

SOMMAIRE

- L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution, par J. Cabay 765
- Droits de l'homme et libertés fondamentales - Liberté de conviction et de religion (article 9, Conv. eur. dr. h.) - Droit à une éducation conforme à ses convictions philosophiques et religieuses (article 2, protocole n° 1) - Devoir de neutralité de l'État dans le domaine de l'éducation - Exposition obligatoire d'un crucifix dans les salles de classe - Violation des droits fondamentaux précités.
(C.E.D.H., 2^e sect., 3 novembre 2009, note) 775
- I. Conflit d'attribution - Recevabilité du recours - Décision du Conseil d'État se déclarant incompétent pour annuler l'acte de la partie adverse - Intérêt de la partie adverse contestant cette incompétence - Mission de la Cour de cassation - II. Compétence du Conseil d'État - Recours en annulation d'une décision instituant une amende administrative - Recours de plein exercice.
(Cass., ch. réun., 15 octobre 2009, conclusions de l'avocat général D. Thijs et note) 777
- Successions - Usufruit du conjoint survivant - Biens en nue-propiété - Usufruit dit « éventuel » - Thèse rejetée.
(Bruxelles, 7^e ch. S, 25 juin 2009, observations de D. Sterckx) 778
- Cours et tribunaux - Compétence - Tribunal d'arrondissement - Intervention en degré d'appel - Appel d'une décision du juge de paix (art. 639, al. 4, C. jud.) - Application au tribunal de première instance siégeant comme juge d'appel des décisions du tribunal de police (non).
(Trib. arrond. Bruxelles, 29 juin 2009, observations de G. Closset-Marchal) 781
- Chronique judiciaire :
Bibliographie - Coups de règle.

DOCTRINE

L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution^(*)

LA POSITION du maître de l'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant semblait désespérée et la voie sans issue. Elle était sans doute injuste, mais correspondait à la stricte application des règles du droit positif. C'était avant l'entrée en scène d'un deus ex machina. En effet, en autorisant par un arrêt du 18 mai 2006 l'action du maître de l'ouvrage contre le fournisseur de son entrepreneur, la Cour de cassation a posé un jalon permettant un dénouement favorable à une situation qui paraissait inextricable. Replacée dans son contexte juridique, la position de la Cour de cassation livre en outre en filigrane deux éléments augurant une nouvelle solution : les notions de groupe de contrats et d'action directe.

1

Introduction

La situation du maître de l'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant continue de susciter des controverses. On ne compte plus le nombre d'études sur le sujet, usant de toujours plus de raffinements à la recherche d'une solution. Jamais jusqu'à présent une réponse satisfaisante n'a pourtant pu être apportée.

Deux arrêts relativement récents ont alimenté le débat et laissé entrevoir de nouvelles possibilités. Rendus respectivement par la Cour de cassation le 18 mai 2006¹ et par la Cour d'arbi-

trage (aujourd'hui Cour constitutionnelle) le 28 juin 2006², le premier autorise l'action du maître de l'ouvrage contre le fournisseur de son entrepreneur tandis que le second refuse pareille action à l'encontre du sous-traitant.

Si la problématique vaut la peine d'être analysée une nouvelle fois, c'est qu'il semble que des enseignements de l'arrêt de la Cour de cassation, il soit possible de tirer des conséquences qui vont bien plus loin que ce qui y est énoncé explicitement. La mise en regard de cet arrêt avec celui de la Cour d'arbitrage met par ailleurs à mal la motivation de ce dernier, réduisant considérablement sa force de persuasion. De nouvelles perspectives s'offrent ainsi, permettant d'envisager l'avènement d'une solution.

Après avoir exposé brièvement la problématique de base et le cadre juridique dans lequel

(*) Cette étude constitue une version abrégée et remaniée d'un mémoire de fin d'études présenté en vue de l'obtention du diplôme de maîtrise en droit de l'Université libre de Bruxelles, intitulé « L'action contractuelle du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : commentaire des arrêts de la Cour de cassation du 18 mai 2006 et de la Cour d'arbitrage du 28 juin 2006 ». Elle est également épurée d'un certain nombre de références.

(1) R.W., 2007-2008, pp. 147 et s., note N. CARETTE, « Rechtstreekse contractuele aanspraak voor de opdrachtgever tegen de leverancier van zijn aannemer », concl. av. gén. G. Dubrulle, T.B.O., 2006, pp. 128 et s.,

note W. GOOSSENS, « De contractuele vordering in het kader van een koopovereenkomst gaat als kwalitatief recht over op de opdrachtgever van de koper/aannemer van werk », NjW, 2006, p. 608, note K. VANHOVE.
(2) R.G.D.C., 2007, pp. 287 et s., note O. JAUNIAUX, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : les convoyeurs attendent toujours », J.L.M.B., 2007, pp. 184 et s., obs. E. MONTERO, « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ».

elle s'insère (2), nous analyserons les deux arrêts précités afin d'en tirer de premières conclusions (3). Nous évoquerons ensuite les différentes solutions proposées pour justifier l'action contractuelle directe et pour démontrer en quoi ces solutions ne sont pas efficaces (4). Nous tenterons enfin d'expliquer pourquoi doctrine et jurisprudence se sont majoritairement ralliées à l'une de ces théories dans un cadre plus restreint (5) avant d'esquisser une solution alternative basée sur l'idée de groupe de contrats et d'action directe (6).

2

Problématique de base et cadre juridique

1. La situation est la suivante : un maître de l'ouvrage conclut un contrat d'entreprise avec un entrepreneur, lequel sous-traite une partie du travail à un sous-traitant. Dans quelle mesure le maître de l'ouvrage peut-il agir contre ce sous-traitant en cas de défaillance?

Le cadre théorique dans lequel s'insère cette problématique est clairement délimité. D'un côté, le principe de relativité énoncé par l'article 1165 du Code civil empêche toute action contractuelle du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant dès lors qu'il n'existe aucun lien contractuel entre eux. L'un pour l'autre, ils sont des tiers. D'un autre côté, le célèbre arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1973 entrave largement la possibilité d'agir sur une base quasi délictuelle, dès lors qu'il soumet l'action extracontractuelle contre l'agent d'exécution à la double condition que la faute constitue « la violation, non de l'obligation contractuelle, mais d'une obligation s'imposant à tous » et qu'elle ait causé « un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat »³.

La combinaison du principe de relativité avec la jurisprudence de la Cour conduit donc à une véritable « immunité des agents d'exécution » dont bon nombre d'auteurs ont dénoncé le caractère inique⁴. Cette immunité s'est renforcée dans la jurisprudence de la Cour qui, d'une part, a confirmé l'impossibilité d'agir sur une base contractuelle par deux arrêts du 15 septembre 1977⁵ et du 13 avril 1984⁶ et, d'autre part, malgré certains errements⁷, a maintenu sa

jurisprudence de 1973 qui s'est désormais imposée au sein des juridictions de fond⁸. Elle a même réitéré les conditions de cet arrêt à la situation factuelle inverse, soit à l'action de l'agent d'exécution⁹.

3

Jurisprudence récente des Cours suprêmes

A. L'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006

2. Dans cet arrêt, la Cour était saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 22 janvier 2003 qui avait condamné *in solidum* le fournisseur de l'entrepreneur avec ce dernier à rembourser au maître de l'ouvrage le coût de travaux de réfection rendus nécessaires en raison d'une anomalie des matériaux fournis (des plaques d'égouts et des margelles métalliques). La cour d'appel avait estimé que le fournisseur était tenu à l'égard du maître de l'ouvrage sur la base de son devoir de garantie, qui lui avait été transmis à titre d'accessoire de la chose.

L'unique moyen invoquait, d'une part, que l'article 1615 du Code civil, suivant lequel l'obligation de délivrer une chose s'étend à ses accessoires, ne trouve pas à s'appliquer à un contrat d'entreprise entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur et, d'autre part, que la décision par laquelle il est dit que le maître de l'ouvrage peut se retourner contre le fournisseur sur la base de la garantie des vices cachés dès lors que celle-ci a été transférée par l'entrepreneur au maître, ne constitue pas une réponse en droit¹⁰.

La Cour a rejeté le moyen en énonçant que « le droit à garantie de l'acheteur initial à l'égard du vendeur constitue un accessoire de la chose, qui est vendu avec la chose aux acheteurs successifs. La circonstance que la chose viciée est livrée par un entrepreneur à son commettant dans le cadre d'un contrat d'entreprise ne dispense pas le vendeur initial de son obligation de garantie à l'égard de cet usager final. Le commettant, tout comme le sous-acquéreur, dispose de tous les droits et actions liés à la chose qui appartenait à l'acheteur initial ».

3. La Cour de cassation a ainsi répondu par l'affirmative à la question longtemps controversée de savoir si le maître de l'ouvrage dispose d'une action contractuelle directe en garantie à l'encontre d'un fournisseur de son entrepreneur¹¹, ce en énonçant, selon les commentateurs néer-

landophones, un principe clair¹² : « de automatische overgang van accessoire rechten geldt bij eigendomsverrijging onder bijzondere titel »¹³. Ce faisant, elle soumet le contrat d'entreprise au régime qu'elle avait instauré pour les ventes successives par un arrêt du 5 décembre 1980¹⁴. En l'espèce, la Cour avait décidé que le sous-acquéreur pouvait exercer directement l'action en garantie d'éviction contre le vendeur initial, celle-ci constituant un accessoire de la chose revendue au sens de l'article 1615 du Code civil¹⁵. Pour appliquer cette solution au contrat d'entreprise, la Cour abandonne le recours à cette disposition, propre à la vente, pour se référer au principe plus général dont elle ne serait qu'une application, à savoir la règle *accessorium sequitur principale*¹⁶. Nous verrons plus loin que ce fondement n'est pas à l'abri de toute critique (voy. *infra*).

B. L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 28 juin 2006

4. La cour d'appel de Bruxelles, dans deux arrêts rendus les 6 octobre 2005 et 8 décembre 2005, a interrogé à titre préjudiciel la Cour d'arbitrage en ces termes : « l'article 1798 du Code civil tel que modifié par la loi du 19 février 1990 qui accorde au sous-traitant une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage ne crée-t-il pas une discrimination inconstitutionnelle (articles 10 et 11 de la Constitution) envers le maître de l'ouvrage qui ne dispose pas de pareils recours à l'encontre du sous-traitant? »¹⁷.

La Cour a répondu par la négative, au terme d'un raisonnement en quatre étapes¹⁸.

Premièrement, elle se réfère aux travaux préparatoires de la loi du 19 février 1990 complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, et rappelle l'objectif de celle-ci, à savoir accorder une « protection particulière [au sous-traitant] en tant que partie considérée comme la plus faible ».

Deuxièmement, elle constate la différence de traitement entre le sous-traitant et le maître de

(12) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 148, n° 1; K. VANHOVE, *op. cit.*, p. 608; W. GOOSSENS, *op. cit.*, p. 129, n° 4.

(13) « La transmission automatique des droits accessoires vaut pour chaque transfert de propriété à titre particulier » (traduction libre), N. CARETTE, *op. cit.*, p. 150, n° 8.

(14) *Pas.*, 1981, I, 398. La garantie dont question était la garantie d'éviction, mais il a été immédiatement souligné que la même solution devait s'appliquer pour la garantie des vices cachés et la garantie décennale : voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1976 à 1980) – Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1985, p. 163, n° 46.

(15) L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen (1976 à 1980) », *op. cit.*, p. 163, n° 46.

(16) En ce sens, N. CARETTE, *op. cit.*, p. 150, n° 7; *contra*, F. GLANSORFF, « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amorce d'une solution », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 553, n° 6, note 41.

(17) Bruxelles, 6 octobre 2005, en cause *s.p.r.l. L c. Met M*, R.G. n° 1998/AR/2597 et 8 décembre 2005, *s.p.r.l. L c. M*, R.G. n° 1999/AR/430, cité par R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », in *Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège, le 31 mai 2006*, Liège, éditions du Jeune barreau de Liège, 2006, p. 133, n° 14.

(18) Nous repreneons ici la subdivision de l'arrêt proposée par O. JAUNIAUX, *op. cit.*, p. 291, n° 3.

