciation judiciaire quant à l'opportunité de prononcer la résolution demandée, les parties peuvent convenir d'une clause résolutoire expresse ou pacte commissaire exprès (227). Par cette clause, les parties prévoient dans le contrat que, en cas d'inexécution fautive par le sous-traitant, l'entrepreneur principal aura le droit de déclarer lui-même la résolution du contrat, sans devoir passer devant un juge (228). Dans ce cas, il n'y a pas de contrôle *a priori* du juge. En revanche, il peut y avoir place pour un contrôle *a posteriori* sur la légalité de la mise en œuvre de la

(225) A cet égard, voy. récemment S. STUJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre. Rapport belge », in M. FONTAINE et G. VINÉY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2001, pp. 513 et ss.; Id., « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in P.-A. FOUERIS, *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. Jeanne Barrou, 2000, pp. 375 et s.

(226) Voy. entre autres Cass., 15 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 362. En revanche, si l'entrepreneur demande l'exécution des obligations, le juge n'a pas en principe le pouvoir de lui imposer la résolution du contrat, sauf si le juge peut justifier que dans les circonstances de l'espèce, le choix pour l'exécution plutôt que la résolution du contrat est constitutif d'un abus de droit dans le chef de l'entrepreneur principal (voy. par exemple Cass., 8 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 495; civ. Bruxelles, 26 juin 1989, *Res et Jur. Int.*, 1991, p. 115; civ. Turnhout, 21 janvier 1988, *Turnh. Rechtsb.*, 1992, p. 115; civ. Anvers, 26 février 1981, *Pas.*, 1982, II, p. 45 (désistons atténués par L. SIMONET, J. DE GAVIER et P.-A. FOUERIS, *op. cit.*, n° 191, p. 818).

(227) Sur le régime général de ces clauses, voy. V. PIRSOX, « Les clauses relatives à la résolution des contrats », in P. WERY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, 2001, pp. 93 et s.

(228) Les parties pourraient également insérer dans leur convention une clause d'*anticipatory breach*, ou de « contrevention anticipée », qui peut notamment prévoir la résolution et anticiper le contrat lorsqu'il paraît évident que le cocontractant n'exécutera pas dans l'avenir ses obligations. Sur ces clauses, voy. M. VANWICK-ALEXANDRE, « Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution. Les clauses d'*anticipatory breach*' ou d'*inexécution anticipée* », in P. WERY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, 2001, pp. 187 et s.

clause : le juge pourrait être saisi par le sous-traitant qui prétendrait qu'il n'était pas en état d'inexécution fautive et que l'entrepreneur a donc déclaré à tort la résolution. Le juge vérifiera si les conditions étaient réunies pour pouvoir invoquer la clause.

En outre, même en l'absence de toute clause résolutoire expresse insérée dans la convention de sous-traitance, la jurisprudence (229) admet désormais que le créancier, victime d'une inexécution suffisamment grave du contrat, puisse, après mise en demeure préalable, déclarer unilatéralement la convention résiliée lorsque le sous-traitant, juge d'accorder un dernier délai a perdu toute signification (ce qui est notamment le cas en situation d'urgence, lorsque toute confiance entre parties a disparu, lorsque l'exécution du contrat est devenue impossible,...) et ce, sous réserve d'un contrôle judiciaire *a posteriori* tel que décrit ci-dessus.

Quant aux effets de la résolution, observons enfin qu'il est fait, en matière de contrat d'entreprise sous-traitée, exception à la règle de la rétroactivité. En effet, s'agissant en principe d'un contrat comportant des obligations à exécution successive, la résolution de la convention n'opérera que pour l'avenir (*ex nunc*), à condition que les prestations réalisées en exécution de la convention ne soient pas susceptibles d'être restituées (230).

(229) Voy. par exemple, en matière de contrat d'entreprise, Liège, 6 décembre 1985, *R.R.D.*, 1987, p. 11, note M. BOURNAMIE (entaction d'ascenseurs). Pour d'autres illustrations récentes, voy. entre autres S. STUJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, n° 147, pp. 740-741; S. STUJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre », in M. FONTAINE et G. VINÉY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2001, n° 37, p. 564 (spéc. note 243).

