

de verhouding tussen de hoofdaannemer en de bouwheer onbeschikbaar en kan de uitoefening van de rechtstreekse vordering niet meer plaatsvinden. De onderaannemer moet dan de samenloop doorstaan met andere schuldeisers van de hoofdaannemer.

In die samenloop zal in geval van faillissement van de hoofdaannemer de onderaannemer zich dan wel beschermd weten door zijn voorrecht overeenkomstig artikel 20, 12° Hyp.W., doch zulks is hier niet aan de orde.

Verder is het hof van oordeel, in tegenstelling tot hetgeen appellante voorhoudt, dat de rechtstreekse vordering geenszins «herleeft» in het geval van het faillissement van de hoofdaannemer.

Zoals boven reeds gesteld moet om de rechtstreekse vordering te kunnen uitoefenen de schuldvordering nog beschikbaar zijn in het vermogen van de bouwheer op het ogenblik van het instellen van de rechtstreekse vordering en is ingevolge het voordien gelegd beslag *in casu* de rechtstreekse vordering onbeschikbaar geworden althans wat

betreft de bedragen waarvoor het anterior beslag werd gelegd.

Door het faillissement van de N.V. K. wordt het recht van de appellante evenwel niet opnieuw beschikbaar.

De vaststelling dat het faillissement het beslag, gelegd door de gewone en algemeen bevoorrechte schuldeisers doet ophouden (artikel 25 Faill.W.) ontnemt aan dit beslag immers niet de relevantie voor wat de beoordeling van de rechten van de onderaannemer betreft.

Individueel gelegd beslag gaat immers op in het collectief beslag dat in het faillissement begrepen is en dit collectief beslag komt in de plaats van dit individueel gelegd beslag. Het faillissement doet m.a.w. de gevolgen van dit individueel gelegd beslag niet retroactief teniet.

Gelet op bovenstaande acht het hof het hoger beroep van appellante ongegrond.

Het hof bevestigt integraal de bestreden vonnissen van de eerste rechter.

(...)»

Action directe (sous-traitant (ST))

COUR DE CASSATION, 1^{re} chambre, 20 janvier 2012, en cause État belge c. SA L. (R.G. n° C.10.0135.F)

- Président : C. Storck
- Pl. : Maître M. Mahieu

MOTS-CLÉS

Saisie-arrêt exécution (TVA) antérieure – Obstacle à l'introduction de l'action directe ex art. 1798 C. civ.

SOMMAIRE

Une saisie-arrêt pratiquée par un créancier de l'entrepreneur principal – en l'espèce une saisie-arrêt exécutoire pratiquée par l'administration TVA sur pied de l'article 85bis du Code de la TVA –, entre les mains du maître d'ouvrage frappe la créance-objet servant d'assiette à l'action directe visée à l'article 1798 C. civ. d'indisponibilité, laquelle fait obstacle à l'introduction de l'action directe par un sous-traitant.

Rechtstreekse vordering (onderaannemer (OA))

HOF VAN CASSATIE, 1^{ste} kamer, 20 januari 2012, inzake Belgische Staat t. NV L. (A.R. nr. C.10.0135.F)

- Voorzitter: C. Storck
- Pl.: Meester M. Mahieu

SLEUTELWOORDEN

Voorafgaande uitvoerend beslag onder derden (btw) – Belemmert het instellen van de rechtstreekse vordering ex art. 1798 BW.

SAMENVATTING

Een beslag onder derden door een schuldeiser van de hoofdaannemer in handen van de bouwheer – in casu een uitvoerend beslag onder derden gelegd door de btw administratie op grond van artikel 85bis van het Btw Wetboek – maakt het onderpand van de rechtstreekse vordering ex artikel 1798 BW onbeschikbaar waardoor het instellen ervan door een onderaannemer wordt verhinderd.

N° C.10.0135.F

« (...) »

III. La décision de la Cour

Sur le second moyen :

En vertu de l'article 1798, alinéa 1^{er}, du Code civil, les sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée.

Aux termes de l'article 8 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.

L'article 85bis du Code de la taxe sur la valeur ajoutée permet à l'administration de procéder, dans les conditions qu'il indique, à une saisie-arrêt exécution soumise, sous réserve de ce qu'il prévoit, aux dispositions des articles 1539, 1540, 1542, alinéas 1^{er} et 2, et 1543 du Code judiciaire.

En vertu des articles 1451 et 1540 du Code judiciaire, dès la réception de l'acte contenant une saisie-arrêt, le tiers saisi ne peut plus se dessaisir des sommes ou effets qui font l'objet de la saisie, à peine de pouvoir être

déclaré débiteur pur et simple des causes de la saisie.

Il s'ensuit qu'une saisie-arrêt pratiquée par un créancier de l'entrepreneur entre les mains du maître de l'ouvrage emporte l'indisponibilité de la créance de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage. Cette indisponibilité fait obstacle à l'introduction par un sous-traitant de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil.

L'arrêt constate, d'une part, qu'une saisie-arrêt a été pratiquée le 30 septembre 2005 entre les mains du demandeur sur la base de l'article 85bis, § 1^{er}, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée, d'autre part, que la défenderesse a cité directement le demandeur sur la base de l'article 1798 du Code civil le 10 janvier 2006.

L'arrêt, qui considère que "l'action directe du sous-traitant n'est pas entravée par une saisie-arrêt antérieure à l'intentement de l'action, dès lors que la dette du maître de l'ouvrage envers le débiteur saisi n'est pas éteinte par l'effet de cette saisie, sous réserve de l'indisponibilité qui en résulte" et que "la saisie-arrêt pratiquée le 30 septembre 2005 [...] est sans pertinence quant à l'appréciation du fondement de la demande de la défenderesse", viole les dispositions légales visées au moyen.

Le moyen est fondé.

(...) »

Observations

La saisie, tout comme la faillite, empêche l'exercice de l'action directe du sous-traitant : comparaison n'est pas raison...

1. Le Code civil a cela de formidable qu'il constitue pour les juristes une intarissable source d'inspiration. Parmi les dispositions qui invitent à prendre la plume, l'article 1798 figure en bonne place. C'est que, singulièrement depuis 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, l'action directe qu'il institue constitue l'une des bouteilles à encre du droit de la construction. On ne compte plus le nombre d'études à son propos¹. Deux arrêts nous invitent pourtant à nous y arrêter à nouveau, l'espace d'un instant, pour analyser brièvement les conséquences d'une saisie-arrêt pratiquée entre les mains du maître de l'ouvrage préalablement à l'intentement de l'action directe par le sous-traitant et l'influence éventuelle de la faillite subséquente de l'entrepreneur.

2. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 20 janvier 2011 ci-avant reproduit, le sous-traitant avait cité le 23 février 2003 son entrepreneur en paiement d'une série de factures. Trois jours plus tard, le 26 février, deux autres créanciers de l'entrepreneur pratiquaient une saisie-arrêt conservatoire entre les mains du maître de l'ouvrage. Le 5 mars, le sous-traitant citait le maître de l'ouvrage devant le tribunal de première instance de Bruges, en application de l'article 1798 du Code civil, en paiement des factures dont il avait postulé le paiement auprès de l'entrepreneur. L'entrepreneur fut condamné le 13 mars par le tribunal de Courtrai au paiement des dites factures et le 24 mars, il était déclaré en faillite par le tribunal de commerce de Bruges.