(3) *Pas.*, 1974, I, 378.

(4) Voy. notamment R.O. DALCQ et F. GLANSORFF, « Responsabilité aquilienne et contrats », note sous Cass., 7 décembre 1973, *R.C.J.B.*, 1976, p. 29, n° 11; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. POTTIER, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Les dossiers du J.T., n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 279, n° 338; E. MONTERO, « La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage », *R.G.A.R.*, 1989, 11445, n° 22; P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente », *R.G.D.C.*, 1998, p. 95, n° 14.

(5) *R.C.J.B.*, 1978, p. 426, note R.O. DALCQ et F. GLANSORFF, « Prohibition du concours des responsabilités et irresponsabilité des préposés et agents d'exécution ».

(6) *Pas.*, 1984, I, 1022.

(7) Sur la jurisprudence ultérieure de la Cour, voy. R.O. DALCQ, « Restrictions à l'immunité de responsabilité de l'agent d'exécution », note sous Cass., 26 octobre 1990, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 503 et s., spécialement p. 506;

P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente », *op. cit.*, pp. 96-97, n° 15; X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - Pour un retour aux sources! », in X, *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, pp. 137 et s.

(8) Voy. notamment Tongres, 22 juin 1979, *Limburgs Rechtsl.*, 1979, p. 196; Civ. Mons, 26 mars 1985, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11201; *contra*, Liège, 28 juin 1983, *J.L.*, 1984, p. 509, obs M. DOUTRÈWE.

(9) Cass., 26 avril 2002, *Pas.*, 2002, I, 1017.

(10) Voy. les conclusions de l'avocat général G. Dubrulle, *R.W.*, 2007-2008, p. 147.

(11) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 148, n° 1; W. GOOSSENS, *op. cit.*, p. 128, n° 1; voy. *infra*.

l'ouvrage, le premier bénéficiant d'une action directe à l'encontre du second alors que la réciprocité n'est pas vraie.

Troisièmement, elle avance certaines justifications à cette différence de traitement. La différence entre la nature des obligations de chacun (paiement d'une somme d'argent d'un côté, exécution d'une obligation de faire de l'autre) et la position économique particulière du sous-traitant, caractérisée par sa dépendance à l'égard de l'entrepreneur général, justifient à ses yeux qu'une action directe ait pu être octroyée au sous-traitant sans qu'il en aille de même pour le maître de l'ouvrage.

Enfin, elle précise que rien n'empêcherait le législateur « de prévoir une protection spécifique du maître de l'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant ».

5. Cette position de la Cour n'est pas de nature à satisfaire la doctrine¹⁹, qui dès l'adoption de la loi du 19 février 1990, avait dénoncé la différence de traitement qu'elle instaurait entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, la considérant discriminatoire²⁰. D'autant que la Cour reprend à son compte les arguments avancés par le conseil des ministres, tout en passant sous silence le moyen selon lequel « le législateur n'a pas restreint de manière disproportionnée les droits du maître de l'ouvrage puisque divers processus juridiques lui permettent d'obtenir un résultat équivalent à celui de l'action directe (...) »²¹. Cette assertion avancée par le gouvernement est pourtant loin de faire l'unanimité (voy. *infra*). D'aucuns considèrent que la Cour a agi là de manière prudente, en « [se gardant] de faire miroiter l'existence de possibilités » pour le maître de l'ouvrage d'agir directement contre le sous-traitant²². D'autres regrettent cette timidité de la Cour et estiment que lorsqu'elle énonce que le législateur pourrait prévoir une protection particulière du maître de l'ouvrage, elle semble considérer que ce dernier ne dispose actuellement pas d'un tel recours direct²³.

C. Constat : incohérence entre ces deux jurisprudences

6. La comparaison des conclusions auxquelles aboutissent nos deux hautes juridictions suscite

(19) Voy. O. JAUNIAUX, *op. cit.*, pp. 287 et s.; B. KOHL, « Actions du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : le débat n'est pas clos », *Entr. et dr.*, 2006, pp. 334-337; E. MONTERO, « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », *op. cit.*, pp. 184 et s.

(20) Voy. notamment B. LOUVEAUX, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : à suivre... », obs. sous Mons, 30 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 376; O. JAUNIAUX, *op. cit.*, p. 293, n° 9; R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, *op. cit.*, p. 137, n° 18; Fr. BALLON, « Relations maître de l'ouvrage/sous-traitant », in Fr. BALLON, B. LOUVEAUX et P. HENRY, *La sous-traitance*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 89; J.-P. VERGAUWE, « Action directe dans le droit de la construction », *Entr. et dr.*, 1998, p. 229.

(21) O. JAUNIAUX, *op. cit.*, p. 291, n° 5, citant le point A.1., § 3, de l'arrêt.

(22) E. MONTERO, « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », *op. cit.*, p. 194.

(23) O. JAUNIAUX, *op. cit.*, p. 292, n° 5. B. KOHL considère qu'il s'agit là d'un appel du pied fait au législateur (« Actions du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : le débat n'est pas clos », *op. cit.*, p. 337).

la perplexité. D'un côté, la Cour de cassation reconnaît au maître de l'ouvrage une action contractuelle directe à l'encontre du fournisseur de son entrepreneur. De l'autre côté, la Cour d'arbitrage refuse au maître de l'ouvrage toute action contractuelle directe à l'encontre du sous-traitant. En d'autres termes, selon que le contrat passé entre l'entrepreneur principal et son cocontractant est qualifié de vente (fournisseur) ou d'entreprise (sous-traitant), le maître de l'ouvrage pourra agir ou non directement contre ce dernier. Juridiquement, ce serait donc la qualification du contrat qui justifie cette différence de traitement. Cette explication est-elle satisfaisante? Il est permis d'en douter²⁴.

7. Les situations du fournisseur et du sous-traitant sont en effet relativement proches dans les faits.

Premièrement, le schéma de base est identique : deux contrats, impliquant trois personnes, et où l'entrepreneur principal constitue le point central, dans la mesure où il est en relation contractuelle, d'une part, avec le maître de l'ouvrage et, d'autre part, avec le fournisseur ou le sous-traitant, étant entendu que ces derniers n'entretiennent aucun rapport contractuel entre eux. Cette situation correspond à ce que l'on nomme traditionnellement une « chaîne » de contrats, suivant l'expression de B. Teyssié²⁵.

Deuxièmement, il y a dans les deux cas un apport à l'objet du contrat d'entreprise principal : le fournisseur délivre un bien qui est incorporé à la chose qui fait l'objet du contrat d'entreprise principal; le sous-traitant fournit une prestation dont le fruit est incorporé à la chose qui fait l'objet du contrat d'entreprise principal.

Troisièmement, l'entrepreneur principal contracte avec un tiers qui présente une qualification qui lui fait défaut : le sous-traitant est spécialisé dans un domaine particulier dans lequel il fait preuve d'une certaine compétence; le fournisseur délivre des biens que l'entrepreneur ne peut se procurer que chez lui.

Quatrièmement, en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution par le sous-traitant ou le fournisseur de ses obligations, c'est *in fine* le maître de l'ouvrage qui en supporte les conséquences matérielles²⁶.

En somme, dans les faits, et à tout le moins du point de vue du maître de l'ouvrage, rien ne justifie cette différence entre le fournisseur et le sous-traitant.

8. Les situations du fournisseur et du sous-traitant sont également proches en droit, plus qu'il n'y paraît.

Il est vrai que d'un côté, l'on se trouve face à un contrat de vente²⁷, tandis que de l'autre, il s'agit

d'un contrat d'entreprise. Mais cette distinction, claire de prime abord, s'avère en réalité beaucoup plus floue. La vente et l'entreprise présentent souvent un caractère mixte, aujourd'hui plus qu'autrefois²⁸. Plusieurs critères ont été proposés pour tenter de distinguer le contrat d'entreprise de la vente, tel le critère de la fourniture de la matière ou celui du transfert de propriété. Depuis 1975, doctrine et jurisprudence semblent toutefois s'accorder pour faire appel au critère de la volonté des parties. C'est donc *in fine* au juge qu'il appartient de déterminer quelle qualification retenir par application des méthodes d'interprétation des conventions (articles 1156 et s., C. civ.). Bref, la frontière entre les deux contrats s'estompe²⁹.

Par ailleurs, si l'on fonde la transmission de l'action sur la théorie de l'accessoire, comme semble le faire la Cour de cassation, ce qui importe en réalité, ce n'est pas qu'il y ait eu transfert de propriété vers l'entrepreneur, mais bien par l'entrepreneur. C'est en effet « comme accessoire à ce transfert-là (de l'entrepreneur au maître de l'ouvrage) que l'entrepreneur principal transmet l'action qu'il possède (...) »³⁰. La qualification du contrat en vertu duquel il tient ce droit serait donc sans influence.

On aura égard également à la motivation de la Cour d'arbitrage dans son arrêt du 28 juin 2006 qui estime que « la situation du sous-traitant et celle du maître de l'ouvrage diffèrent fondamentalement en ce qui concerne la nature de l'obligation dont l'exécution est demandée : le sous-traitant demande le paiement d'une somme pour un travail qu'il a accompli, tandis que le maître de l'ouvrage demanderait l'exécution d'une obligation de faire non respectée par l'entrepreneur principal » (point B.6).

La distinction paraît pertinente — et encore — sous l'angle du rapport sous-traitant/maître de l'ouvrage. *Quid* dans le cadre de la comparaison sous-traitant/fournisseur? Dans le système de la Cour de cassation, tel qu'il ressort de son arrêt du 18 mai 2006, le maître de l'ouvrage, lorsqu'il agit contre le fournisseur, demande l'exécution, non pas d'une « obligation de faire non respectée par l'entrepreneur principal », mais bien d'une obligation de faire non respectée par le fournisseur³¹. Nous ne voyons pas de distinction de nature entre l'obligation de faire du fournisseur et celle du sous-traitant. L'observation n'est pas anodine, dans la mesure où dans la motivation de la Cour, cet argument est le seul qui va à l'encontre de l'octroi d'une action au maître de l'ouvrage³².

9. Étant donné la proximité des deux situations, on pourrait être tenté d'appliquer au cas du

(28) C'est d'ailleurs l'un des arguments avancés par l'avocat général G. Dubrulle pour aboutir à la solution retenue par l'arrêt du 18 mai 2006 (concl. sous Cass. 18 mai 2006, note N. CARETTE, *op. cit.*, p. 148).

(29) Voy. Fr. BALLON, *op. cit.*, p. 81; A. FETTWEIS, M. VANWIJCK-ALEXANDRE, P. HENRY et J.-M. GERARDIN, « Le droit et les préalables à l'exécution de l'ouvrage », *Act. dr.*, 1991, pp. 861 et s.

(30) F. GLANSDORFF, « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amarce d'une solution? », *op. cit.*, p. 555, n° 8.

(31) Par application de la théorie de l'accessoire.

(32) Le reste de la motivation s'emploie simplement à justifier en quoi le législateur a pu, au titre de la protection particulière qu'il a entendu assurer au sous-traitant, accorder à celui-ci une action directe sans pour autant créer une discrimination inconstitutionnelle, voy. spécialement le point B.7.

(24) Nous verrons *infra* que c'est un élément factuel, à savoir la transmission d'un bien corporel, qui explique juridiquement la différence entre les deux cas de figure.

(25) B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975, pp. 31 et s., n°s 62 et s.

(26) Abstraction faite du recours en responsabilité contractuelle dont il dispose contre son propre entrepreneur.

(27) F. GLANSDORFF indique qu'il s'agissait d'un sous-traitant doublé d'un fournisseur de matériaux (« L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amarce d'une solution? », *op. cit.*, p. 554, n° 7). Il nous semble cependant que l'accent est mis sur l'aspect vente, dès lors que l'action est accueillie par la Cour sur pied de l'article 1641 du Code civil. D'ailleurs, tant l'arrêt que les conclusions de l'avocat général utilisent le terme *verkoper*.

sous-traitant la solution retenue par la Cour de cassation pour le cas du fournisseur³³.