(230) Voy. également la jurisprudence citée par S. STUJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, n° 156, p. 744. En cas de contrat à exécution successive, la résolution ne rétroagit pas à la formation de la convention : ses effets remontent à la demande en justice (voy. Cass., 29 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1199; concl. DECLEERCQ). La Cour de cassation assortit toutefois cette règle d'exceptions : la résolution d'un contrat à prestations successives peut rétroagir avant la demande en justice (« (...) à partir du moment où l'exécution du contrat n'est plus poursuivie et où, dès lors, il n'y a pas lieu à restitution » (Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 616); les effets de la résolution peuvent en outre être reportés après la demande en justice lorsque les prestations effectuées après cette demande ne sont pas susceptibles de restitutions (Cass., 10 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 443). Pour un commentaire de cette jurisprudence et de ses critiques, voy. entre autres P.-H. DELVAUX, « Les effets des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », in M. FONTAINE et G. VINÉY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2001, pp. 669 et s. Sur les effets de la dissolution ex tunc, voy. T. STAVRO-SIEMETS, « Effets de la dissolution ex tunc », in *La fin du contrat*, Liège, Ed. Formation Perma-nente Commission Universitäts Palais, vol. 51, 2001, pp. 193 et s.

Mais la résolution n'est pas la seule possibilité offerte au créancier de l'obligation inexécutée; l'article 1184 du Code civil lui laisse un choix de sorte qu'il pourra demander que l'exécution en nature soit poursuivie. Pour assurer l'exécution de la condamnation, le créancier peut solliciter du juge le prononcé d'une astreinte, dont le montant élevé permettra souvent de venir à bout des résistances du débiteur condamné (231).

Cependant, en matière de contrat d'entreprise, l'urgence des solutions imposées par la pratique est rarement compatible avec les délais qui sont applicables en cas d'action en exécution forcée ou en résolution judiciaire du contrat (232).

Les articles 1143 et 1144 du Code civil consacrent certes le remplacement judiciaire, palliatif à l'exécution en nature des obligations : le juge condamne le débiteur à exécuter son obligation en nature, mais précise que, passé un certain délai, le créancier sera autorisé à effectuer lui-même ou à faire exécuter par autrui cette prestation aux frais de son débiteur (233). La nécessité d'une autorisation judiciaire n'est toutefois pas de nature à rencontrer l'impératif de célérité énoncé ci-dessus et les parties n'auront pas toujours pensé à insérer dans leur contrat une clause de remplacement ou d'exécution d'office (234). Pour contourner cet obstacle, la jurisprudence admet, à certaines conditions, que le créancier puisse faire l'économie d'un recours judiciaire en se remplaçant unilatéralement (235).

(231) Voy. entre autres I. MOREAU-MAROBREV, « L'astreinte », *Ann. Dr. Liège*, 1982, pp. 1 et ss.; J. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, Coll. *Rép. not.*, t. 13, livre 4, titre 6, Bruxelles, Lariciér, 1992.

(232) Voy. B. LOUVEAUX, « La faculté de remplacement », note sous Comm. Charleroi, 15 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 310.

(233) Sur l'exécution en nature des obligations et le remplacement judiciaire, voy. P. WÉRY, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », in *Les obligations contractuelles*, op. cit., pp. 341 et ss.; Id., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993 et réf. citées.

(234) Sur le régime juridique de cette clause, voy. P. WÉRY, « Les clauses relatives au remplacement du débiteur défaillant », in P. WÉRY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, pp. 229 et s.