Le premier juge a estimé l'action directe recevable, mais qu'il fallait tenir compte des saisies-arrêts conservatoires pratiqués antérieurement. Aussi, il n'a déclaré l'action fondée à l'encontre du maître de l'ouvrage qu'en ce qui concerne le solde dont il se trouvait débiteur à l'égard de l'entrepreneur après déduction des montants saisis.

La Cour d'appel de Gand a confirmé le jugement. Après avoir rappelé certaines modalités de l'action directe (caractère non subsidiaire par rapport à l'action contre l'entrepreneur², possibilité de cumul avec la protection conférée par l'article 23 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics³), la cour estime que c'est à raison que le premier juge

1. Voy. la notice bibliographique établie par P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », in *La sous-traitance*, Bruxelles, Larcier, J.L.M.B. Opus n° 1, 2006, pp. 72-73. Pour les études les plus récentes, voy. notamment, outre ce dernier, O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant - Entre éclaircies et brouillard persistant », R.G.D.C., 2006, pp. 253 et s. ; L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées », in B. KOHL (sous la coord. de), *Droit de la construction*, Liège, Anthemis, formation permanente CUP, pp. 121 et s.

2. Voy. Cass., 13 octobre 1977, Pas., 1978, I, p. 192 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 716-717, n° 481.

3. Cela avait été contesté sans succès devant le premier juge. Entre-temps, la Cour de cassation est intervenue pour énoncer explicitement la possibilité du cumul ; voy. Cass., 27 mai 2004, R.C.J.B., 2005, p. 423, note M. GRÉGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers », R.D.C., 2004, p. 899, note J. WINDEY et Th. HÖRNER, « L'action directe en cas de faillite ». Probablement pour cette raison, plus aucune contestation sur ce point n'a jailli.

a tenu compte des saisies antérieures pour déterminer l'assiette de l'action directe. Elle déduit du caractère imparfait de l'action directe l'impossibilité pour le sous-traitant d'obtenir directement le paiement de sa créance auprès du maître de l'ouvrage, dès lors qu'une situation de concours est née avant l'exercice de l'action. Tel est le cas suivant la cour, lorsqu'un ou plusieurs créanciers a (ont) pratiqué une saisie-arrêt entre les mains du maître de l'ouvrage – sans qu'il importe de distinguer suivant qu'elle est pratiquée à titre conservatoire ou d'exécution – celle-ci ayant pour effet de rendre la créance indisponible dans les rapports entre ce dernier et l'entrepreneur. Dans pareille situation, le sous-traitant entre en concours avec les autres créanciers. La faillite subséquente de l'entrepreneur, si elle entraîne l'arrêt des saisies antérieures, ne fait pas pour autant revivre l'action directe, qui exige pour pouvoir être exercée la disponibilité de la créance-assiette. Dans ce cas, le sous-traitant sera protégé par son privilège, conformément à l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire. (ci-après L.H.).

3. Dans une autre affaire récente, également reproduite immédiatement ci-avant, la Cour de cassation est intervenue pour préciser la question traitée par l'arrêt de la Cour d'appel de Gand sur laquelle l'on entend s'appesantir. Ainsi, dans son arrêt du 20 janvier 2012, elle a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 23 septembre 2009 qui avait accueilli l'action directe intentée après une saisie-arrêt pratiquée par d'autres créanciers, au motif notamment que :

« En vertu des articles 1451 et 1540 du Code judiciaire, dès la réception de l'acte contenant une saisie-arrêt, le tiers saisi ne peut plus se dessaisir des sommes ou effets qui font l'objet de la saisie, à peine de pouvoir être déclaré débiteur pur et simple des causes de la saisie.

Il s'ensuit qu'une saisie-arrêt pratiquée par un créancier entre les mains du maître de l'ouvrage emporte l'indisponibilité de la créance de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage. Cette indisponibilité fait obstacle à l'introduction par un sous-traitant de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil. »

4. Ces deux arrêts s'inscrivent dans un mouvement jurisprudentiel initié par la Cour de cassation en 2004 et viennent préciser une question dont la réponse demeurait incertaine, à savoir la possibilité d'intenter l'action directe après qu'une saisie-arrêt a été pratiquée entre les mains du maître de l'ouvrage. Pour bien comprendre la portée de ces deux arrêts, il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour relative aux conséquences de la survenance d'une situation de concours postérieurement à l'exercice de l'action directe.

Par plusieurs arrêts rendus en 2004, dont deux à la même date du 23 septembre, respectivement en matière de faillite et de liquidation, la Cour de cassation a considéré que la survenance d'une situation de concours sur les biens de l'entrepreneur a pour effet de rendre sa créance sur le maître de l'ouvrage indisponible, empêchant dès lors l'exercice de l'action directe par le sous-traitant⁴. Le fait que deux arrêts aient été rendus le même

devant la cour d'appel.

4 Cass., 27 mai 2004, *op. cit.* (note 3) ; Cass., 23 septembre 2004 (deux arrêts), *R.C.J.B.*, 2005, p. 435, note M. GREGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers » ; *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1437, obs. P. HENRY, « Une controverse tranchée : toute situation de concours fait obstacle à l'introduction de l'action directe du sous-traitant » ; *T.B.O.*, 2005, p. 64, note M. DE THEÛE, « De rechtstreekse vordering van de onderaannemer nader bekeken ». Voy. également

jour a fait écrire à plusieurs auteurs qu'il s'agissait là d'une position de principe que la Cour entendrait appliquer à toute situation de concours⁵.

Cette jurisprudence a mis fin à une controverse qui aimait la doctrine et la jurisprudence et qui voyait s'opposer partisans et contempteurs d'une possibilité d'exercice de l'action directe après la survenance du concours⁶. Par ces arrêts, la Cour entérinait l'opinion que l'on disait minoritaire, au grand dam des sous-traitants qui voyaient par là la possibilité qui leur est offerte par l'article 1798 largement privée de tout effet utile⁷.