B. Kohl estime que ce serait là donner à l'arrêt une portée qu'il n'a pas. Selon lui, « la Cour de cassation ne s'est prononcée que sur la question de la transmission des actions issues du contrat de vente conclu entre l'entrepreneur et son fournisseur », de sorte qu'« une interprétation extensive de cet arrêt (...) paraîtrait inconciliable avec les limites énoncées dans celui-ci »³⁴.

Dans son commentaire, N. Carette constate quant à lui que l'arrêt est rédigé en termes larges. D'une part, l'usage des mots « recht op vrijwaring » l'autorise à considérer que la décision ne devrait pas être limitée à la garantie des vices cachés, mais vaudrait également pour la garantie d'éviction. D'autre part, l'auteur souligne que la Cour décide en des termes généraux que le maître de l'ouvrage dispose de tous les droits et actions liés à la chose qui appartenait à l'acheteur initial, ce qui permettrait d'envisager d'étendre la solution à d'autres actions, par exemple une réclamation pour des dommages causés au bien transféré, ou une action pour délivrance non conforme³⁵.

Pour notre part, nous souhaitons formuler un certain nombre d'observations.

Premièrement, il nous semble que dans son analyse, la Cour s'est focalisée sur la relation entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire sur le contrat d'entreprise. Elle a, nous l'avons dit, étendu au contrat d'entreprise la solution qu'elle avait déjà appliquée en matière de vente (voy. *supra*). En d'autres termes, elle a entendu supprimer, dans le domaine limité de la transmission des droits accessoires au bien transféré, la différence qui existait entre vente et entreprise. Cela ressort à suffisance des conclusions de l'avocat général Dubrulle, lorsqu'il énonce que « een verschil in behandelings tussen de laatste koper en degene die de zaak verkrijgt in het raam van een aanneming lijkt niet gerechtvaardigd »³⁶. Le transfert de propriété d'un bien, caractéristique commune au contrat de vente et au contrat d'entreprise³⁷, devient ainsi la condition nécessaire mais suffisante du transfert automatique des droits qui y sont attachés³⁸.

Deuxièmement, et c'est une conséquence du rapprochement effectué par la Cour entre vente et entreprise, il faudrait aujourd'hui admettre que le maître de l'ouvrage dispose de l'action en garantie décennale à l'encontre du sous-traitant³⁹. En effet, par un arrêt du 8 juillet

1886, la Cour de cassation a admis que l'action en garantie décennale contre l'architecte et l'entrepreneur du chef de malfaçons et vices de la construction dont dispose un maître de l'ouvrage est transmise par ce dernier, en sa qualité de vendeur, à l'acquéreur de l'immeuble⁴⁰. Par ailleurs, dans un arrêt du 5 mai 1967, elle a décidé que le sous-traitant était tenu de la responsabilité décennale à l'égard de l'entrepreneur principal⁴¹. Certains avaient déduit de cet arrêt que le sous-traitant n'était pas tenu de garantir le maître de l'ouvrage⁴². Désormais, le contraire peut être soutenu, sur la base d'un raisonnement simple : la garantie est due par le sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur (Cass., 1967), elle est transmise par ce dernier à l'acquéreur (Cass., 1886) et il est indifférent pour cela que l'acquisition du bien ait lieu dans le cadre d'une vente ou d'un contrat d'entreprise (Cass., 2006).

Cette seconde observation en appelle une troisième. Ainsi que l'a souligné N. Carette, la Cour s'est exprimée en termes généraux, en visant « tous les droits et actions liés à la chose qui appartenait à l'acheteur initial ». Si l'on poursuit le raisonnement exposé ci-avant, on doit alors admettre qu'outre l'action en garantie décennale, d'autres droits et actions peuvent être considérés comme liés à la chose, dans le cadre d'un contrat d'entreprise, et partant être transmis au maître de l'ouvrage par application de la théorie de l'accessoire. Or, quelle portée donner à ce principe? Un certain nombre d'auteurs estiment que « chaque fois que l'objet d'une obligation consiste à créer une chose ou à incorporer à une chose déjà existante le fruit d'un travail, les parties doivent être supposées se transmettre les accessoires, corporels ou incorporels, indissociables du bien qui est l'objet du contrat »⁴³. Dès lors, on estime que dès qu'une prestation de service intervient dans le cadre de la réalisation d'un bien immobilier, la responsabilité qui en découle devrait accompagner le bien⁴⁴. Par ce biais, on fonderait donc, grâce à ce nouvel arrêt de la Cour de cassation, une action contractuelle directe contre le sous-traitant.

10. Sans aucun doute, ce raisonnement va trop loin. Il va trop loin une fois replacé dans l'ordre juridique plus général, dès lors qu'il est manifestement contraire au prescrit de l'article 1165 du Code civil ainsi qu'à l'enseignement tiré des arrêts précités de la Cour de cassation du 15 septembre 1977 et du 13 avril 1984. Pourtant, il nous paraît cohérent dans le cadre restreint de l'arrêt du 18 mai 2006.

(33) Nous développerons plus loin la proposition de F. GLANSORFF (in « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amorce d'une solution », *op. cit.*, pp. 555-556, n° 8) d'une interprétation extensive de l'arrêt.

(34) B. KOHL, « Actions du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : le débat n'est pas clos », *op. cit.*, p. 336, n° 4.

(35) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 151, n° 10.

(36) « Une différence de traitement entre le dernier acheteur et ceux qui obtiennent la chose dans le cadre d'un contrat d'entreprise ne semble pas justifiée », traduction libre des conclusions de l'avocat général Dubrulle sous Cass., 18 mai 2006, note N. CARETTE, *op. cit.*, pp. 147-148.

(37) À proprement parler, le contrat d'entreprise n'opère pas toujours transfert de propriété. Ainsi, dans le contrat d'entreprise immobilière, le maître propriétaire du terrain acquiert la propriété de l'ouvrage par voie d'accession.

(38) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 150, n° 6.

(39) Comp. Bruxelles, 25 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, pp. 1272 et s.

(40) Cass., 8 juillet 1886, concl. av. gén. Mesdach de Ter Kiele, *Pas.*, I, 1886, 300 et s.

(41) Cass., 5 mai 1967, *Pas.*, 1967, I, 1046 et s.; voy. aussi Cass., 11 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, 983 et s.

(42) Voy. notamment Bruxelles, 28 octobre 1987, *J.T.*, 1988, pp. 665 et s., obs. G. GLANSORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », *J.L.M.B.*, 1988, pp. 312 et s., obs. P. RIGAUX, « À propos du concours de responsabilités ».

(43) Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, « La responsabilité des édificateurs : état actuel de quelques problèmes et perspectives », in J. GILLARDIN (sous la dir. de), *Statuts et responsabilités des édificateurs - L'architecte, l'entrepreneur et le promoteur*, Bruxelles, publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 1989, p. 180; B. LOUVEAUX, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », obs. sous Liège, 7 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 301, n° 8; J.-P. VERGAUWE, *op. cit.*, p. 231.

(44) J.-P. VERGAUWE, *op. cit.*, p. 231.

D'un côté, ce même arrêt, si l'on en tire toutes les conséquences, reconnaît une action contractuelle au maître contre le sous-traitant. Or, il est évident pour chacun que la Cour n'est pas allée jusque-là. De l'autre, la Cour d'arbitrage écarte cette action, mais fait un appel du pied au législateur afin qu'il intervienne⁴⁵. Cette situation révèle le malaise patent, déjà exprimé dans bon nombre de décisions⁴⁶, que suscite l'absence d'action contractuelle du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant⁴⁷. On peut donc se demander s'il n'existerait pas un fondement satisfaisant pour cette action.

4

À la recherche d'un fondement de l'action contractuelle

11. En Belgique comme en France, doctrine et jurisprudence ont admis de longue date que certains « droits et actions utiles ou nécessaires à l'exploitation ou à la jouissance d'un [bien] » sont, lors d'une vente, transmis en même temps que le bien même. Les droits et actions dont question sont ceux qui sont « intrinsèquement liés à la qualité de propriétaire du vendeur et [qui] ne présentent d'intérêt pour lui que tant qu'il est propriétaire [du bien] ». On les qualifie de *propter rem*^{48 49}.

Le principe de cette transmission est tellement bien ancré dans notre droit que d'aucuns n'hésitent plus à considérer qu'il s'agit là d'un principe général de droit⁵⁰.

Si la règle est admise de manière quasi unanime⁵¹, son fondement est des plus contro-

(45) Point B.7. : « (...) Toutefois, ce principe d'égalité ne l'empêche pas de prévoir une protection spécifique du maître de l'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant ».

(46) Voy. notamment Liège, 7 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, obs. B. LOUVEAUX, pp. 296 et s.; Mons, 30 juin 1995, obs. B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 372 et s.

(47) Certaines décisions isolées ont admis pareille action, voy. notamment Gand, 26 juin 1970, cité par R.O. DALCQ et F. GLANSORFF, « Responsabilité aquilienne et contrats », *op. cit.*, p. 26, n° 7; Liège, 9 juin 1976, cité par E. MONTERO, « La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage », *op. cit.*, n° 12 (à propos d'un agent d'exécution); Bruxelles, 9 février 1982, *J.T.*, 1982, obs. D. DEVOS, pp. 816 et s.; Bruxelles, 25 juin 1992, *op. cit.*, pp. 1272 et s.

(48) D. PATART, « La transmission des droits et actions *propter rem* lors du transfert de l'immeuble auquel ils se rapportent », *Rec. gén. enr. not.*, 2000, n° 25.044, pp. 250-251.

(49) D'un point de vue terminologique, on rencontrera également dans la partie Nord du pays la notion de « kwalitatieve rechten » (voy. *infra*) et en France la notion d'*intuitus rei* (voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil - Les obligations - L'acte juridique*, 12^e éd., Paris, Sirey, 2006, pp. 364-365, n° 446). Globalement, ces différentes expressions recouvrent les mêmes notions.

(50) W. GOOSSENS, *op. cit.*, p. 131, n° 8; D. PATART, *op. cit.*, p. 250; J.-H. HERBOTS, « L'affinage du principe de la transmission automatique des droits *propter rem* du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble », note sous Cass., 15 septembre 1989, *R.C.J.B.*, 1992, p. 517, n° 6.

(51) Voy. cependant l'opinion divergente de J. Ghestin, selon qui « c'est le principe même d'une transmission de l'action appartenant au vendeur intermédiaire qui peut être contesté », in *Conformité et garanties dans la vente - Produits mobiliers*, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 348, n° 333; J. GHESTIN, note sous Cass. fr., ass. plén., 12 juillet 1991, *D.*, p. 555, n° 23. Nous partageons l'opinion de cet éminent auteur, qui est d'ailleurs à la base de la solution que nous proposerons (voy. *infra*).

versés. De nombreux auteurs se sont employés à rechercher ce fondement dans les différentes institutions que connaît notre droit. Ces diverses tentatives constituent autant d'initiatives visant à justifier une action contractuelle contre une personne autre que son cocontractant. Initialement élaborées en matière de vente, ces théories ont ensuite été étendues à la matière de la sous-traitance, ce qui intéresse directement notre propos. Aucune d'entre elles n'échappe cependant à la critique.

12. On a souvent invoqué la stipulation pour autrui ou la cession de créance tacite pour justifier un recours contractuel direct. Suivant les partisans de cette thèse, toute vente comporterait, soit une stipulation tacite de garantie au profit des acquéreurs successifs, soit une cession de celle-ci⁵². Il en irait de même au profit de l'acquéreur à l'encontre du fournisseur, de l'entrepreneur et du sous-traitant. La critique fondamentale suivant laquelle cette thèse reposerait sur une « analyse de volonté (...) aussi artificielle que divinatoire »⁵³, suffit à notre sens à couper court à toute velléité de la voir consacrée.

13. On s'est référé également à l'article 1122 du Code civil (« on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause (...) »), en considérant que les ayants cause visés par cette disposition sont non seulement les ayants cause universels mais également à titre particulier. Sur la base de cette interprétation, ceux qui adhèrent à cette thèse estiment que « les engagements qui sont contractés au bénéfice du vendeur le sont à son profit propre, mais aussi au profit de ses ayants cause, (...) universels ou à titre particulier », et dès lors que « le respect de ces engagements peut être exigé par l'acquéreur, ayant cause à titre particulier »⁵⁴. Le même raisonnement est soutenu en matière d'entreprise⁵⁵.