(235) Voy. notamment, pour le contrat d'entreprise, Bruxelles, 10 juillet 1950, *J.T.*, 1951, p. 9; Gand, 15 décembre 1971, *Éjur.*, et *dr.*, 1973, p. 22, obs. Th. DELAHAYE; Bruxelles, 13 mars 1978, *J.T.*, 1978, p. 569; Liège, 6 décembre 1985, *R.R.D.*, 1987, p. 11, note M. BOURMANN; Liège, 24 juin 1991, *J.T.*, 1991, pp. 696; Gand, 12 novembre 1992, *Éjur.*, et *dr.*, 1983, p. 237, obs. M. DEVROY; Comm. Bruxelles, 7 avril 1977, *J.C.B.*, 1977, p. 635; Comm. Bruxelles, 18 octobre 1977, *J.C.B.*, 1978, p. 200; Comm. Bruxelles, 26 juin 1979, *Éjur.*, et *dr.*, 1980, p. 102; Comm. Audenarde, 24 juin 1980, *Éjur.*, et *dr.*, 1981, p. 236 et note ABBAHOOS; Comm. Tournai, 9 septembre 1980, *Éjur.*, et *dr.*, 1981, p. 282 et note M. DEVROY; Comm. Charleroi, 21 avril 1977,

La dispense d'un recours préalable à justice se fait aux risques et périls de l'entrepreneur principal en cas de désaveu ultérieur. Les conditions du remplacement unilatéral non judiciaire sont proches de celles, décrites ci-dessus, de la résolution non judiciaire (236).

Ainsi, comme le précise le tribunal de commerce de Charleroi, « (...) la faculté de remplacement requiert deux conditions de fond (un manquement grave ou une défaillance flagrante ou avouée et l'urgence d'une solution rapide) et la prise de toutes mesures utiles à la sauvegarde des droits de la défense de manière à permettre un contrôle efficace a posteriori (telles que la constatation judiciaire ou contradictoire de l'état des travaux, la mise en demeure (du sous-traitant) d'avoir à remédier aux défauts dénoncés, l'octroi à celui-ci d'un délai raisonnable pour s'exécuter, l'exercice du remplacement seulement après l'expiration du délai imparti, l'avertissement du défaillant de son remplacement effectif afin qu'il ne prenne plus de disposition pour encore tenter d'exécuter le contrat) » (237).

Dès lors, en cas de manquement grave du sous-traitant (238), lorsque l'urgence exige que les travaux soient poursuivis sans attendre l'issue du procès, l'entrepreneur principal peut, après avoir mis son sous-traitant en demeure de remédier aux malfaçons et fait constater l'état d'exécution des travaux et la gravité des vices par

Éjur., et *dr.*, 1978, p. 136, note Ph. FLAMME; Comm. Charleroi, 15 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 306, note B. LOUVEAUX.

(236) En particulier, l'exigence d'une solution rapide ainsi que la mise en demeure préalable du débiteur, sous réserve de l'hypothèse dans laquelle ce dernier ne peut plus utilement s'exécuter. A cet égard, il n'est d'ailleurs par rare que le maître de l'ouvrage fasse un usage simultané de ces deux facultés, sollicitant la résolution après avoir eu recours au remplacement unilatéral du débiteur défaillant (voy. par exemple Liège, 6 décembre 1995, *R.R.D.*, 1987, p. 11, note M. BOURMANN; Civ. Mons, 26 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1537). En revanche, si l'article 1184 du Code civil impose que le manquement du débiteur présente un certain degré de gravité, l'utilisation de l'article 1144 du Code civil ne devrait pas requérir pareille condition : le remplacement, même unilatéral, constitue un palliatif à la condamnation du débiteur à l'exécution en nature, laquelle suppose la seule inexécution de l'obligation contractée (la jurisprudence ne semble pas se rallier à cette opinion, vérifiant si le manquement du débiteur est d'une gravité identique à celle ouvrant la voie de la résolution du contrat; voy. S. STIENS, D. VAN GRUYEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, n° 100, p. 733).

(237) Comm. Charleroi, 15 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 306, note B. LOUVEAUX. L'entrepreneur principal, qui se remplace est en effet tenu de limiter le dommage qui s'ensuivra pour le sous-traitant défaillant (voy. R. KURTHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass., 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, n° 27, p. 39).