La situation en cas de concordat était également controversée⁸. Tel n'est cependant plus le cas aujourd'hui, dès lors que la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises – qui a abrogé le concordat et l'a remplacé par la réorganisation judiciaire – prévoit en son article 33, alinéa 3, que : « L'action directe instituée par l'article 1798 du Code civil n'est pas entravée par le jugement qui a déclaré ouverte la réorganisation judiciaire de l'entrepreneur, ni par les décisions prises par le tribunal au cours de celle-ci ou prises par application de l'article 59, § 2. » Ce qui fait dire à L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire que « [l]a Cour de cassation et le législateur ne seraient donc plus sur la même longueur d'ondes... »⁹

5. Quid en cas de saisie-arrêt ? Avant l'intervention de la Cour de cassation en 2004, il semble que la question n'ait pas fait l'objet d'une analyse très poussée. Ainsi que le relève M. Grégoire, « [l] fut d'emblée admis sans difficulté – et cette aisance est paradoxale lorsque l'on constate l'ampleur de la controverse, aujourd'hui tranchée, engendrée par la question de la survivance de l'action directe après la faillite de l'entrepreneur principal – que l'emprise exercée par un créancier sur la créance envers le maître de l'ouvrage, par la voie d'une saisie-arrêt, conservatoire ou exécution, entrave l'efficacité de l'action directe »¹⁰. Elle cite à l'appui C. Beudant¹¹, H. De Page¹² et E. Dirix¹³. L'on pourrait encore ajouter, notamment, C. Jassogne¹⁴, J.-P. Renard et M. Van den Abbeele¹⁵ ainsi que L. Simont¹⁶.

Cass., 14 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1204, obs. C. PARMENTIER, « L'exercice de l'action directe du sous-traitant en cas de concours des créanciers » ; Cass., 18 mars 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 998, note V. SAGAERT, « De uitoefening van een (onvolmaakte) rechtstreekse vordering : de kennisgeving aan de onderschuldenaar als peildatum ».

- 5 Voy. notamment J. WINDEY et Th. HÖRNER, *op. cit.*, p. 908, n° 14 ; K. VANHOVE et S. VAN LOOCK, « Rechtstreekse vordering van onderaannemer en samenloop », *Nijw*, 2005, p. 150, nos 15-18 ; P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 59 ; L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, p. 142, n° 30.
- 6 Pour un recensement des auteurs et juridictions défendant chacune de ces deux conceptions, voy. P. HENRY, « Une controverse tranchée : toute situation de concours fait obstacle à l'introduction de l'action directe du sous-traitant », *op. cit.*, pp. 1440-1441, notes 2-5.
- 7 C'est évidemment dans l'hypothèse d'un concours que l'action directe présente une réelle utilité, voy. notamment J.-P. RENARD, « Heurs et malheurs de l'action directe », obs. sous Cass., 25 mars 2005, *Entr. et Dr.*, 2005, p. 248, n° 13 ; P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 60 ; L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, p. 144, n° 33.
- 8 Sur cette controverse, voy. M. GREGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers », *op. cit.*, pp. 504-508, nos 36-40 et les réf. citées.
- 9 L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, p. 142, n° 31.
- 10 M. GREGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers », *op. cit.*, p. 523, n° 72.
- 11 *Cours de droit civil français*, t. XII, p. 252.
- 12 *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, p. 934.
- 13 « Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer », *R.W.*, 1989-1990, p. 1235, n° 8. *Addé* : E. DIRIX, « Rechtstreekse vordering en samenloop », note sous *Comm. Anvers*, 24 avril 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 266, n° 6 ; E. DIRIX, « De rechtstreekse vordering van de onderaannemer na verpanding », note sous *Civ. Turnhout*, 21 mai 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 412, n° 5.
- 14 « Action directe et privilège du sous-traitant », *R.R.D.*, 1991, p. 124.
- 15 « Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur général », *Entr. et Dr.*, 1997, p. 142.
- 16 « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », note sous Liège, 21 février 1964, *R.C.J.B.*, 1964, p. 40, n° 6.

Suite à l'intervention de notre Cour suprême, la question s'est posée avec plus d'acuité, d'autant plus qu'il était soutenu dans la seconde branche du deuxième moyen du pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt du 27 mai 2004 que la saisie-arrêt pratiquée avant la faillite de l'entrepreneur faisait obstacle à l'intentement ultérieur de l'action directe par le sous-traitant¹⁷. Plusieurs auteurs ont alors émis l'opinion que la solution appliquée en matière de faillite et de liquidation devait être appliquée au cas de la saisie-arrêt. Ils estiment en effet que la saisie-arrêt a pour effet de rendre indisponible la créance de l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage, qui échappe ainsi à la mainmise des autres créanciers et ne peut être transportée au profit du demandeur à l'action directe¹⁸.

D'autres se sont montrés plus circonspects.

Ainsi P. Henry doute de cette application analogique, observant que le concours consécutif à l'intervention d'au moins deux créanciers à la saisie n'est pas la résultante d'une mesure juridique qui dessaisit le débiteur de ses biens¹⁹.

O. Jauniaux également s'est montré particulièrement dubitatif quant à cette analogie entre la faillite et la liquidation, d'une part, la saisie-arrêt, d'autre part. Ses critiques peuvent être synthétisées comme suit. Tout d'abord, la saisie-arrêt ne crée pas par elle-même une situation de concours. Il faut nécessairement l'intervention d'au moins deux créanciers²⁰. Ensuite, dès lors que la saisie n'entraîne pas le dessaisissement du saisi, la créance demeure dans son patrimoine. Elle ne profite qu'au créancier saisissant, de sorte que l'indisponibilité est relative. Par ailleurs, le concours résultant d'une saisie ne porte pas sur l'ensemble du patrimoine du saisi, mais uniquement sur l'objet de la saisie. Enfin, il rappelle que l'ordre des saisies ne détermine pas l'ordre des paiements. Il estime donc que l'action directe de l'article 1798 pourrait encore être intentée après la saisie. On ajoutera encore cette observation de l'auteur, qui semble estimer que la saisie-arrêt et l'action directe sont singulièrement apparentées et qu'il serait donc curieux d'admettre que l'on réserve « (...) un sort plus défavorable à une catégorie particulière de créanciers pourtant nanti légalement d'un droit propre par rapport à tout autre créancier se trouvant dans les conditions d'exercer une saisie-arrêt »²¹. Cette opinion a été suivie par la cour d'appel de Bruxelles qui a refusé de transposer les enseignements de la Cour au cas de la saisie-arrêt²².

Plus récemment encore, L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire ont relevé que la Cour de cassation a incidemment évoqué la question de la saisie-arrêt dans un arrêt du 18 mars 2010²³.

- 17 La Cour n'a cependant pas examiné cette seconde branche, ayant prononcé la cassation sur la base de la première branche et la seconde ne pouvant entraîner une cassation plus étendue.
- 18 Voy. notamment F. T'KINT et W. DERICKE, « Overzicht van rechtspraak (1990-2004) - Het voorrecht en de rechtstreekse rechtvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer », *R.D.C.*, 2004, p. 858, n° 10 ; J. WINDEY et Th. HÜRNER, *op. cit.*, p. 908, n° 14 ; M. DE THEUE, *op. cit.*, p. 68 ; K. VANHOVE et S. VAN LOOCK, *op. cit.*, p. 148, n° 9 ; M. GREGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers », *op. cit.*, p. 523, n° 72 ; M. SOMERS, « De gevoigen onderaannemer », obs. sous Bruxelles, 8 avril 2009, *Entr. et Dr.*, 2010, p. 74, n° 10.
- 19 P. HENRY, « Une controverse tranchée : toute situation de concours fait obstacle à l'introduction de l'action directe du sous-traitant », *op. cit.*, p. 1441, note 7 ; P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 59.
- 20 Sur ce point, la motivation de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand paraît critiquable. Dans les circonstances cependant, deux créanciers avaient pratiqué une saisie-arrêt entre les mains du maître de l'ouvrage.
- 21 O. JAUNIAUX, *op. cit.*, pp. 265-267, n° 28.
- 22 Voy. notamment Bruxelles, 8 avril 2009, *Entr. et Dr.*, 2010, p. 62, obs. M. SOMERS, *op. cit.*
- 23 Cass., 18 mars 2010, *op. cit.* (note 4).