Interprété de la sorte, l'article 1122 contiendrait cependant une règle exactement opposée à celle de la relativité des conventions⁵⁶ : « En effet, 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 tiers »⁵⁷. Or, les tiers ne peuvent se prévaloir des contrats passés par leur auteur

que dans les cas où une stipulation pour autrui ou une action directe a été instituée en leur faveur⁵⁸.

14. La théorie de l'accessoire est celle qui reçoit le plus grand assentiment. Elle se fonde sur l'article 1615 qui énonce en matière de vente que « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ». Il ne serait qu'une application particulière du principe plus général *accessorium sequitur principale*⁵⁹.

Suivant les enseignements d'Aubry et Rau⁶⁰, de nombreux auteurs ont défendu — avec diverses nuances — le principe suivant lequel en matière de vente, « la créance suit le bien lorsqu'elle en est l'accessoire et s'identifie avec lui »⁶¹. C'est donc sur le mécanisme de la cession de créance que reposerait cette thèse⁶². Celle-ci a fondé en France une jurisprudence ancienne et constante relative à la transmission au sous-acquéreur de l'action en garantie des vices cachés que le vendeur intermédiaire peut exercer contre son propre vendeur⁶³.

En Belgique, la Cour de cassation avait déjà considéré en 1886 l'action en garantie (décentrale en l'espèce) comme un accessoire du bien vendu (voy. *supra*). Ce n'est toutefois qu'en 1980 qu'elle a expressément rattaché à l'article 1615 la solution de la transmission des actions en garantie (voy. *supra*). Un arrêt du 15 septembre 1989⁶⁴, accueilli de manières diverses par la doctrine⁶⁵, avait rendu incertaine la solution du transfert par le vendeur, également maître de l'ouvrage, des droits et actions dont il dispose contre l'architecte et l'entrepreneur⁶⁶, mais l'incertitude est désormais levée par l'arrêt du 18 mai 2006⁶⁷.

Pendant longtemps par contre, on a refusé au maître de l'ouvrage le droit d'agir directement contre le fournisseur⁶⁸ ou le sous-traitant⁶⁹ de son entrepreneur « au motif qu'il n'a pas acquis la propriété de l'immeuble par le biais d'un contrat de vente »⁷⁰. En effet, dans le cadre d'un contrat d'entreprise, l'article 1615 n'est d'aucun secours puisqu'il est spécifique au contrat de vente⁷¹. L'appliquer au contrat d'entreprise reviendrait à « lui imposer une distorsion qui en étend exagérément la portée et méconnaît la spécificité des deux domaines conventionnels »⁷², en particulier au regard des obligations de délivrance qui recouvrent des notions différentes dans chacun de ces contrats⁷³.

Une partie de la doctrine plaide pourtant depuis un certain temps déjà pour l'extension de la solution dégagée en matière de vente au cas du fournisseur⁷⁴ et du sous-traitant⁷⁵, en justifiant l'extension de l'article 1615 par l'article 1135 du Code civil. Ce courant a obtenu une première victoire avec l'arrêt du 18 mai 2006 (la solution prévalait déjà en France⁷⁶), en ce qui concerne le fournisseur, lequel arrêt se serait référé au principe plus général *accessorium sequitur principale* (voy. *supra*). Toutefois, sous réserve de l'interprétation extensive que nous avons faite de cet arrêt, dont nous reconnaissons nous-mêmes le caractère excessif, la même solution ne trouve pas à s'appliquer en cas de sous-traitance (voy. *supra*).

(67) Voy. F. GLANSDORFF, « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amorce d'une solution? », *op. cit.*, p. 552, n° 6.

(68) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 148, n° 1; W. GOOSSENS, *op. cit.*, p. 128, n° 1; Bruxelles, 4 septembre 1986 et Bruxelles, 29 mai 1970, cités par F. GLANSDORFF in « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », *op. cit.*, p. 669, n° 5, p. 670, n° 8.

(69) Voy. récemment Cass., 14 mai 2004, *Pas.*, 2004, I, 836, concl. Min. publ.; Comm. Gand, 4 juin 2003, *T.G.R.*, 2003, pp. 248 et s.; Civ. Liège, 7^e ch., 16 février 2005, *J.L.M.B.* 2005, pp. 696 et s.; Bruxelles, 6 octobre 2005, inédit, reproduit par Fr. BALLON, *op. cit.*, pp. 105 et s.; B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Droit des obligations et sous-traitance », in X, *La sous-traitance*, séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 77; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence - Contrats spéciaux (1981-1991) », *R.C.J.B.*, 1999, pp. 828 et 831, n° 197.

(70) S. BAR et C. ALTER, *Les effets du contrat*, Waterlool, Kluwer, 2006, p. 73, n° 142.

(71) F. GLANSDORFF, « Le droit de la vente : à la recherche d'un équilibre », in *La vente*, Bruxelles, éditions du Jeune barreau, 1987, p. 31; S. BAR et C. ALTER, *op. cit.*, p. 73, n° 142; Bruxelles, 6 octobre 2005, précité; B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 77; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen (1981-1991) », *op. cit.*, p. 831, n° 197.

(72) Bruxelles, 6 octobre 2005, précité. Voy. aussi la première branche de l'unique moyen du pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt du 18 mai 2006 (précité) et les conclusions de l'avocat général (point 2).

(73) Bruxelles, 6 octobre 2005, précité; B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 77; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen (1981-1991) », *op. cit.*, p. 831, n° 197.

(74) Voy. notamment F. GLANSDORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », *op. cit.*, pp. 668 et s., spécialement p. 669, n° 5; Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 178; concl. av. gén. G. Dubrulle sous Cass., 18 mai 2006, précité.

(75) Voy. notamment F. GLANSDORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », *op. cit.*, pp. 668 et s., spécialement p. 669, n° 5; Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 179; Bruxelles, 25 juin 1992, *op. cit.*, pp. 1272 et s.; concl. av. gén. G. Dubrulle sous Cass., 18 mai 2006, précité.

(76) Voy. Cass. fr., ass. plén., 7 février 1986, *D.*, 1986, jur., p. 293, note A. BENABENT, *J.C.P.*, 1986, éd. G., II, n° 20616, obs. Ph. MALINVAUD.

(52) Pour la stipulation pour autrui, en matière de ventes successives, voy. notamment Ph. MALINVAUD, obs. sous Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 5 janvier 1972, *J.C.P.*, 1973, II, 17340. En matière de sous-traitance, voy. notamment M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise - Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 100 et s., n° 100 et s. À l'encontre du fournisseur, voy. notamment G. BONET et B. GROSS, « La réparation des dommages causés aux constructions par les vices des matériaux », *J.C.P.*, I, 1974, 2602, n° 27. Pour la cession de créance, voy. notamment R. RODIÈRE, obs. sous Aix, 5 octobre 1954, *J.C.P.*, 1955, II, 8548.

(53) L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen (1976 à 1980) », *op. cit.*, p. 164, n° 46, à propos de la stipulation pour autrui en matière de ventes successives. En matière de sous-traitance, voy. notamment F. GLANSDORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », *op. cit.*, p. 668, n° 3; *contra* M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise - Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, *op. cit.*, pp. 101-102, n° 125-127. À propos de la cession de créance, voy. notamment J.-H. HERBOTS, *op. cit.*, p. 526, n° 20.

(54) D. PATART, *op. cit.*, p. 258.

(55) P. RIGAUX, « À propos du concours de responsabilités », *op. cit.*, p. 320.

(56) DE PAGE, *Traité*, t. I, n° 121bis; F. GLANSDORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », *op. cit.*, p. 668, n° 4.

(57) F. GLANSDORFF, *ibidem*.

(58) *Ibidem*.

(59) Voy. notamment J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, *op. cit.*, p. 341, n° 327; N. CARETTE, *op. cit.*, p. 150, n° 6 et 7; D. PATART, *op. cit.*, p. 259.

(60) *Cours de droit civil français*, t. II, § 176 : « le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose, corporelle ou incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comme qualités actives ou qui en sont devenus des accessoires ».

(61) J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, *op. cit.*, p. 341, n° 327. Voy. notamment Ph. MALINVAUD, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre les fabricants et fournisseurs de matériaux et composants », *D.*, 1984, chron. VII, pp. 44-45; N. CARETTE, *op. cit.*, pp. 150 et s., n° 6 et s.; J.-H. HERBOTS, *op. cit.*, pp. 527-530, n° 22-24, p. 549, n° 48.

(62) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations - Travaux des neuvièmes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 128, n° 41; P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, chaire Francqui 2004-2005, Bruxelles, Larcier, Paris, L.G.D.J., 2006., p. 138, n° 136.

(63) Voy. Cass. fr., ch. civ., 12 novembre 1884, *D.P.*, 1885, I, p. 327, S., 1886, I, p. 149, cité par J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, *op. cit.*, p. 341, n° 327, note 15. La solution est régulièrement réaffirmée, encore récemment par Cass. fr., 3^e ch. civ., 16 novembre 2005, *Bull. civ.*, III, n° 222, *D.*, 2006, p. 971, note R. CABRILLAC, cité par J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 366, n° 448, note 5.

(64) *R.C.J.B.*, 1992, pp. 509 et s., note J.-H. HERBOTS, *op. cit.*

(65) Voy. pour un accueil favorable L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991) - Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, p. 207, n° 57; *contra* J.-H. HERBOTS, *op. cit.*, p. 547, n° 46, qui critique la motivation de la Cour.

(66) Voy. Mons, 24 février 1993, *R.R.D.*, 1993, pp. 242 et s.; Liège, 6 décembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1317.

En dépit de son assise légale — l'article 1615 éventuellement complété par les articles 1122 et 1135 — cette théorie fait l'objet de critiques fondamentales qui nous poussent à rechercher une autre solution.

En effet, la justification technique de l'action récursoire du vendeur intermédiaire actionné en lieu et place du vendeur originaire par la subrogation légale de l'article 1251, 3^o, du Code civil⁷⁷ complexifie le schéma conceptuel de cette théorie : faire passer une action d'un sujet de droit à un autre par application de la théorie de l'accessoire et la faire revenir au premier dans le cadre d'une subrogation légale, cela revient à dire qu'il est subrogé dans des droits dont il était titulaire initialement, ce qui est pour le moins singulier⁷⁸... Et dans l'hypothèse d'un recours en garantie introduit lors de l'instance même à laquelle le vendeur (ou entrepreneur) intermédiaire est mis en cause, c'est l'idée — quelque peu forcée — d'une subrogation anticipée qui offre la solution, la subrogation impliquant un paiement⁷⁹.

Se posent encore les questions de l'opposabilité des exceptions et de leur date, du respect des articles 1689 et suivants, du Code civil et donc de la portée de la règle de l'accessoire⁸⁰, des droits et actions pouvant faire l'objet d'une transmission⁸¹ ou encore du cas de l'accession en matière d'entreprise immobilière, qui empêche l'application de la théorie de l'accessoire dès lors que l'accession est un mode originaire d'acquisition de la propriété⁸². Autant d'incertitudes devraient suffire à discréditer définitivement la théorie de l'accessoire. Et c'est sans compter la critique de l'opportunité de celle-ci (voy. *infra*).

15. Une autre solution, plus moderne, a vu le jour en France. Elle est fondée sur la notion de groupe de contrats qui, à la suite de la thèse de B. Teyssié publiée en 1975⁸³, a fait l'objet d'un certain nombre d'études doctrinales. Selon l'auteur, héraut du dépassement d'une lecture classique du principe de relativité⁸⁴, il y a groupe de contrats lorsque « plusieurs contrats ont un même objet ou participent à la réalisation d'un but commun, de sorte qu'ils possèdent une même raison d'être »⁸⁵. Il ressort de cette définition une distinction au sein des groupes de contrats suivant qu'ils sont unis par leur objet ou par leur cause : les premiers constituent une

« chaîne » de contrats, les seconds un « ensemble »⁸⁶. On ne s'étonnera évidemment pas que cette distinction claire ne convienne pas à tous et que d'autres distinguos, toujours plus subtils, aient été proposés afin de mieux rendre compte de la réalité envisagée⁸⁷. Il apparaît cependant plus prudent de convenir, avec le professeur Foriers, que « les groupes de contrats constituent une réalité fuyante, évolutive en fonction de l'ingéniosité des parties et des nécessités de la pratique » et que « (...) la définition de la notion (...) dépend d'abord de ce que l'on souhaite en déduire concrètement »⁸⁸.