(238) L'acceptation au droit belge de la doctrine dite de l'« anticipatory breach » pourrait permettre d'étendre la faculté de remplacement unilatéral aux hypothèses dans lesquelles le manquement du sous-traitant n'est pas seulement consommé, mais également prévisible (voy. M. VANWILCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belges et français face à la doctrine de l'« anticipatory breach » de la common law*, Liège, Coll. Scientifique de la Faculté de droit, n° 46, 1982, p. 242, pp. 510-511).

procès verbal contradictoire ou par expert désigné en référé, faire exécuter le travail par un tiers aux frais du sous-traitant. Les suppléments de prix éventuels seront bien entendus mis à charge du sous-traitant défaillant, sauf à démontrer que les travaux auraient été facturés à des prix surfaits ou excédant les normes habituelles en la matière (239).

En toute hypothèse, si pareille possibilité ne s'offre pas à lui parce que les conditions n'en sont pas remplies, l'entrepreneur peut toujours recourir contre son sous-traitant qui a commis une faute dans l'exécution de ses obligations.

II.3. - Responsabilité délictuelle

Pour terminer cette étude, nous souhaiterions décrire succinctement les hypothèses dans lesquelles la responsabilité aquilienne de l'entrepreneur principal d'une part, du sous-traitant d'autre part, peut être engagée.

II.3.1. Responsabilité délictuelle de l'entrepreneur principal

Si la responsabilité délictuelle de l'entrepreneur principal est formellement engagée pour des fautes qui lui sont directement imputables, en revanche, il pourra difficilement être tenu, sur le fondement de la responsabilité aquilienne, des fautes commises par les sous-traitants auxquels il a confié une partie de l'exécution de l'ouvrage.

II.3.1.1. Responsabilité pour faute personnelle

Le maître de l'ouvrage ne pourra assigner l'entrepreneur que pour autant que les conditions permettant un cumul de la responsabilité contractuelle et quasi-délictuelle sont remplies. Les tiers, eux, ne sont pas soumis au respect de ces exigences.

II.3.1.1.1. A l'égard du maître de l'ouvrage

Le maître de l'ouvrage, cocontractant de l'entrepreneur, ne pourra choisir la voie de la responsabilité délictuelle que dans les strictes limites tracées par la jurisprudence de la Cour de cassation.

(239) Voy. par exemple Comm. Charlevoi, 21 avril 1977. *Empr. et dr.*, 1978, p. 136.

Il s'agit du problème classique de l'option des responsabilités contractuelle et délictuelle.

Par conséquent, outre le cas particulier de l'infraction pénale, le maître de l'ouvrage ne pourra agir en responsabilité délictuelle que s'il démontre avoir subi un dommage distinct de celui qui résulte de l'inexécution du contrat et s'il est établi que l'entrepreneur a violé une obligation qui s'impose à tous, indépendamment du contrat (240).

Dans ces conditions, il est particulièrement malaisé pour le maître de l'ouvrage d'asseoir ses revendications sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. La faute de l'entrepreneur à son égard constituera rarement un manquement à des obligations autres que celles qui découlent du contrat d'entreprise. Quelques rares décisions imputent à l'entrepreneur la violation d'obligations qui s'imposent à tous (241).

II.3.1.1.2. A l'égard des tiers

A l'égard des tiers au contrat, l'entrepreneur principal répond bien entendu de ses fautes délictuelles ou quasi-délictuelles (242); les conditions pour que se pose la question de l'option des responsabilités ne sont pas remplies, puisque la victime n'est plus le cocontractant envers lequel l'obligation inexécutée a été contractée (243).