Celle-ci ayant opéré un rapprochement entre l'action directe et la saisie-arrêt, qui toutes deux auraient pour conséquence « (...) que l'action exercée par l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage devient indisponible », les deux auteurs y ont vu une indication de ce que la Cour entend appliquer sa jurisprudence de 2004 au cas de la saisie-arrêt. Ils ont alors critiqué cette position en reprenant l'opinion de P. Van Ommeslaghe, qui écrit dans son *Droit des obligations* que :

« (...) une saisie ne confère à celui qui la pratique aucun privilège et ne fait pas obstacle à l'exercice de leurs droits par d'autres créanciers, sauf à respecter les règles du concours. Dès lors, le titulaire de l'action directe peut exercer ses droits nonobstant la saisie dès lors qu'il jouit d'un droit de préférence à l'égard des créanciers du débiteur intermédiaire. De plus, en droit belge, la saisie-arrêt n'a jamais pour effet de transporter la créance saisie au profit du saisissant de sorte que l'on ne peut l'assimiler à une cession de créance. »²⁴

6. La Cour de cassation, pas plus que la Cour d'appel de Gand, n'a été sensible à ces critiques. L'application analogique de la jurisprudence de 2004 au cas de la saisie-arrêt ressort clairement de la motivation des deux juridictions. S'agissant d'ailleurs de l'arrêt de la Cour de cassation, les conclusions du procureur général J.-F. Leclercq sont explicites. En effet, après avoir relevé les opinions précitées de P. Henry et de O. Jauniaux, il écrit que :

« Nonobstant toutes ces réserves, il semble peu douteux qu'il faut déduire du raisonnement de la Cour dans ses arrêts du 27 mai et 23 septembre 2004 qu'une indisponibilité de la créance-objet de l'action directe suite à une saisie-arrêt antérieure doit également faire conclure à l'impossibilité d'intenter postérieurement pareille action.

La saisie-arrêt (conservatoire ou exécution) a, en effet, légalement, le même effet de rendre la créance-objet indisponible, et ce, dès la réception par le tiers saisi de l'acte contenant la saisie-arrêt selon les termes mêmes des articles 1451 et 1540 du Code judiciaire.

À partir de là, il est aisé de faire l'analogie avec la solution retenue par les trois arrêts de la Cour des 27 mai et 23 septembre 2004, et de considérer avec J. Windey et Th. Hürner que : « La saisie-arrêt exercée antérieurement à l'introduction de l'action a pour effet d'empêcher l'exercice de cette dernière ». » (Nous soulignons.)²⁵

7. Une différence majeure semble cependant résulter des solutions retenues par chacun de ces arrêts. En effet, alors que la Cour d'appel de Gand admet l'exercice de l'action directe postérieurement à la saisie, la créance-assiette de cette action étant simplement diminuée des montants saisis, la Cour de cassation estime que la saisie préalable rend impossible l'exercice de l'action directe.

Dans le respect des principes, la solution retenue par la Cour de cassation s'impose. En effet, la saisie-arrêt entraîne l'indisponibilité totale de la créance²⁶, de sorte que si à la suite de la Cour l'on fonde la solution sur le caractère indisponible de la créance, l'action directe

24 P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 725, n° 487 ; L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, p. 143, n° 32.

25 Concl. proc. gén. J.-F. Leclercq sous Cass., 20 janvier 2012, n° 18, disponibles sur Juridat.

26 Voy. notamment G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, éd. Faculté de droit de Liège, 1988, pp. 369 et s., n° 197 et s. ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, 3^{ème} éd., Anvers, Story Scientia, 2010, p. 477, n° 761 et les réf. citées.

ne peut plus être intentée. Il ne fait pas de doute que telle est l'opinion de la Cour, du fait du libellé de l'arrêt et des conclusions du procureur général²⁷.

Dans le respect de la logique qui sous-tend ces principes maintenant, la solution retenue par la Cour d'appel de Gand apparaît préférable. En effet, ainsi que l'écrit G. de Leval :

« L'indisponibilité totale est imposée par la règle suivant laquelle une saisie ne confère aucun privilège au premier saisissant ; jusqu'au jour du paiement sur le produit de la saisie, celui-ci peut voir apparaître d'autres créanciers de telle sorte qu'il n'est pas possible de savoir, au moment de la saisie, quel sera le montant du passif à régler à l'aide de l'actif saisi. Partant, si le premier saisissant ne pouvait appréhender qu'une valeur égale aux causes de la saisie alors qu'il ne bénéficie en cette qualité d'aucun droit exclusif sur l'assiette saisie, la saisie conservatoire risquerait de perdre par lui tout ou partie de son utilité. Il importe donc que la saisie conservatoire frappe d'indisponibilité l'entièreté du bien saisi afin de permettre le respect de la loi du concours, c'est-à-dire le désintéressement optimal du saisissant et des autres créanciers associés à la poursuite. »²⁸

Suivant cette logique, il n'y a aucune raison d'opposer l'indisponibilité totale de la créance au sous-traitant agissant directement, pour autant que les droits des premiers saisissants soient préservés. En déduisant de l'assiette de l'action directe les montants correspondants aux créances des saisissants au moment de son introduction, l'on parviendrait à préserver leurs droits tout en autorisant le sous-traitant à agir pour partie sur pied de l'article 1798 du Code civil.

Cette solution n'est cependant évidente qu'en apparence, et si l'on pousse le raisonnement jusqu'à son terme, l'on est forcé de constater qu'il est intenable. Car si l'on veut respecter pleinement les droits des premiers créanciers saisissants, ne faudrait-il pas également déduire de l'assiette de l'action directe les montants des créances de ceux qui se sont joints à la saisie postérieurement à son intentement ? L'admettre revient à opposer au titulaire de l'action directe une exception²⁹ née postérieurement à son intentement, contrairement aux principes régissant leur opposabilité³⁰. Et si on le refuse, de deux choses l'une. Soit ces créanciers saisissants « tardifs » ne peuvent se joindre à la saisie, en méconnaissance des règles en la matière prévues par le Code judiciaire, ainsi que des règles du concours (les premiers saisissants ne disposent pas de privilège du fait de la saisie). Soit ils peuvent s'y joindre, mais par rapport à une assiette réduite, éventuellement au détriment des premiers saisissants (si ces créanciers « tardifs » bénéficient d'un privi-

27 Ce dernier fait en effet référence dans ses conclusions (n° 18) à la note de M. SOMERS (op. cit., p. 73, n° 8) qui critique la thèse de l'admissibilité de l'action directe postérieurement à la saisie en rappelant « (...) que le caractère relatif d'une saisie-arrêt ne concerne que son opposabilité à tout autre créancier intervenant ultérieurement et qu'il n'a aucune incidence sur les effets internes de la saisie-arrêt, à savoir l'indisponibilité de la créance entière ».