La notion, utilisée pour fonder une action contractuelle directe contre le sous-traitant, a connu grandeur et décadence dans la jurisprudence française. Après avoir été consacrée par deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation, respectivement les 8 mars⁸⁹ et 21 juin 1988⁹⁰, elle a été rejetée par un arrêt du 22 juin⁹¹ de la troisième chambre civile rendu la même année, nouant ainsi un conflit entre les deux chambres. C'est par son arrêt Besse du 12 juillet 1991⁹², rendu en assemblée plénière, que la Cour a définitivement tranché la controverse en faveur de la troisième chambre, en s'érigeant en rempart contre l'extension du domaine de la responsabilité contractuelle. L'incipit de l'arrêt en dit long sur sa portée et se révèle lourd de conséquences. En effet, en débutant par les mots « vu l'article 1165 du Code civil; attendu que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes », la Cour montrait clairement sa volonté de mettre un terme au « mouvement jurisprudentiel de "contractualisation" de la responsabilité dans les groupes de contrats »⁹³. La teneur de sa décision découlait logiquement de cette prémisse.

Sans revenir sur cette évolution ni sur le détail de cette jurisprudence, l'on aura particulièrement égard aux motifs de ce rejet par l'assemblée plénière. La doctrine française distingue trois éléments qui l'expliquent : (1) l'imprécision de la notion de groupe de contrats et le risque d'une généralisation des solutions, pas nécessairement opportune; (2) l'imprécision du régime applicable à l'action directe que l'on

entendait ainsi promouvoir; (3) le caractère contractuel de cette action qui impliquerait que le fait générateur est nécessairement un manquement au contrat avec pour conséquence l'application de l'ensemble des règles relatives à l'exécution des contrats, augurant d'éventuelles conséquences indirectes insoupçonnées⁹⁴. En somme, et il convient d'attirer l'attention sur ce point, ce n'est pas tant un attachement à une conception classique de la relativité des conventions, mais plutôt la peur de s'aventurer en *terra incognita*, qui explique la frilosité de la haute juridiction.

En Belgique, si l'éphémère solution française a été saluée pour le fait qu'elle constitue « une lumineuse intuition et répond incontestablement à une réalité économique »⁹⁵ de même que pour avoir dénoncé l'« isolationnisme contractuel »⁹⁶, elle n'a jamais triomphé, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence. D'ailleurs, le seul auteur qui ait embrassé la notion à l'époque s'en est aujourd'hui défait⁹⁷. Ici encore, l'incertitude du régime a eu raison des velléités de promouvoir la notion de groupe de contrats comme instrument fonctionnel. D'autant que l'attachement au principe de la relativité semble beaucoup plus fort que chez nos voisins français⁹⁸.

16. La doctrine du Nord du pays use encore d'un autre concept, celui de « kwalitatief recht ». Si la notion n'a aucun contenu en droit belge, elle désigne par contre une institution légale aux Pays-Bas, dont le Code civil contient une théorie générale figurant à l'article 6:251 N.B.W. Un « kwalitatief recht » est un droit issu d'un contrat qui se caractérise par un tel lien de connexité avec un bien déterminé qu'il ne présente d'intérêt que dans le chef de l'ayant cause, de sorte que ce droit est automatiquement transmis à celui qui obtient le bien à titre particulier⁹⁹.

En Belgique, les auteurs néerlandophones croient reconnaître dans un certain nombre de situations la transmission d'un « kwalitatief recht ». Il en irait ainsi notamment de l'action du sous-acquéreur contre le vendeur originaire, de l'action en responsabilité décennale de l'acquéreur d'un immeuble contre l'entrepreneur ou encore de l'action de l'acquéreur d'un fonds de commerce sur la base d'une clause de non-concurrence. Les droits mis en œuvre dans ces

(77) En matière de vente, voy. notamment Ch. LARROU-MET, obs. sous Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 9 octobre 1979, *D.*, 1980, I.R., p. 222; contra J.-H. HERBOTS, *op. cit.*, p. 545, n^o 41. En matière d'entreprise, voy. notamment F. GLANSORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », *op. cit.*, p. 669, n^o 6.

(78) Voy. aussi X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - Pour un retour aux sources », *op. cit.*, p. 132.

(79) P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, *op. cit.*, p. 143, n^o 139.

(80) Voy. notamment *ibidem*, pp. 141-142, n^o 138.

(81) Voy. la liste établie par J.-H. HERBOTS, *op. cit.*, pp. 519 et s., n^{os} 8 et s. et les critiques exprimées par l'auteur.

(82) Voy. P. JOURDAIN, « La responsabilité civile dans les groupes de contrats », in X, *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, pp. 106-107, n^o 28.

(83) *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975.

(84) Selon l'auteur, « autant l'article 1165 apparaît adapté à une civilisation individualiste du type de celle de 1804, autant il apparaît étriqué dans un monde où dominent les conceptions sociales », p. 27, n^o 58.

(85) *Ibidem*, p. 33, n^o 62.

(86) *Ibidem*, pp. 31 et s., n^{os} 62 et s.

(87) Voy. par exemple l'étude de P.-H. DELVAUX, « Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers - Comparaison franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 360 et s.

(88) P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, *op. cit.*, pp. 14-15, n^o 1.

(89) *J.C.P.*, 1988, II, 21070, obs. P. JOURDAIN, *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, p. 551, obs. Ph. RÉMY : « Attendu que dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette personne que d'une action de nature nécessairement contractuelle, qu'il peut exercer directement dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué ».

(90) *J.C.P.*, 1988, II, 21125, obs. P. JOURDAIN : « Attendu que, dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial; qu'en effet, dans ce cas, le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles contractuelles applicables en la matière, la victime ne peut disposer contre lui que d'une action de nature contractuelle, même en l'absence de contrats entre eux ».

(91) *Ibidem*.

(92) *D.*, 1991, pp. 549 et s., note J. GHESTIN, *J.C.P.*, 1991, II, 21743, pp. 355 et s., obs. G. VINEY.

(93) P. JOURDAIN, « Obligations et contrats spéciaux - Responsabilité civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, p. 751, n^o 1.

(94) Voy. notamment G. VINEY, obs. sous Cass. fr., ass. plén., 12 juillet 1991, *op. cit.*, p. 356; J. GHESTIN, note sous Cass. fr., ass. plén., 12 juillet 1991, *op. cit.*, spécialement pp. 552-554, n^{os} 12-21.

(95) E. MONTERO, « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », *op. cit.*, p. 194.

(96) M. COIPEL et Y. POULLET, « Introduction aux concepts juridiques », in *Le droit des « contrats informatiques » - Principes - Applications*, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 41.

(97) E. MONTERO, « La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage », *op. cit.*, spécialement n^o 26. L'auteur fait marche arrière dans une étude ultérieure : « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », *op. cit.*, pp. 184 et s., spécialement p. 194.

(98) Voy. notamment X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - Pour un retour aux sources! », *op. cit.*, pp. 110-113; M. PITTIE, *op. cit.*, p. 330.

(99) J. SMITS, « Inhoud en werking van de overeenkomst in België en Nederland : een overzicht », in J. SMITS, S. STIJNS (éd.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 15, n^o 5.3.

situations apparaissent en effet étroitement liés à la qualité de propriétaire¹⁰⁰.

La recherche d'un fondement justifiant la transmission en droit belge de cette institution néerlandaise se confond avec la justification de la transmission des droits *propter rem*¹⁰¹. Il semble en somme que l'expression ne soit en Belgique qu'une formule commode pour désigner les droits transmis à titre d'accessoire de la chose¹⁰².

17. Au terme de ce rapide exposé, l'on voit qu'aucune des solutions proposées n'est à même de justifier efficacement l'action contractuelle d'une partie contre le cocontractant de son cocontractant. La voie est-elle sans issue? Nous ne le pensons pas, et nous l'allons montrer tout à l'heure.

5

La notion de groupe de contrats comme raison d'être de la théorie de l'accessoire

18. On a dit que la notion de groupe de contrats n'avait recueilli en Belgique qu'un accueil très limité et ne s'était jamais imposée comme fondement éventuel d'une action contractuelle directe, pour les mêmes raisons que celles invoquées chez nos voisins. Il existe pourtant une différence fondamentale entre la Belgique et la France : cette dernière ne connaît pas de jurisprudence semblable à la nôtre à propos de la responsabilité des agents d'exécution¹⁰³. Au contraire, elle est fixée en un sens totalement opposé, dès lors que par son arrêt du 6 octobre 2006, l'assemblée plénière a décidé que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »¹⁰⁴. Le maître de l'ouvrage n'est donc pas dépourvu de tout recours à l'encontre du sous-traitant. Cette première observation devrait inciter à relativiser les conséquences du rejet français dans notre pays.

Par ailleurs, il ne fait pas de doute que la notion, aussi insaisissable soit-elle, n'en constitue pas moins une réalité économique et pratique¹⁰⁵. Alors, serait-il déraisonnable d'admettre qu'une partie à un schéma pluricontractuel auquel notre système économique impose le recours,

lorsqu'elle est le destinataire final d'une prestation de service, puisse agir à l'encontre du prestataire défaillant? En sens inverse : est-il déraisonnable de considérer qu'une personne qui, sciemment, s'engage vis-à-vis d'une autre à la réalisation des obligations qui incombent à celle-ci en vertu d'un contrat passé par elle avec une tierce personne, se trouve obligée à l'égard de cette dernière, bénéficiaire final de la prestation?

Nous ne pensons pas qu'il soit déraisonnable de répondre par la négative à ces deux questions. Pourtant, en dehors de la transmission des droits *propter rem*, le principe de relativité, d'une part, l'immunité des agents d'exécution, d'autre part, s'opposent à ce qu'il soit répondu de la sorte.

19. La doctrine majoritaire et la Cour de cassation se sont donc emparées de la notion d'accessoire pour échafauder une théorie minimaliste. Celle-ci présente pourtant un vice conceptuel : elle lie la transmission de l'action à la transmission d'une chose. En toute logique, on ne voit pas ce qui justifie que l'acquéreur d'une chose puisse agir contre le vendeur originaire alors que le bénéficiaire d'un service ne peut faire de même.

En commentaire de l'arrêt du 18 mai 2006, le professeur Glansdorff estime que le mot « chose » peut être interprété de manière large, de façon à y intégrer également les prestations de service. Avec lui, nous considérons que cela n'aurait rien d'artificiel¹⁰⁶. Mais, ce faisant, on reste attaché à l'idée qu'une action ne peut être transmise que concomitamment avec une chose. Pourquoi? En quoi le critère de l'acquisition d'une chose est-il déterminant pour l'exercice de l'action?

La réponse réside dans l'article 1165 du Code civil : « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ». Il faut être partie au contrat pour pouvoir exercer l'action contractuelle. Or, à défaut pour le demandeur de pouvoir être considéré comme une partie contractante, représentée, adhérente, engagée sur la base de la théorie de l'apparence, ou comme ayant cause universel, seule la position de cessionnaire d'une créance lui permettrait de se prévaloir de cette qualité. Et si l'on exclut le cas de la cession expresse (présumer la cession étant artificiel, voy. *supra*), seule la théorie de l'accessoire, fonctionnant suivant le mécanisme de la cession de créance, permet au demandeur de devenir partie.

En somme, l'unique moyen de contourner le prescrit de l'article 1165 — car tel est le but de la manœuvre — était tout simplement de le respecter. Habile, subtil et... légal! L'article 1615 fonde la cession de créance et permet donc de rejeter toute accusation de violation du principe de relativité.