Toutefois, le tiers ne pourra se satisfaire de la simple violation d'une obligation contractuelle pour engager la responsabilité acqui-

(240) Voy. Cass., 7 décembre 1973, *Pess.*, 1974, I, p. 376 (cet arrêt historique envisage uniquement la situation du préposé ou de l'agent d'exécution du débiteur, mais sa portée s'étend à l'obligé au débiteur in-même, ainsi que le confirma la Cour dans ses arrêts ultérieurs); Cass., 14 octobre 1985, *Pess.*, 1986, I, p. 155; Cass., 9 novembre 1987, *Pess.*, 1987, I, p. 296; Cass., 23 mai 1997, *Pess.*, 1997, I, p. 553. Parmi la doctrine abondante à ce sujet, voy. notamment, P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle à la lumière de la jurisprudence récente », *R.G.D.C.*, 1998, pp. 81 et s. et les références citées, ainsi que les intéressantes comparaisons de A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « Concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle du fait des choses », in *Libet Amicorum Yvelle Merchiers*, Bruges, Die Keure, 2001, pp. 227 et s.

(241) Voy. par exemple Cass., 5 février 1991, *Pess.*, 1991, I, p. 613; Liège, 25 mars 1985, *Triest*, *op. cit.*, n° 460, p. 396.

(242) Notons que le principe général de la relativité des conventions interdit à l'entrepreneur d'apposer un tiers une exception (telle l'expiration du délai décennal) tirée du contrat (voy. les références citées par L. SIMONET, J. DE GAVRE et P.-A. FORNIERS, *op. cit.*, n° 193, pp. 820-821).

(243) C'est l'absence de cette condition qui permet de comprendre plusieurs arrêts de la Cour suprême; voy. Cass., 11 juin 1981, *Pess.*, 1981, I, p. 1159; Cass., 14 octobre 1985, *Bull. et Pess.*, 1986, p. 155; Cass., 21 janvier 1988, *Pess.*, 1988, I, p. 602; Cass., 25 octobre 1990, *Bull. et Pess.*, 1991, p. 210.

lienne de l'entrepreneur. Il faut que la méconnaissance d'une disposition contractuelle constitue également un manquement au devoir général de prudence qui s'impose à tous ou à une norme de comportement établie par la loi (244) : il convient de vérifier que les prétentions du tiers ont bien une source juridiquement différente du contrat, même si c'est l'inexécution de ce contrat qui est, en réalité, la cause de son dommage (245).

L'entrepreneur peut également être rendu responsable du dommage causé à un tiers par le vice d'une chose dont il avait la garde (article 1384, alinéa 1^{er} du code civil) (246).

Pour des illustrations - nombreuses - de situations dans lesquelles la responsabilité aquilienne d'un entrepreneur a pu être mise en cause par des tiers au contrat, l'on pourra notamment consulter les chroniques de jurisprudence les plus récentes relatives au contrat d'entreprise (247).

II.3.1.2. Responsabilité du fait d'autrui à l'égard des tiers

Le principe général de responsabilité contractuelle du fait d'autrui suppose l'existence d'une convention.

Aussi la situation de l'entrepreneur quant aux dommages causés en raison de la faute du sous-traitant est-elle bien différente du point de vue de sa responsabilité non plus vis-à-vis du maître de l'ouvrage mais vis-à-vis des tiers; dans ce dernier cas en effet, il n'est pas tenu des fautes imputables à son sous-traitant (248) car les conditions d'application de l'article 1382 du Code civil exigent en

(244) Voy. Cass., 26 mars 1992, *Pez.*, 1992, I, p. 676; Cass., 20 juin 1997, *Pez.*, 1997, I, p. 708.

(245) Voy. X. DUBUX et D. WILLERMAIN, « La responsabilité civile du prestataire de services à l'égard des tiers », in *Les contrats de service*, Bruxelles, éd. J. De Gaver, 1994, p. 214. Sur la notion de « coexistence » des responsabilités, voy. également P. WASY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente », *R.G.D.C.*, 1998, pp. 98-102.

(246) Sur les questions que pose cette responsabilité, voy. les développements (et illustrations) de M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. PORTIER, *op. cit.*, n° 474 et s., pp. 409 et s.

(247) Voy. M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. PORTIER, *op. cit.*, n° 461-481, pp. 396-418; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORNIERS, *op. cit.*, n° 193, pp. 821-822.