28 G. DE LEVAL, op. cit., pp. 370-371, n° 198.

29 À proprement parler, l'indisponibilité qui affecte la créance-assiette ne constitue pas une « exception », dès lors qu'elle ne naît pas des rapports entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur ou entre celui-ci et le sous-traitant. Elle joue cependant le même rôle (faire échec à l'action directe en raison du statut de la créance-assiette). La qualification de l'indisponibilité comme constituant une exception découle du reste du lien établi avec le caractère imparfait de l'action directe au soutien de la solution des deux arrêts commentés (voy. infra, n° 10).

30 Voy. notamment P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., p. 721, n° 485 ; L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, op. cit., p. 140, n° 27 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », in M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Liège, formation permanente CUP, 2003, p. 147, n° 108.

lège de rang supérieur) et en tout cas en méconnaissance de la logique qui sous-tend le principe de l'indisponibilité totale.

Si maintenant aucun créancier ne s'est associé, postérieurement à l'action directe, à la saisie pratiquée antérieurement, comme c'était le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand, les principes sont-ils saufs ? Cela pourrait être le cas, mais à la condition de prendre en considération le fait que les créances des premiers saisissants évoluent, ne serait-ce que parce qu'elles produisent des intérêts. Dès lors, toujours dans le but de respecter la logique qui sous-tend le principe de l'indisponibilité totale, l'on ne pourrait déduire de l'action directe les montants correspondants aux créances des saisissants qu'une fois qu'ils sont définitivement fixés. En principe, si l'on s'en tient au seul cas des intérêts produits, il s'agira du jour du paiement³¹, mais il pourra parfois en aller autrement, par exemple en cas de faillite³². Le paiement au sous-traitant par le maître de l'ouvrage ne pourrait donc intervenir qu'après le paiement des créanciers premiers saisissants, alors même que l'on enseigne traditionnellement que l'action directe confère à son titulaire un droit de préférence³³. On a alors du mal à voir en quoi « (...) l'action directe constitu[e] une mesure d'exécution, apparentée à la saisie-arrêt, mais plus rapide et plus efficace »³⁴...

Et si l'on considère qu'il faut simplement déduire de l'assiette de l'action directe les montants saisis tels que fixés au moment de l'intentement de celle-ci, alors la solution ne peut être fondée ni sur le principe de l'indisponibilité, ni sur sa justification. D'un point de vue théorique, pareille solution ne paraît pas pouvoir être reçue. C'est pourtant celle-ci que semble avoir retenue la cour³⁵.

En bref, la solution de la Cour de cassation respecte la règle de l'indisponibilité totale, mais sans égard à la logique qui la sous-tend, tandis que la solution de la Cour d'appel de Gand (du moins suivant la première lecture que l'on en a faite) méconnaît la règle de l'indisponibilité totale tout en se conformant à sa logique. Et dans les deux cas, l'action directe est entravée, soit qu'elle n'est pas possible (Cass.), soit qu'elle doit intervenir après le paiement des créanciers premiers saisissants et n'a donc plus rien d'une action directe (Gand, 1^{ère} lecture)...

La solution que semble avoir entériné la Cour d'appel de Gand (2^{ème} lecture), si elle emporte quelque entorse aux principes, témoigne d'un certain pragmatisme et en tout cas,

31 Les intérêts moratoires ont en effet pour but d'« (...) indemniser le retard de paiement d'une dette de somme (...) », voy. Ph. LACONTE, « Les intérêts compensatoires et moratoires en matière contractuelle », *J.T.*, 2005, p. 536, n° 37. Sur l'imputation des paiements, voy. C. DALCO, « L'imputation des paiements », *J.T.*, 1988, pp. 77 et s. ; Chr. DALCO, « De l'imputation des intérêts produits par une dette de valeur en matière contractuelle », note sous Cass., 28 octobre 1993, *R.C.J.B.*, 1996, pp. 136 et s.

32 Le jugement déclaratif de faillite arrête le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège spécial, par un nantissement ou par une hypothèque à l'égard de la masse (art. 23, al. 1^{er}, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites). Cette règle ne frappe pas certaines créances, notamment celles garanties par un privilège spécial (art. 23, al. 2). Voy. A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 294-296, n° 403-406.

33 Voy. notamment P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., p. 715, n° 480 ; L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, op. cit., p. 125, n° 3 et les réf. citées. Ces derniers soulignent toutefois que compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, on ne peut plus considérer que la reconnaissance d'un droit de préférence constitue une caractéristique de l'action directe (p. 144, n° 33).

34 B. STARCK, *Rép. Dalloz de droit civil*, vo « Action directe », n° 8 et 60, cité par L. SIMONT, « L'action directe de la victime d'un accident automobile contre l'assureur du propriétaire de celle-ci », note sous Cass., 18 janvier 1962, Cass., 16 février 1962, *R.C.J.B.*, 1962, p. 468, n° 5 ; également J. WINDEY et Th. HÖRNER, op. cit., p. 905, n° 4.

35 Semble, disons-nous, car l'on ne dispose pas d'information sur les créances des deux premiers saisissants.

s'avère bien plus favorable au sous-traitant que celle de la Cour de cassation. Il n'est cependant pas certain que la solution gantoise reflète l'état actuel du droit positif, l'arrêt de notre Cour suprême étant intervenu postérieurement.

8. La faveur qu'offre la solution gantoise est cependant toute relative, surtout lorsque l'on envisage la situation du sous-traitant de manière globale. L'on sait en effet que l'un des arguments pour refuser au sous-traitant d'exercer l'action directe postérieurement à la faillite de l'entrepreneur est tiré de la coexistence de celle-ci avec le privilège qui lui est reconnu par l'article 20, 12°, L.H.³⁶. Séduisant en matière de faillite, l'on doute de sa pertinence en cas de saisie-arrêt, l'articulation entre action directe et privilège étant quelque peu différente.

À titre liminaire, relevons que du fait du rapprochement qui existe entre la saisie-arrêt et l'action directe³⁷, opéré d'ailleurs par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 18 mars 2010³⁸, l'on pourrait admettre que par l'exercice de la seconde, le sous-traitant se joigne à la première procédure. Quoi qu'il en soit, si l'exercice de l'action directe ne devait lui permettre de se joindre à la saisie-arrêt antérieure, il pourrait toujours se placer en concours avec les premiers saisissants en procédant à son tour une saisie-arrêt³⁹. Et en définitive, la faillite entraînera l'arrêt des saisies individuelles⁴⁰ et placera tous les créanciers sur un pied d'égalité⁴¹.