Mais l'article 1615 n'apparaît alors que comme un pis-aller, et les limites intrinsèques d'une théorie fondée sur une disposition propre à la vente excluent qu'elle puisse être étendue à d'autres contrats. Sauf à la jurisprudence à re-

pousser lesdites limites, ce en dehors de tout cadre légal. C'est ce qu'a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 18 mai 2006 : elle assimile la situation du maître de l'ouvrage à celle du sous-acquéreur¹⁰⁷. La conclusion s'impose d'elle-même : en matière de vente, la cession est légale; en matière d'entreprise, elle est jurisprudentielle. Et il semble vain d'objecter que la Cour n'a fait qu'appliquer un principe général de droit, dès que lors que, par un arrêt du 7 avril 1986¹⁰⁸, elle a considéré que l'adage « l'accessoire suit le principal » n'est pas l'expression d'un principe général de droit. On peut difficilement concevoir, au vu de la rédaction de l'arrêt, qu'elle ait entendu revenir sur sa jurisprudence¹⁰⁹.

20. Reste à donner un sens à cette solution prétorienne. Accidentelle ou révélatrice? Une observation oriente notre opinion.

En la matière, la Cour paraît en effet donner quelque importance aux situations de fait.

En ce sens, on se souviendra que dans son arrêt du 7 décembre 1973, la Cour de cassation emploie l'expression « tiers à l'exécution du contrat » pour dénier cette qualité à l'agent d'exécution et justifier les conditions qu'elle impose pour la mise en œuvre de sa responsabilité aquilienne. L'expression a suscité une pléthore d'interprétations¹¹⁰ et son caractère sibyllin nous invite à considérer que la Cour reconnaît à la fois la singularité de la position de l'agent d'exécution et la difficulté qu'elle rencontre à l'appréhender. Mais plus fondamentalement, il nous paraît évident qu'elle a entendu par là se détacher de l'aspect purement juridique de la situation pour se concentrer sur les faits. Le diptyque partie - tiers est une œuvre juridique, la notion « tiers à l'exécution du contrat » est dépeinte par les faits. En d'autres termes, implicitement mais certainement, la Cour reconnaît qu'il existe un hiatus entre l'article 1165 et la réalité concrète.

De même, et nous l'avons déjà évoqué, l'arrêt du 18 mai 2006 procède par assimilation pour supprimer la différence — injustifiée — existant entre les acquéreurs selon qu'ils reçoivent la chose dans le cadre d'une vente ou d'un contrat d'entreprise. Encore une fois, c'est en se situant sur le plan des faits que la Cour peut aboutir à cette solution : légalement les situations sont différentes (article 1615 d'un côté, absence de disposition similaire de l'autre), factuellement non.

Comment interpréter le fait que la Cour descende de son piédestal pour prendre en considération les données factuelles sous-jacentes au

(100) A. VERHOEVEN, « De juridische grondslag van kwalitatieve rechten en plichten », *Jura Falconis*, 1988-1989, p. 145 et les réf. citées; voy. aussi J.-H. HERBOTS, *op. cit.*, p. 532, n° 27.

(101) Voy. A. VERHOEVEN, *op. cit.*, pp. 148 et s., qui évoque successivement l'article 1122 du Code civil, la stipulation pour autrui, la cession de créance, l'action directe et la théorie de l'accessoire.

(102) P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, *op. cit.*, p. 140, n° 136.

(103) Voy. A. BENABENT, *Droit civil - Les obligations*, 11^e éd., Paris, 2007, p. 206, n° 265.

(104) *J.C.P.*, 2006, II, 10181, p. 2111, obs. M. BILLIAU, *D.*, 2006, p. 2825, obs. G. VINEY; J. MESTRE et B. FAGES, « Obligations et contrats spéciaux - Obligations en général », *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 115, n° 8; P. JOURDAIN, « Obligations et contrats spéciaux - Responsabilité civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 123, n° 1.

(105) X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - Pour un retour aux sources! », *op. cit.*, p. 110; Ph. FLAMME, *op. cit.*, p. 28, n° 38; B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 55.

(106) F. GLANSORFF, « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amorce d'une solution? », *op. cit.*, pp. 555-556, n° 8. L'auteur se réfère notamment à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce (qui consacre la notion de vente de services) et à l'article 1126 du Code civil qui dispose que « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ».

(107) « (...) Le commettant, tout comme le sous-acquéreur, dispose de tous les droits et actions liés à la chose qui appartenait à l'acheteur initial » (c'est nous qui soulignons). Voy. aussi les concl. de l'av. gén. Dubrulle : « een verschil in behandeling tussen de laatste koper en degene die de zaak verkrijgt in het raam van een aanneming lijkt niet gerechtvaardigd » (c'est nous qui soulignons).

(108) *Pas.*, 1986, I, 951.

(109) En ce sens, F. GLANSORFF, « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amorce d'une solution? », *op. cit.*, p. 553, n° 6, note 41.

(110) Voy. notamment J.-L. FAGNART, « La responsabilité personnelle de l'agent d'exécution », *R.G.A.R.*, 1974, 9317, IV; A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, obs. sous Cass., 7 décembre 1973, *Entr. et dr.*, 1975, p. 184; E. MONTERO, « La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage », *op. cit.*, n° 24; P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, *op. cit.*, pp. 35-39, n° 18-19.

problème qui lui est posé? Nous avançons une idée : la Cour est sensible au phénomène des groupes de contrats.

On répondra d'emblée que par ses arrêts du 15 septembre 1977 et du 13 avril 1984 (précités), elle a exclu tout recours contractuel d'un créancier contre l'agent d'exécution de son débiteur, écartant toute possibilité de la voir emprunter la voie de la première chambre civile. Partant, il serait schizophrénique de la considérer sensible au phénomène des groupes de contrats. Et pourtant, l'objection n'est pas insurmontable.

Il est évident que la Cour ne peut s'affranchir d'une disposition légale pour promouvoir une solution qui lui serait contraire. Elle ne peut donc consacrer la notion de groupe de contrats comme institution autonome, sous peine de violer directement l'article 1165 du Code civil. Mais elle peut y être sensible et lui donner effet lorsque cela s'avère possible. C'est ce que nous croyons pouvoir déceler dans l'application qu'elle fait de la théorie de l'accessoire. En ce sens, l'arrêt du 18 mai 2006 nous paraît révélateur¹¹¹.

A contrario, s'il n'est pas possible de donner effet au concept sans violer une disposition légale, elle s'en défend. Or, dans les deux affaires ayant donné lieu aux arrêts précités, elle ne pouvait pas appliquer la théorie de l'accessoire, à défaut de transfert d'une « chose-support »¹¹². En d'autres termes, en aucun cas elle n'aurait pu conclure différemment, faute de moyen pour contourner l'article 1165. L'argument n'est donc pas décisif.

Si l'on accepte l'idée que la Cour est sensible au fait que certains contrats présentent des liens particuliers entre eux, on pourrait voir dans l'arrêt du 18 mai 2006 une étape vers la consécration de la notion de groupe de contrats, à tout le moins une étape permettant de déduire de cette situation des conséquences particulières. Dans cette optique, il faudrait reconnaître qu'en élargissant le champ d'application de la théorie de l'accessoire à une situation non visée par la loi, elle a effectué un pas en avant considérable. Sur cette base, il nous apparaît possible d'aller encore plus loin que le strict prescrit de l'arrêt de 2006, ce au moyen d'un outil bien connu : l'action directe.

6

La notion de groupe de contrats à l'appui d'une action directe

21. L'action directe ne fait l'objet d'aucune définition légale. Suivant la définition qu'en donne De Page, elle se caractérise « par l'intentement, sans intermédiaire, *omissio medio*, d'une action qui, normalement, exigerait un double recours : action principale contre le cocontractant

(111) Cette réalité est en effet difficilement perceptible en matière de ventes successives puisque cette hypothèse constitue « l'application la plus simple et la plus incontestable de l'article 1615 » (F. GLANSBORFF, « L'immunité des sous-traitants et autres agents d'exécution : l'amorce d'une solution? », *op. cit.*, p. 552, n° 6).

(112) L'expression est de A. BENABENT, *op. cit.*, p. 206, n° 265.

tant et action récursoire, ou en garantie, de ce dernier contre celui qui devra finalement supporter les conséquences de la condamnation »¹¹³.

22. L'action directe permet à son titulaire « (...) d'exercer, à son profit exclusif, le droit dont dispose son débiteur contre son propre débiteur afin d'obtenir paiement par ce dernier de ce que le premier lui doit »¹¹⁴.

Trois limites sont cependant prévues.

« Tout d'abord, puisque le titulaire de l'action directe exerce la créance même de son débiteur, il ne pourra en user que si elle se trouve toujours dans le patrimoine de celui-ci au jour de l'exercice de l'action directe et si elle est encore disponible à ce moment ». À cet égard, il faut relever que la Cour de cassation, par un arrêt du 27 mai 2004¹¹⁵ et deux arrêts du 23 septembre 2004¹¹⁶, rendus en matière de faillite et de liquidation, a décidé que l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil ne pouvait plus être intentée après la naissance du concours¹¹⁷.

« Ensuite, le titulaire de l'action directe recueille la créance de son débiteur telle quelle, de sorte que le sous-débiteur assigné peut lui opposer les exceptions qu'il aurait eues à l'égard de ce dernier ». Sont ainsi visées toutes les exceptions nées avant l'exercice de l'action¹¹⁸. Les exceptions inhérentes à la dette, telle l'exception d'inexécution, pourraient quant à elles être opposées en tout état de cause¹¹⁹.

Par ailleurs, le créancier ne peut obtenir ce qu'il aurait pu recevoir de son propre débiteur,

(113) DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 715. C'est à cette définition que se réfère également P. VAN OMMESLAGHE dans ses examens de jurisprudence (*R.C.J.B.*, 1975, p. 508, n° 49; *R.C.J.B.*, 1986, p. 188, n° 84). Une autre définition est proposée par le premier avocat général R. Havoit de Termicourt : « l'action directe suppose que son titulaire ait un droit propre à exercer contre le défendeur. Le titulaire de l'action directe est donc une personne qui, étrangère au contrat conclu par son débiteur, devient néanmoins créancière de celui-ci par l'effet de la loi » (concl. sous Cass., 18 avril 1945, *Pas.*, 1945, I, 240 et s.). C'est à cette définition que se réfère également L. SIMONT, « L'action directe de la victime d'un accident d'automobile contre l'assureur du propriétaire de celle-ci », note sous Cass., 18 janvier 1962 et 16 février 1962, *R.C.J.B.*, 1962, p. 466, n° 1.

(114) S. BAR et C. ALTER, *op. cit.*, p. 59, n° 121. Nous repreneons pour l'essentiel l'exposé fait par ces auteurs (pp. 59-63, n°s 121-126).

(115) *R.D.C.*, 2004, pp. 897 et s., note J. WINDEY et T. HURNER, « L'action directe en cas de faillite ».

(116) *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1437 et s., obs. P. HENRY, « Une controverse tranchée : toute situation de concours fait obstacle à l'introduction de l'action directe du sous-traitant », *R.C.J.B.*, 2005, pp. 435 et s., note M. GRÉGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux mobiliers ».

(117) En ce sens, voy. les deux commentaires de l'arrêt du 23 septembre 2004.

(118) R.-O. DALCQ, « Les actions directes », *op. cit.*, p. 322, n° 28; P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, p. 127, n° 41; P.-A. FORIERS, « Observations sur l'article 1994 du Code civil et l'action directe née de la substitution », note sous Cass., 16 décembre 1977, *R.C.J.B.*, 1981, p. 487, n° 14; L. SIMONT, *op. cit.*, pp. 474-475, n°s 14-15.

(119) Cass., 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1039 et s.; Comm. Liège, 26 octobre 1994, *R.D.C.*, 1996, pp. 555 et s.; S. BAR et C. ALTER, *op. cit.*, p. 61, n° 124; P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant », obs. sous Liège, 23 octobre 1998, *R.R.D.*, 2000, p. 53; C. JASSOGNE, « Action directe et privilège du sous-traitant », *R.R.D.*, 2000, p. 124. Voy. cependant Cass., 16 décembre 1977, note P.-A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 465 et s.

la raison d'être de l'action directe étant d'accroître ses chances d'obtenir paiement de sa créance.