(248) Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.-A. FORNIERS, *op. cit.*, n° 195, p. 824; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. PORTIER, *op. cit.*, n° 297, pp. 240-241, n° 324, p. 362. Voy. également Bruxelles, 3 octobre 1988, *R.G.A.R.*, 1989, II, 583; Liège, 31 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1298; Bruxelles, 9 février 1982, *J.F.*, 1982, p. 816; Arrers, 13 mai 1997, *Entr. et dr.*, 1998, p. 366; Liège, 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 382; Liège, 31 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1298; Comm. Liège, 21 février 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 662.

effet que le tiers préjudicié fasse la preuve d'une faute personnelle dans son chef.

Quant à la responsabilité de l'entrepreneur du fait de ses préposés (249), elle ne peut trouver application dans la mesure où, comme nous l'avons montré, le sous-traitant ne se trouve pas dans un lien de subordination par rapport à l'entrepreneur et n'est donc pas en principe un préposé de ce dernier. Rappelons cependant que la notion de préposition au sens de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil consiste en une subordination de fait : il suffit que le commettant ait l'autorité, la surveillance, le contrôle du préposé, même en l'absence de tout contrat (250). Exceptionnellement donc, l'on pourrait découvrir, au vu des circonstances de fait, pareil lien de subordination dans le chef du sous-traitant, mais cela pourrait entraîner nous semble-t-il, la disqualification du contrat d'entreprise en contrat de travail (251).

II.3.2. Responsabilité délictuelle du sous-traitant

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1973 (252), l'agent d'exécution d'un contrat n'est plus considéré comme un tiers par rapport au contrat principal. L'action en responsabilité délictuelle n'est ouverte au maître de l'ouvrage que dans de strictes conditions, que nous avons énoncées précédemment : la responsabilité du sous-traitant ne peut être engagée que si la faute qu'il lui est imputée constitue la violation non d'une obligation contractuelle 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. Nous avons toutefois observé que la doctrine recherchait plusieurs fondements visant à écarter cette difficulté, par la transmission au maître de l'ouvrage des actions (en particulier, les

(249) Pour une étude très fouillée de la question, voy. P. HENRY et V. d'HAERT, « La responsabilité du commettant et la sous-traitance », *Act. dr.*, 1992, pp. 177 et s.

(250) Voy. R.O. DALCO, « Traité de la responsabilité civile », in *Les nouvelles*, tome I, n° 1784 et s.

(251) Patrick HENRY et Véronique d'HAERT (*op. cit.*, p. 187), nuancent quelque peu ce propos, estimant que dans certains types de contrats d'entreprise, tel par exemple, le contrat en régie, « (...) tout est une question d'analyse précise du fait. Il faut à propos de chaque opération déterminer qui avait autorité sur l'accomplissement proprement dit de l'acte. On peut ainsi être un vrai sous-traitant pour l'accomplissement de l'essentiel de sa mission mais devenir un préposé momentanément (occasionnel), pour l'accomplissement de tel acte particulier ».

(252) Cass., 7 décembre 1973, *Pez.*, 1974, I, p. 376.

actions en responsabilité contractuelle) que détient l'entrepreneur principal vis-à-vis du sous-traitant.

Enfin, à l'égard des tiers à l'opération de sous-traitance, l'agent d'exécution engagera sa responsabilité délictuelle en raison de ses fautes personnelles (article 1382 du Code civil) ou de celles de ses ouvriers (article 1384, alinéa 4 du Code civil). En effet, la Cour de cassation (253) a eu l'occasion de préciser que les préposés et agents d'exécution ne jouissent pas, envers les tiers, de l'immunité civile sur laquelle débouche l'application de l'arrêt du 7 décembre 1973 aux relations entre créancier et agent d'exécution ou préposé de son débiteur (254).

Bref, dans cette hypothèse, la situation du sous-traitant n'est pas différente de celle de l'entrepreneur principal, décrite ci-dessus.

(253) Cass., 25 octobre 1990, *Bull. et Pas.*, 1991, p. 210.

(254) Voy. P. VAN ONSELAERE, « L'exécution des contrats de services par autrui », in *Les contrats de service*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1994, p. 265.