On se pose alors la question suivante : est-il bien légitime d'empêcher au sous-traitant qui a introduit son action directe après la saisie-arrêt, mais avant le jugement déclaratif de faillite, d'obtenir paiement de sa créance dans l'hypothèse où les créanciers saisissants ayant agi avant lui bénéficient d'un privilège d'un rang inférieur au sien ? L'hypothèse ne sera pas rare. En effet, pour peu que l'on se situe dans les cinq ans à partir de l'émission de la facture par le sous-traitant⁴², son privilège existe et n'est primé que par le privilège des frais de justice (art. 21 L.H.), le privilège des frais funéraires (art. 25 L.H.) et les frais de conservation de la chose exposés postérieurement à la naissance du privilège (art. 22 L.H.)⁴³. Suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 2005, et alors que la question était controversée⁴⁴, il prime même les droits du créancier-gagiste sur fonds de commerce. Reste le cas où les créanciers premiers saisissants seraient eux-mêmes des sous-traitants (qui bénéficient donc d'un privilège de même rang que le sous-traitant qui agit directement). Mais l'on peut raisonnablement penser que dans la majeure partie des cas, en dehors de toute insolvabilité de l'entrepreneur, ils exerceront logiquement l'action di-

36 Voy. notamment E. DIRIX, « Rechtstreekse vordering en samenloop », *op. cit.*, p. 266, n° 6 ; W. DERUJCKE, « Sûretés : entre crédit et discrédit - Questions spéciales du droit des sûretés à l'usage des petites et moyennes entreprises », *Ann. dt. Louvain*, 1999, pp. 145-151, n° 47-52 ; Ph. GERARD et J. WINDEY, « Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire : à contre-courant », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 390, n° 8.

37 Voy. notamment E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Anvers - Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, pp. 128-129, n° 176 ; O. JAUNIAUX, *op. cit.*, p. 267, n° 28 ; V. SAGAERT, *op. cit.*, pp. 999-1000, n° 4.

38 Cass., 18 mars 2010, précitée (note 4).

39 Voy. A. KLUYSKENS, *Beginnselen van Burgerlijk Recht*, quatrième partie, *De contracten*, n° 369, éd. 1952, auquel il est fait référence dans le rapport Aerts sur le projet de loi complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1989-1990, n° 855/2, p. 4.

40 Art. 25 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites. Voy. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 454, n° 616-617.

41 Sans préjudice des causes légitimes de préférence, voy. A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 56 et s., n° 32 et s.

42 Art. 20, 12° L.H. ; voy. P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 64.

43 P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 64.

44 Cass., 25 mars 2005, *R.C.J.B.*, 2005, p. 472 et la note de M. GRÉGOIRE. Sur la controverse, spécialement pp. 531-540, n° 88-92.

recte de l'article 1798 du Code civil plutôt que de procéder à une saisie-arrêt pour se prévaloir ultérieurement de leur privilège⁴⁵.

Dans l'hypothèse donc où les premiers saisissants ne sont pas des sous-traitants, qu'advient-il ensuite de la saisie et de l'action directe ? Plusieurs possibilités doivent être envisagées.

Soit, hypothèse la plus simple, la saisie est levée. L'objet saisi devient alors à nouveau disponible, l'action directe « revit » et elle peut donc sortir ses effets⁴⁶.

Soit la saisie est menée jusqu'à son terme avant le jugement déclaratif de faillite, et le produit de la saisie sera alors distribué entre les créanciers saisissants, et par préférence au sous-traitant en raison de son privilège. La saisie préalable à l'intentement de l'action directe ne procure donc aucun avantage au créancier premier saisissant⁴⁷. On ne voit donc pas pourquoi l'action directe du sous-traitant ne pourrait être admise dans cette hypothèse.

Soit, troisième situation (la plus fréquente en pratique), la faillite intervient avant la fin de la procédure de saisie. À suivre la Cour d'appel de Gand (et implicitement la Cour de cassation), la faillite ne fait pas « revivre » l'action directe, puisqu'elle suppose pour son exercice que la créance de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage soit disponible. Or la créance ne redevient pas disponible du fait de la faillite. Celle-ci entraîne certes l'arrêt des saisies individuelles (voy. *supra*), mais l'indisponibilité de l'objet saisi qui en découle est désormais une conséquence même du dessaisissement qui intervient dans le cadre de la faillite⁴⁸. On appliquera donc les règles du concours, et dès lors que le sous-traitant bénéficie d'un privilège de rang supérieur, il sera en tout état de cause payé avant les créanciers premiers saisissants. Il n'y aurait donc rien de choquant à admettre également que l'action directe ait pu sortir ses effets, nonobstant la saisie antérieure.

Maintenant, dans cette situation de faillite, le sous-traitant, qui seul avait exercé son action directe avant le jugement déclaratif, risque de se retrouver confronté aux prétentions d'autres sous-traitants, qui eux n'ont pas agi. En effet, il n'est plus question d'action directe, et ceux-ci bénéficient du même privilège que celui qui a agi avant la faillite. Ils doivent donc tous être traités sur un pied d'égalité⁴⁹. Or leur privilège s'exerce sur une même assiette, laquelle comprend « (...) la totalité des sommes dues par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur général du fait de la construction, et pas uniquement ce qui est dû par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur général au titre de rémunérations des prestations ef-

45 Certains estiment qu'il est dangereux pour le sous-traitant de procéder de la sorte, car il risquerait, par l'exercice de l'action directe, d'engager sa responsabilité envers son entrepreneur pour avoir porté atteinte à son crédit ; voy. P. WERY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *R.R.D.*, 1997, p. 179, n° 7 ; J.-P. RENARD, *op. cit.*, p. 247, n° 13. Cependant, il s'agit là d'une conséquence même du système mis sur pied par la Cour de cassation : dès lors que l'action directe ne peut être exercée en cas de faillite, elle doit être nécessairement avant. Du reste, on imagine mal que l'action directe exercée quand la faillite est imminente (voy. par exemple le cas soumis à la Cour d'appel de Gand : action directe intentée le 5 mars et faillite déclarée le 24 mars) puisse engager la responsabilité du sous-traitant vis-à-vis de l'entrepreneur.

46 M. SOMERS, *op. cit.*, p. 75, n° 11.

47 La saisie ne confère aucun privilège à celui qui la pratique, voy. *supra*.

48 Voy. notamment Cass., 23 septembre 2004, *op. cit.* (note 4).

49 Voy. l'art. 14 L.H. : « Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence ». Voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 393, n° 393-394.

fectuées par le sous-traitant »⁵⁰. Il peut donc y avoir concours entre les sous-traitants, alors même que l'un d'eux a agi directement avant la faillite. Autrement dit, dans cette situation, empêcher l'exercice de l'action directe par le sous-traitant n'avantage aucunement les créanciers premiers saisissants ; par contre, elle est susceptible de léser les intérêts du sous-traitant qui aura agi avant la faillite. Ou pour le dire plus simplement encore, sous prétexte de préserver les droits acquis des tiers, on en revient à léser un droit accordé par la loi au sous-traitant, sans avantage quelconque pour lesdits tiers.