Notons enfin que le législateur a soumis certaines actions directes à des règles particulières, notamment en ce qui concerne le régime de l'opposabilité des exceptions¹²⁰.

23. On le voit, l'action directe permet à un tiers de « se prévaloir des effets internes d'un contrat en raison du lien contractuel ou délictuel qui l'unit à l'une des parties à cette convention »¹²¹. Elle constitue donc une dérogation au principe de la relativité des conventions¹²² (voy. cependant *infra*).

Par ailleurs, elle déroge également au principe de l'égalité des créanciers, sa justification essentielle étant « d'avantager son titulaire par rapport aux créanciers du débiteur originaire et cela en raison de l'intérêt social que présente la protection de sa créance »¹²³.

24. Exorbitante du droit commun à deux égards, l'on en déduit que l'action directe doit nécessairement trouver sa source dans un texte légal¹²⁴.

Dans les années 1970, cette conception légaliste de l'action directe a fait l'objet en France de deux types de critique¹²⁵. D'une part, l'admission par la jurisprudence de l'action en garantie du sous-acquéreur contre le vendeur originaire ne pouvant s'expliquer de façon satisfaisante par aucun des mécanismes généralement avancés (cession de créance, stipulation pour autrui, notion d'accessoire), certains ont estimé qu'il fallait y voir une action directe d'origine purement jurisprudentielle¹²⁶. D'autre part, l'effervescent mouvement en faveur de la reconnaissance des groupes de contrats inauguré par B. Teyssié justifiait l'existence des actions directes par la seule configuration du groupe (voy. *supra*).

Au terme d'une étude historique fouillée et particulièrement convaincante à laquelle nous nous permettons de renvoyer, C. Jamin a démontré que « l'action directe constitue un mécanisme correcteur des principes de relativité des conventions et d'égalité des créanciers, qui

(120) S. BAR et C. ALTER, *op. cit.*, p. 62, n° 126.

(121) S. BAR et C. ALTER, *op. cit.*, p. 58, n° 119.

(122) DE PAGE, *Traité*, t. II, n°s 714-715; L. SIMONT, *op. cit.*, p. 466, n° 1; S. BAR et C. ALTER, *op. cit.*, p. 58, n° 119; R.-O. DALCQ, « Les actions directes », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers - Comparaison franco-belge*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 305, n° 3; M. PITTIE, *op. cit.*, p. 329. *Contra* : X. DIEUX, « Nature et limites du droit du titulaire d'une action contre un cocontractant de son débiteur », note sous Cass., 19 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 19 et s., n°s 8 et s.

(123) R.-O. DALCQ, « Les actions directes », *op. cit.*, p. 305, n° 5; P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, p. 128, n° 41.

(124) L. SIMONT, *op. cit.*, p. 466, n° 1; S. BAR et C. ALTER, *op. cit.*, p. 58, n° 120; J.-H. HERBOTS, *op. cit.*, p. 527, n° 21; voy. à ce sujet M. COZIAN, *L'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 41 et s., n°s 59 et s., spécialement pp. 65 et s., n°s 100 et s.

(125) C. JAMIN, « Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers - Comparaison franco-belge*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 265-266, n° 3.

(126) B. BOUBLI, « Soliloque sur la transmission de l'action en garantie (à propos de l'arrêt de la troisième Chambre civile du 9 juillet 1973) », *J.C.P.*, 1974, I, 2646; J. GHESTIN, « L'arrêt *Kravitz* et le droit positif français sur la garantie des vices cachés », *McGill Law Journal*, 1980, pp. 331 et s., cités par C. JAMIN, « Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français », *op. cit.*, p. 265, n° 3.

ne trouve son fondement ni dans un concept classique issu du Code civil ni nécessairement dans les termes d'une loi spéciale (...) »¹²⁷.

X. Dieux considère pareillement que c'est « en raison d'une lecture insuffisamment nuancée et critique de l'article 1165, pris comme tel à la lettre » que la doctrine contemporaine reste attachée à l'origine nécessairement légale de l'action directe¹²⁸.

Et si en France, le récent avant-projet de réforme du droit des obligations réaffirme le caractère légal de l'action directe, il n'en laisse pas moins la possibilité à la jurisprudence d'en créer de nouvelles en prévoyant à l'alinéa 2 du nouvel article 1168 du Code civil que « l'action directe est également ouverte lorsqu'elle permet seule d'éviter l'appauvrissement injuste du créancier, compte tenu du lien qui unit les contrats »¹²⁹.

25. L'idée d'une action directe extralégale pour justifier les recours entre contractants extrêmes n'est pas neuve. L'arrêt de 1973 ayant barré la voie de l'action délictuelle, et les divers fondements de la transmission des actions lui paraissant insuffisants, A. Limpens-Meinertzhagen avait déjà proposé de manière générale de reconnaître, en équité, une action directe contre le préposé ou l'agent d'exécution¹³⁰.

E. Montero est allé dans le même sens en fondant l'action directe sur la notion de groupe de contrats¹³¹. En France aussi, J. Ghestin abandonne l'idée d'une transmission d'action et invite à rechercher une solution dans la notion d'action directe, fondée sur un droit propre¹³².

Pour le sous-traitant en particulier, le débat est devenu plus intense encore lorsque la loi du 19 février 1990 lui a reconnu une action directe à l'encontre du maître de l'ouvrage. D'aucuns estimaient en effet qu'une action en sens inverse serait la contrepartie logique et juste de la première¹³³. Cependant, dès lors que l'article 1798 du Code civil est exorbitant du droit commun, il doit être interprété strictement et le maître de l'ouvrage ne peut « puiser dans ce texte une quelconque action directe contre le sous-traitant »¹³⁴.

26. En regardant de plus près, la similitude entre « action transmise à titre accessoire » et

« action directe » est frappante. Les indices d'une certaine confusion sont d'ailleurs déjà présents dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qui emploie le terme « action directe » dans le corps de ses arrêts de 1886 et 1980 (précités). Et si l'arrêt de 2006 (précité) évite de ce faire, on retrouve cependant la même imprécision sous la plume de l'avocat général Dubrulle. De la confusion à l'assimilation, il n'y a qu'un petit pas à franchir.

Au rang des similitudes entre la théorie de l'accessoire et celle de l'action directe, mentionnons que : (1) le titulaire de l'action (directe ou transmise à titre d'accessoire) est contractuellement lié au débiteur intermédiaire¹³⁵; (2) il se prévaut du droit de créance du débiteur intermédiaire sur le sous-débiteur; les deux mécanismes présentent donc un effet translatif¹³⁶; (3) son action est limitée par toutes les exceptions qu'aurait pu opposer le troisième au second; (4) le bénéfice de l'action exercée entre directement dans le patrimoine du créancier agissant.

Alors, pourquoi ne pas voir une action directe dans l'action que la doctrine majoritaire considère comme transmise à titre d'accessoire d'une chose? Telle était déjà l'idée défendue par De Page à propos de l'action en garantie des vices cachés, l'auteur voyant dans l'article 1615 du Code civil le fondement légal d'une action directe¹³⁷. Pour certains, la formulation retenue par la Cour en 1980 laisse d'ailleurs penser qu'elle s'est ralliée à cette explication¹³⁸.

La difficulté apparaît avec l'arrêt du 18 mai 2006, puisqu'il n'est plus question de faire application de l'article 1615. Deux voies sont donc possibles : soit l'on considère que la Cour a recouru à la théorie de l'accessoire pour créer une cession de créance, soit l'on estime qu'elle s'est départie du dogme legaliste pour créer une action directe. S'il semble, à la lecture de l'arrêt, qu'elle a choisi la première option, il convient de s'interroger sur l'opportunité de ce choix et de se demander s'il n'eût pas été plus judicieux de s'engager dans la seconde voie.

27. Les similitudes entre action directe et action transmise à titre accessoire nous invitent en effet à substituer la première à la seconde. Divers arguments plaident en faveur de cette substitution.

À titre liminaire, il convient d'écarter la critique fondamentale qui empêche la jurisprudence de consacrer l'action directe, à savoir son caractère légal (voy. *supra*). C. Jamin l'a démontré, il n'est pas exact que seul le législateur a et peut consacrer pareille action; ce n'est pas ce que nous enseigne l'histoire (voy. *supra*)¹³⁹.

(135) Il s'agit là d'une particularité des actions directes en garantie et en responsabilité qui n'exigent pas que leur titulaire dispose également d'une créance de garantie ou de responsabilité à l'encontre du débiteur intermédiaire, voy. C. JAMIN, *La notion d'action directe*, *op. cit.*, p. 360, n° 409.

(136) Voy. M. COZIAN, *L'action directe*, *op. cit.*, p. 270, n° 443; C. JAMIN, *La notion d'action directe*, *op. cit.*, p. 333, n° 376.

(137) DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 718.

(138) R.-O. DALCQ, « Les actions directes », *op. cit.*, p. 311, n° 10.

(139) Voy. aussi Ph. NONET, « Action directe et inopposabilité des exceptions », *Ann. Fac. dr. Liège*, 1963, p. 113, à propos de la jurisprudence : « Son rôle créateur de droit, que les théoriciens réduisent souvent à éclaircir les obscurités et combler les lacunes de la loi, elle l'a poussé ici [en matière d'actions directes] jusqu'à la négation aveugle de celle-ci ».

D'ailleurs, eu égard à l'arrêt de 2006, on ne voit pas en quoi il serait plus raisonnable pour la jurisprudence de créer une cession de créance en dehors de tout texte légal (voy. *supra*) plutôt qu'une action directe. En définitive, quelle que soit la qualification attribuée à cette action, il ne peut être nié que l'arrêt de 2006 emprunte le rôle créateur de droit de la jurisprudence. Une fois éludée la question de la légitimité de son intervention, il reste à se pencher sur la meilleure qualification à retenir.

On a d'abord critiqué le recours à la notion d'action directe en raison de l'imprécision de son régime¹⁴⁰. Or, le critère de l'accessoire ne permet pas plus de circonscrire son champ d'application, et d'ailleurs la question est toujours débattue de savoir quelles actions peuvent être transmises à titre d'accessoire et lesquelles ne le peuvent pas. Le régime de l'action directe paraît mieux construit que celui de la théorie de l'accessoire : il suffit de s'en tenir au droit commun ci-dessus exposé.

Deuxièmement, sous réserve de l'interprétation de F. Glansdorff (voy. *supra*), le critère de l'accessoire ne semble opérant qu'adossé à la transmission d'une chose corporelle. Or il n'est, rationnellement parlant, aucun motif de n'autoriser l'action contractuelle directe qu'en cas de transmission d'un bien. L'action directe au sens technique du terme n'est pas soumise à pareille limitation.

Troisièmement, la technique de l'action directe permet d'écarter la problématique des recours en garantie dans le cas où le créancier agit contre son débiteur direct plutôt que contre le sous-débiteur. La solution est la même selon que l'on considère que le titulaire de l'action dispose d'un droit propre ou des droits de son auteur. En effet, le débiteur intermédiaire ne transférant pas ses droits ou ne les transférant qu'au moment de l'exercice de l'action directe, il dispose toujours d'un titre lui conférant qualité pour agir¹⁴¹ et s'il est actionné par son créancier, il recouvre un intérêt né et actuel au sens des articles 17 et 18, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire en suite de cette action¹⁴².

Quatrièmement, la reconnaissance d'une action directe répondrait à la double préoccupation à laquelle l'institution entend répondre, à savoir l'économie de procédures¹⁴³ et « l'idée d'avantager le titulaire de cette action par rapport aux créanciers du débiteur intermédiaire en raison de la qualité particulière de sa créance »¹⁴⁴. La première préoccupation ne fait

(140) X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - Pour un retour aux sources! », *op. cit.*, p. 133; voy. aussi la critique adressée au régime de l'action directe promue en matière de groupe de contrats en France (voy. *supra*).

(141) *A fortiori* dira-t-on, dès lors que le seul fait pour une partie au procès de se prétendre titulaire d'un droit lui confère qualité et intérêt pour introduire une demande en justice, voy. récemment Cass., 26 février 2004, *Pas.*, 2004, I, 335; Cass., 2 avril 2004, *Pas.*, 2004, I, 573.