On voit donc que contrairement à l'opinion de certains⁵¹, l'article 20, 12°, L.H. n'offre pas de facto une protection équivalente à celle de l'article 1798 du Code civil. Il en va d'autant plus ainsi que la durée du privilège est de cinq ans, tandis que l'action directe est prescrite en dix ans, conformément au droit commun de l'article 2262bis du Code civil⁵².

Relevons toutefois que suivant la solution gantoise (selon laquelle l'action directe est admise pour partie), le concours ne portera que sur le montant correspondant à ce que le sous-traitant n'a pu obtenir par l'exercice de l'action directe intentée avant la faillite (et qui équivaut au montant des créances-causes de(s) (la) saisie(s) antérieure(s)). Cette solution est dès lors potentiellement moins attentatoire à ses intérêts que celle proposée par la Cour de cassation, suivant laquelle le concours portera sur la totalité de la créance-cause de l'action directe (l'action directe ne pouvant aucunement être intentée après la saisie-arrêt).

Singulièrement, la solution retenue par la Cour d'appel de Gand est exactement inverse à l'ordre des priorités qui, *in fine*, sera entériné lorsque le produit de la saisie ou la masse du failli sera partagé entre les créanciers. Quant à la solution de la Cour de cassation⁵³, elle nie purement et simplement cet ordre de priorité. Et dans les deux cas, l'on récompense l'inertie des sous-traitants peu attentifs à la situation de leur entrepreneur et qui n'ont pas agi avant la faillite, au préjudice de celui qui, consciencieux et diligent, a agi directement contre le maître de l'ouvrage en temps utile. Cela ne nous paraît pas justifié.

9. Enfin, puisque l'on parle de justification, ne peut-on pas s'interroger également sur celle qui fonde l'analogie entre la situation de la faillite de l'entrepreneur et le cas de la saisie-arrêt ? On l'a vu, c'est l'idée d'indisponibilité qui justifie que la solution échafaudée en 2004 en matière de faillite puisse être appliquée en matière de saisie. Mais l'indisponibilité de la créance-assiette est, à elle seule, impuissante à justifier la solution. En effet, ce n'est que parce que l'action directe est qualifiée d'imparfaite⁵⁴, ne prenant sa forme définitive qu'au moment de son intentement, que le sous-traitant peut se voir contraint de subir les vicissitudes qu'a connues la créance préalablement à son action⁵⁵.

50 P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, pp. 62-63.

51 M. SOMERS, *op. cit.*, p. 75, n° 11.

52 Voy. P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, pp. 56 et 64 ; M. DE THEUË, *op. cit.*, p. 69.

53 On relèvera d'ailleurs que dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, la saisie-arrêt antérieure avait été pratiquée à la requête du SPF Finances, en application de l'article 85bis, § 1^{er}, du Code de la TVA, et donc pour des créances garanties par un privilège général prévu par l'article 86 du même Code. Or, en application de l'article 26 L.H., ce privilège général est primé par le privilège spécial du sous-traitant...

54 Voy. notamment E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, *op. cit.*, p. 108, n° 143 et les réf. citées ; P. WERY, *op. cit.*, p. 179, n° 8 et les réf. citées.

55 Le lien entre le caractère imparfait de l'action directe et l'indisponibilité de la créance-assiette du fait de la saisie-arrêt, lien qui sert à justifier la solution de la Cour d'appel de Gand et de la Cour de cassation, ressort clairement de la motivation de la première et des conclusions du procureur général (nos 14-15) sous l'arrêt de la seconde.

On ne peut alors manquer de se poser la question : toutes les exceptions (et autres moyens de défense) se valent-elles ? Doit-on mettre sur un même pied le paiement par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur, l'exception d'inexécution que pourrait invoquer le maître, la saisie-arrêt entre ses mains ou encore la faillite de l'entrepreneur ? L'idée que les différentes exceptions pourraient avoir un statut différent n'a rien de saugrenu. C'est d'ailleurs déjà le cas, si l'on pense à l'exception d'inexécution, puisqu'elle peut être invoquée par le maître de l'ouvrage même si l'inexécution intervient après l'exercice de l'action directe⁵⁶. Déjà à ce propos, on pourrait se demander si une analogie entre l'exception d'inexécution et l'action directe de l'article 1798 du Code civil ne serait pas possible. En effet, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, l'exception d'inexécution naît dès le moment de la conclusion du contrat synallagmatique, auquel elle est inhérente⁵⁷. Pareillement, l'action directe instituée par l'article 1798 du Code civil ne pourrait-elle être considérée inhérente au contrat de sous-traitance⁵⁸ ? On est en droit de se poser la question. Pour y répondre (positivement ou négativement⁵⁹), une profonde analyse s'impose. Faut de temps et d'espace, nous laissons donc la question en suspens...

Mais même sans aller jusque-là, qui ne voit pas la différence fondamentale existant entre le paiement préalable à l'entrepreneur (par exemple), la saisie de la créance de l'entrepreneur et la faillite de celui-ci ? Autoriser le maître de l'ouvrage à opposer au sous-traitant le paiement qu'il a déjà effectué à l'entrepreneur assure la protection du maître. Empêcher tout paiement ensuite de la faillite de l'entrepreneur permet de protéger la masse des créanciers. Mais permettre au maître d'opposer la saisie-arrêt pratiquée entre ses mains ? Il n'est nullement question dans ce cas de protéger le maître, ou l'ensemble des créanciers, mais simplement ceux qui ont procédé à une saisie antérieure. Or, déjà que la balance des intérêts semble pencher en faveur du sous-traitant (dont le sort particulier a tout de même justifié la reconnaissance d'une action directe)⁶⁰, il en va d'autant plus ainsi si l'on a égard au jeu des privilèges, puisque concrètement, sauf pour les créanciers premiers saisissants à être eux-mêmes sous-traitants, ils seront de toute façon payés après le sous-traitant qui a agi.

Pour le dire autrement, que le débiteur puisse s'opposer aux prétentions indues de son créancier⁶¹, cela va de soi. Que l'intérêt d'un seul créancier – même si le législateur a témoigné à son égard d'une bienveillance particulière – doive céder face à la masse des créanciers du débiteur failli, cela se comprend tout autant. Mais qu'un tiers – tant en ce

56 Voy. notamment Cass., 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1039, obs. P. HENRY, « Action directe du sous-traitant : deux nouvelles précisions importantes » ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 722, n° 485 ; L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, p. 141, n° 28 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *op. cit.*, pp. 147-148, n° 108.

57 Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 872-873, n° 578 et les réf. citées.

58 D'autant qu'il n'est pas possible de l'écartier dans le contrat de sous-traitance par une clause dérogatoire. Pareille clause sera nulle (nullité relative). Il n'est pas non plus possible pour le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur de l'écartier en vertu du contrat d'entreprise. Pareille clause sera inopposable (principe de la relativité des conventions). Voy. notamment L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, pp. 145-146, nos 34-37 ; P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 54.

59 *A priori*, nous ne pensons pas que reconnaître que l'action directe est inhérente au contrat de sous-traitance avec cette conséquence qu'elle pourrait être exercée même après la faillite soit possible de lege lata. La solution heurterait de plein front celle mise sur pied par la Cour de cassation depuis 2004.

60 Comp. avec l'opinion *in fine* de O. JAUNIAUX, *supra*, n° 5.

61 L'action directe déroge au principe de l'effet relatif des conventions (voy. notamment P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 686, n° 455), de sorte que le maître de l'ouvrage devient concrètement, par le mécanisme de l'action directe, débiteur (tenu *in solidum* avec l'entrepreneur, voy. *ibid.*, p. 716, n° 481) du sous-traitant (dans la double limite des créances-assiette et créance-cause). Comp. L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 40, n° 6 : « Grâce à l'action directe, l'ouvrier a donc deux débiteurs (...) ».

qui concerne les rapports sous-traitant/entrepreneur que les rapports entrepreneur/maître de l'ouvrage – puisse faire échec à l'exercice par un créancier de ses droits, bien souvent sans intérêt pour ce tiers mais au préjudice de ce créancier – de surcroît ! –, alors on n'aperçoit plus le principe impérieux qui vient justifier pareille solution.

La distinction entre actions directes « parfaite » et « imparfaite », fondée sur le degré d'opposabilité des exceptions⁶², n'est en définitive qu'une construction doctrinale. Or, lorsque l'on sait qu'une théorie générale de l'action directe se fait toujours attendre⁶³, l'on ne voit pas ce qui empêcherait un affinement de cette *summa divisio*. Pareil affinement pourrait, par exemple, consister en l'établissement de distinctions rationnelles suivant la nature des exceptions qui peuvent être invoquées. Cette question mériterait les honneurs d'une réflexion, qu'à nouveau le caractère restreint de cette contribution n'autorise pas.

10. Une approche systémique de la question nous paraît donc plaider en faveur de l'admission de l'action directe postérieurement à la saisie-arrêt, à tout le moins lorsque les premiers saisissants bénéficient d'un privilège de rang inférieur à celui du sous-traitant, et donc lorsqu'ils n'ont pas eux-mêmes cette qualité (ou agissent en dehors du délai de cinq ans prévu pour l'exercice de leur privilège). Et s'il fallait trouver un fondement à cette proposition, l'adage *lex specialis derogat generali* ne pourrait-il justifier que l'article 1798 du Code civil, qui institue une action directe constituant une sorte de saisie-arrêt plus rapide et plus efficace (voy. *supra*), déroge aux dispositions du Code judiciaire en matière de saisies^{64 65} ?

Loin de nous l'idée de tremper la plume dans le fiel, il nous faut tout de même concéder que c'est à l'encre rouge que nous avons rédigé ces lignes. Car les solutions retenues par la Cour d'appel de Gand, et *a fortiori* par la Cour de cassation, sont de nature à mettre en péril les intérêts du sous-traitant qui a agi avant la faillite, sans autre justification que celle procédant d'un raisonnement par analogie avec la situation en cas de faillite. Or ce type de raisonnement a ses limites. Comparaison n'est pas raison...

En tout cas, si cette jurisprudence devait se maintenir, une seule conclusion nous paraît devoir s'imposer : dans bien des cas, l'action directe ne sert à rien.

Julien CABAY
Aspirant au F.N.R.S.
Unité de droit économique de l'U.L.B.

- 62 Comme le dit très clairement le procureur général dans ses conclusions sous l'arrêt (n° 14).
63 En 1934, DE PAGE écrivait dans son *Traité élémentaire de droit civil* que « la théorie de l'action directe (...) est encore à faire » (t. II, n° 713). Septante ans plus tard, « on attend toujours », remarque 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, p. 18, n° 7).
64 Dans le cas où les premiers saisissants sont également des sous-traitants, il est plus difficile d'admettre la dérogation, puisqu'il est alors porté atteinte au principe de l'égalité. Or, ainsi qu'on l'a relevé *supra* (note 33) avec L.-G. Henrotte et A. Cruquenaire, il n'est pas sûr que suivant la conception que s'en fait la Cour de cassation, l'action directe se caractérise encore par l'octroi d'un droit de préférence à son titulaire.
65 L'adage *lex specialis derogat generali* ne constitue pas un principe général de droit (Cass., 8 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 674, note T. DE WAELE), mais n'en reste pas moins un principe d'interprétation de la loi communément admis. Il est appliqué tant par les deux autres hautes juridictions du pays (voy. notamment C.E., 28 novembre 1997, n° 69.893 ; C.E., 26 novembre 1999, n° 83.664 ; C.A., 8 mai 2001, n° 60/2001, point B.4.2) que par les hautes juridictions européennes (voy. récemment C.J.U.E., 26 avril 2012, *Wolfgang Hofman c. Freistaat Bayern*, C-419/10, § 59 ; Cour eur. D.H., 31 janvier 2012, *Assunção Chaves c. Portugal*, § 62).

Action directe (sous-traitant (ST))

COUR D'APPEL DE BRUXELLES, 2^{ème} chambre, 18 mars 2010, en cause SA S. c. P. et consorts

- Président : M. Ménestret
- Pl. : Maîtres M. de Troyer loco G. Carlier, N. Benzerfa et T. Lhoir

MOTS-CLÉS

Assiette (créance-objet) – Intégralité du solde dû par le maître d'ouvrage (MO) à l'entrepreneur principal – Non limitée aux seuls montants dus par le MO en raison des travaux sous-traités.

Action directe du ST :

- Mise en œuvre par lettre (recommandée) ? Oui
- (Effet d')Indisponibilité - Étendue.

SOMMAIRE

Par l'article 1798 C. civ., le législateur a entendu conférer aux sous-traitants non pas une action oblique, mais bien une action directe.

Limiter l'assiette de l'action directe à cette partie de la dette du MO, spécialement contractée en raison des travaux sous-traités, reviendrait à priver de toute action directe le sous-traitant dont les travaux sont réalisés au début de chantier dont la valeur n'excéderait pas l'acompte préalablement payé par le MO à l'entrepreneur principal.

Une mise en demeure adressée par le ST au maître d'ouvrage (MO) met valablement en œuvre l'action directe, laquelle frappe d'indisponibilité les sommes dues par le MO à concurrence du montant de la créance visée par l'action directe.

Rechtstreekse vordering (onderaannemer (OA))

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL, 2^{de} kamer, 18 maart 2010, inzake NV S. t. P. en consorten.

- Voorzitter: M. Ménestret
- Pl. : Meesters M. de Troyer loco G. Carlier, N. Benzerfa en T. Lhoir

SLEUTELWOORDEN

Onderpand (schuldvordering-voorwerp) – Volledig saldo verschuldigd door de opdrachtgever aan de hoofdaannemer – Niet beperkt tot enkel de bedragen verschuldigd door de opdrachtgever voor de in onderaanneming gegeven werken.

Rechtstreekse vordering van de OA :

- Ingesteld bij (aangetekende) brief? Ja.
- Onbeschikbaarheidseffect - Omvang.