(142) Voy. C. DE BOE, « Le défaut d'intérêt né et actuel », *Ann. dr. Louvain*, 2006, p. 118, n° 30 : « si l'existence d'un préjudice apparaît dès à présent comme la conséquence inéluctable d'une situation déterminée, l'intérêt du demandeur est né et actuel ». On explique aisément de la sorte le recours en garantie, sans devoir recourir à l'idée d'une subrogation anticipée. En effet, ayant conservé son droit, dès que le vendeur intermédiaire est actionné, il recouvre intérêt et peut appeler son auteur en intervention.

(143) Voy. notamment Ph. NONET, *op. cit.*, pp. 95-96.

(144) P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, p. 128, n° 41.

(127) *La notion d'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1991, pp. 288-289, n°s 327-328. Pour son étude historique, spécialement pp. 126-157, n°s 156-178.

(128) X. DIEUX, « Nature et limites du droit du titulaire d'une action contre un cocontractant de son débiteur », *op. cit.*, p. 23, n° 11, note 53.

(129) « Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil) - Rapport à M. Pascal Clément, garde des sceaux, ministre de la Justice », 22 septembre 2005, disponible sur le site : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000622/0000.pdf>.

(130) Obs. sous Cass. 7 décembre 1973, *op. cit.*, p. 198, n° 31.

(131) « La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage », *op. cit.*, spécialement n° 26.

(132) Note sous Cass. fr., ass. plén., 12 juillet 1991, *op. cit.*, p. 556, n° 27.

(133) Voy. notamment M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Fr. POTTIER, *op. cit.*, p. 285, n° 340; J.-P. VERGAUWE, *op. cit.*, p. 229; Fr. BALLON, *op. cit.*, p. 102; B. LOUVEAUX, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », *op. cit.*, p. 298, n°s 1-2.

(134) 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. 173, n° 5.

aucun doute, mais d'aucuns sont circonspects concernant la seconde¹⁴⁵. Pourtant, le créancier dont question est une victime : il ne demande pas le paiement d'une somme mais l'indemnisation d'un dommage. Quelle créance mérite plus de protection qu'une créance de dommage¹⁴⁶?

Enfin, et l'argument nous paraît décisif, aucune règle ne fait en réalité obstacle à la reconnaissance d'une action directe en responsabilité. L'article 1165? Non, car il ne s'agit ici que d'actionner l'aspect actif de l'obligation, ce qui n'engendre aucune aggravation de la situation du sous-débiteur, pour autant qu'on l'autorise à opposer au créancier agissant les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre son propre créancier^{147 148}. Le principe de l'égalité des créanciers? Il ne s'oppose pas plus à cette reconnaissance dès lors que la créance à l'égard du sous-débiteur que l'on retrouve dans le patrimoine du débiteur intermédiaire ne peut être mise en œuvre par ce dernier¹⁴⁹. Le débiteur intermédiaire ne présente en effet pas en sa qualité de créancier (intermédiaire) l'intérêt nécessaire au sens des articles 17 et 18, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire pour pouvoir agir en justice, dès lors qu'il n'a subi aucun préjudice¹⁵⁰. En d'autres termes, l'action directe ne modifie en rien la situation patrimoniale du débiteur intermédiaire, de sorte qu'elle est sans incidence du point de vue des créanciers

(145) En ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, p. 128, n° 41; F. GLANSORFF, « Réflexions complémentaires 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, 11596, n° 7, note 21.

(146) Voy. R.O. DALCQ, « Les actions directes », *op. cit.*, p. 321, n° 26 : « L'action directe est (...) une institution qui protège son titulaire et spécialement les victimes de dommages ».

(147) X. DIEUX, « Nature et limites du droit du titulaire d'une action contre un cocontractant de son débiteur », *op. cit.*, pp. 18 et s., n° 7 et s.; R.O. DALCQ et Chr. DALCQ, « Quelques réflexions sur l'immunité de l'agent d'exécution », in X. Liber amicorum Jean-Luc Fagnart, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 461, n° 6; M. BACACHE-GIBELLI, *op. cit.*, pp. 258-259, n° 296.

(148) Comme l'indique X. DIEUX, « (...) le droit positif admet sans difficulté qu'un débiteur peut avoir à subir, contre son gré, un changement de créancier (...) », ce qu'illustrent les cas de la cession de créance et de la subrogation in « Nature et limites du droit du titulaire d'une action contre un cocontractant de son débiteur », *op. cit.*, p. 19, n° 8.

(149) Cette considération justifie à notre sens que l'action directe que nous envisageons puisse encore être intentée après la faillite (ou la liquidation). En effet, c'est sur pied de l'article 8 de la loi hypothécaire que la Cour de cassation a considéré que l'action directe de l'article 1798 du Code civil ne pouvait plus être intentée après la faillite, en ce que le patrimoine du failli constitue le gage commun de ses créanciers, voy. Cass., 27 mai 2004 et 23 septembre 2004 (deux arrêts) (précités).

(150) Certes, « la question de savoir si une partie a effectivement subi un dommage, ne se rapporte pas à la recevabilité, mais au fondement de la demande » (C. DE BOE, *op. cit.*, p. 99, n° 5). La Cour de cassation a en effet décidé que « si l'intérêt dont la recevabilité de l'action en justice dépend doit être né et actuel dès l'introduction de l'action, il n'est pas requis qu'à ce moment, le demandeur ait subi un dommage ou ait payé une indemnité à un tiers » (Cass., 29 février 1996, *Pas.*, 1996, I, 224). Cependant, il faut, pour avoir intérêt à former une action en justice, que le demandeur puisse retirer un avantage d'ordre pécuniaire ou moral du fait de l'action, qu'elle améliore sa condition juridique si elle aboutit (C. DE BOE, *op. cit.*, p. 99, n° 4). Or dans notre cas, il paraît évident qu'à défaut pour le demandeur d'avoir subi un dommage, il ne peut voir sa condition améliorée par l'intentement d'une action en responsabilité.

de celui-ci. Les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire sont donc saufs.

Il nous paraît donc opportun et tout à fait possible d'autoriser le maître de l'ouvrage à agir directement contre le sous-traitant.

28. Si l'on envisage le groupe de contrats comme un « ensemble de contrats unis par une unité d'objet »¹⁵¹, on trouve là une définition fonctionnelle idoine pour justifier une action contractuelle directe entre membres de ce groupe, sous réserve de la précision suivante.

À notre sens, bien que ce soit peut-être aller trop avant, on pourrait admettre l'action directe entre cocontractants extrêmes lorsque les contrats sont unis entre eux par une identité d'objet, pour autant que le(s) débiteur(s) intermédiaire(s) ne puisse(nt) faire valoir un droit de créance par rapport à cet objet. En effet, l'identité d'objet permet de circonscrire le champ d'application aux cas où une inexécution de ses obligations par l'un des cocontractants ne produit *in fine* ses conséquences que dans le chef du bénéficiaire final de l'objet, d'où la première condition. Par ailleurs, admettre que le créancier saisisse la créance du débiteur intermédiaire sur le sous-débiteur alors que celui-ci peut la mettre en œuvre reviendrait à soustraire un actif de son patrimoine au profit de ce créancier et au détriment des autres, ce qui irait à l'encontre du principe d'égalité des créanciers, d'où la seconde condition.

Si l'on s'en tient à notre problématique de départ, imaginons un contrat d'entreprise de construction d'une maison. L'entrepreneur fait appel à un sous-traitant pour la réalisation de la toiture. Il y a donc dans ces deux contrats une identité d'objet : la toiture. Des malfaçons apparaissent à celle-ci, en raison de la mauvaise exécution par le sous-traitant de ses obligations. Il y a donc mauvaise exécution du contrat de sous-traitance, et par voie de conséquence du contrat d'entreprise. Le maître de l'ouvrage dispose d'un droit de créance sur l'entrepreneur, lequel dispose d'un droit de créance sur le sous-traitant. Ce dernier ne peut cependant être mis en œuvre par le biais d'une action, dès lors que l'entrepreneur lui-même n'a pas subi de dommage (par hypothèse, le maître de l'ouvrage ne l'a pas actionné et a satisfait à ses obligations, c'est-à-dire qu'il a payé l'entrepreneur pour les travaux). Sur la base du contrat d'entreprise, le maître de l'ouvrage peut agir contre l'entrepreneur, qui répondra de la faute de son sous-traitant. Nous estimons qu'il doit aussi pouvoir agir contre le sous-traitant, sur la base d'une action directe qui mettrait en œuvre le droit de l'entrepreneur contre celui-ci. La situation de ce dernier ne serait pas aggravée et le patrimoine de l'entrepreneur ne serait en rien amputé, puisqu'il ne pouvait faire valoir cette créance.

En sens inverse, le sous-traitant pourrait-il demander l'exécution de l'obligation de payer une somme d'argent inexécutée par l'entrepreneur directement au maître de l'ouvrage qui n'a pas non plus payé l'entrepreneur? *A priori*, dès lors que la créance de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage peut être poursuivie, elle constitue un actif de son patrimoine et autoriser le sous-traitant à s'en saisir à son seul profit, lui procurerait

(151) Voy. M. BACACHE-GIBELLI, *op. cit.*, spécialement p. 262, n° 299. C'est la « chaîne » de contrats de B. TEYSSE.

un avantage par rapport aux autres créanciers que seule la loi est en mesure d'accorder. C'est ce que fait l'article 1798 du Code civil¹⁵².

En d'autres termes, nous estimons que l'action directe en responsabilité dans les groupes de contrats liés par leur objet ne méconnaît aucune disposition légale et pourrait être admise en dehors de toute intervention du législateur. Il en irait autrement des actions directes en paiement, qui risquent de porter atteinte au principe de l'égalité des créanciers, et qui à ce titre, ne pourraient être prévues que par un texte de loi.

7

Conclusion

La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité extracontractuelle des agents d'exécution semble trop bien assise que pour qu'advienne incessamment un revirement. Si l'on veut que ces sujets réintègrent leur sphère de responsabilité à l'égard des tiers, c'est donc — aussi paradoxal que cela puisse paraître — vers la responsabilité contractuelle qu'il faut se tourner.

Sans critiquer radicalement le principe de relativité, il convient d'en assouplir les contours pour tenir compte du phénomène de groupe. L'idée n'est pas, comme ce fut le cas en France, de justifier une action directe par le seul fait que les contrats présentent un lien entre eux, mais plutôt d'utiliser la notion de groupe pour définir le champ d'application de cette action directe. L'on répond ainsi à la critique d'imprécision dont on affuble la notion et l'on évite d'y recourir au mépris total de l'article 1165.

L'unité d'objet et l'absence de droit de créance auquel pourrai(en)t prétendre le(s) débiteur(s) intermédiaire(s) sur cet objet sont les deux caractéristiques de la forme de groupe que nous entendons utiliser. La définition est minimaliste, certes, mais fonctionnelle. Une action directe en responsabilité dans ce type de schéma ne viole aucunement le principe de l'égalité des créanciers. Et, sauf au principe de relativité de jouer la vierge effarouchée, il en va de même à son égard, puisque n'est aggravée la situation de personne.

Cette proposition ne doit cependant pas faire oublier ce qu'elle est : le fruit d'une réflexion *de lege ferenda* orientée vers l'institution d'une action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant en raison de l'iniquité de la situation actuelle. Elle n'est qu'une tentative d'ancrer l'équité dans la légalité, afin d'échapper aux conséquences du lourd broc ard *dura lex sed lex*. Pour autant, ce serait une gageure de la présenter comme la panacée. Indubitablement, le sujet fera encore couler beaucoup d'encre.

Julien CABAY

(152) On voit qu'ici l'argument de la différence de nature entre, d'une part, l'obligation du maître de l'ouvrage et, d'autre part, celle du sous-traitant ne conduit pas à dénier une action directe au premier, comme dans la motivation de l'arrêt de la Cour d'arbitrage (voy. *supra*), mais au contraire à lui en reconnaître une sans nécessiter d'intervention spécifique du législateur.