

Action directe (sous-traitant (ST))

TRIBUNAL DE COMMERCE DE BRUXELLES, 15^{ème} chambre, 15 mars 2011, en cause SA I. c. SPRL Éts. M. (Jugement définitif)

- Président : Madame A. Navratil
- Pl. : Maîtres A. Legrand *loco* M. Eulaerts, J. Lecuyer *loco* A.-D. Lejeune et S. Sahl *loco* Ph. Moens

MOTS-CLÉS

Chaîne de sous-traitance – Action directe du ST de rang 2 (ST2) contre l'entrepreneur principal.

Suivie de la résolution unilatérale aux torts du ST2 et application subséquente par le ST1 d'une mesure d'office (faculté de remplacement) – Contrôle *a posteriori* par le juge – Non-respect par le ST2 :

- des conditions contractuelles de facturation (facturation sans accord préalable du ST1 sur état d'avancement, surfacturations (+ 70 %));
- du planning et non-levée des remarques à la réception.

Manquement suffisamment grave ? Oui – Action directe abusive ?

Rechtstreekse vordering (onderaannemer (OA))

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL, 15^{de} kamer, 15 maart 2011 inzake NV I. t. BVBA Éts. M. (eindvonnis)

- Voorzitter: Mevrouw A. Navratil
- Pl.: Meesters A. Legrand *loco* M. Eulaerts, J. Lecuyer *loco* A.-D. Lejeune en S. Sahl *loco* Ph. Moens

SLEUTELWOORDEN

Onderaannemingsketen – Rechtstreekse vordering van OA van 2^{de} rang (OA2) tegen hoofdaannemer.

Gevolgd door eenzijdige verbreking ten laste van OA2 en toepassing van ambtshalve maatregel (vervanging door een derde) – Controle *a posteriori* door de rechter – Niet-naleving door OA2 van:

- de contractuele factuuratievoorwaarden (facturatie zonder voorafgaandelijk akkoord van OA1 over schuldvoordingsstaat, overfactureringen (+ 70 %));
- de planning en geen gevolg aan de opmerkingen bij de oplevering.

Voldoende ernstige tekortkoming? Ja – Misbruik van de rechtstreekse vordering?

« (...) »

I. CONTEXTE DU LITIGE

1. L'intervenante volontaire (dénommée F.) a, en sa qualité d'entrepreneur général, confié en sous-traitance à la demanderesse au principal (ci-après dénommée I.) l'exécution d'une partie des travaux d'un chantier de rénovation de bureaux.

2. I. a elle-même confié en sous-traitance à la défenderesse au principal (ci-après dénommée les Éts M.) la réalisation des trois phases du lot "sanitaires" de ce chantier pour un montant global et forfaitaire de 232.915,20 € HTVA.

Le 19 février 2009, I. a adressé à cet égard une confirmation de commande aux Éts M., lesquels ont fait valoir un certain nombre d'observations par lettre du 27 mars 2009 à laquelle I. a réagi par courrier du 20 avril 2009.

3. L'exécution du contrat d'entreprise conclu entre I. et les Éts M. a débuté en avril/mai 2009 et a donné lieu à diverses difficultés dont les parties se rejettent la responsabilité.

Mis à part le premier état d'avancement, I. a contesté tous les états d'avancement et les factures correspondantes des Éts M.

Ceci a donné lieu à de nombreux échanges de correspondances entre les parties.

N'obtenant pas le paiement des montants qu'ils estimaient dus, les Éts M. ont par courrier du 27 octobre 2009 (non versé au débat) pratiqué une action directe entre les mains de F.

De son côté, I. a, par une lettre circonstanciée du 30 octobre 2009, indiqué aux Éts M. qu'elle mettait un terme au contrat d'entreprise, aux torts de ceux-ci avec application des mesures d'office.

4. I. a finalement introduit la présente cause à l'encontre des Éts M. par exploit de citation du 15 janvier 2010.

F. est intervenue volontairement à la cause par requête déposée au greffe le 24 août 2010.

II. OBJET DES DEMANDES

1. Aux termes de ses conclusions de synthèse, la demande de I. tend à :

- "Entendre déclarer le contrat d'entreprise du 19 février 2009 résilié aux torts des Éts M. à la date du 30 octobre 2009 ;

- À titre principal

- Dire pour droit que l'action directe pratiquée par les Éts M. à charge de I. entre les mains de F. par lettre du 27 octobre 2009 est abusive dès lors qu'elle ne répond pas aux conditions de sa mise en œuvre ;

- En conséquence, déclarer l'action directe nulle et de nul effet et condamner les Éts M. à en donner mainlevée et pour autant que de besoin, dire que le jugement à intervenir vaudra mainlevée de l'action directe pratiquée abusivement ;

- À titre subsidiaire

- Limiter les effets de l'action directe à la somme de 45.862,83 € (montant des seules factures contestées) ;

- À titre plus subsidiaire

- Limiter les effets de l'action directe à la somme de 48.155,97 € (montant des factures contestées augmenté de 5 % à titre

d'indemnisation pour rupture du contrat d'entreprise);

Quant aux demandes subsidiaire et à titre plus subsidiaire,

- Autoriser I. à cantonner le montant à concurrence duquel l'action directe serait déclarée fondée et en conséquence,
 - Ordonner la mainlevée de cette action directe dans un délai de vingt-quatre heures suivant la production du procès-verbal de dépôt à la caisse de Dépôts et Consignation;
 - Condamner les Éts M. à payer une astreinte de 1.000 € par jour de retard si la mainlevée (totale ou partielle) de l'action directe n'est pas donnée dans les vingt-quatre heures suivant la signification du jugement à intervenir;
 - Entendre les Éts M. condamnés à payer une somme provisionnelle de 1 € en réparation du dommage subi par la concluyente du fait de la résiliation du contrat d'entreprise aux torts des Éts M.;
- (...)
- À titre infiniment subsidiaire et avant dire droit (art. 19 al. 2 C., I.)
- (...)
- Désigner un expert avec pour mission de :
 - 1) Prendre connaissance des dossiers des parties et spécialement, des documents suivants venus entre elles :

- o Le contrat d'entreprise (...);
- o Le relevé contradictoire des quantités de fournitures mises en œuvre et des travaux exécutés par les Éts M., relevé qui a été effectué contradictoirement par les Éts M. et la concluyente le 1er septembre 2009;
- o Le procès-verbal de constat établi par l'Huissier de Justice Jean-Claude Brulé le 6 novembre 2009 et réputé contradictoire en vertu de l'article 20 des conditions générales de la concluyente applicables au contrat, dans lequel diverses constatations techniques quant à l'état d'avancement du chantier sont effectuées;

(...)

- 4) Dire s'ils (ndir: les travaux) ont été exécutés ou non conformément aux documents de l'entreprise (offre, plans, cahiers des charges, etc.) et aux règles de l'art;
- 5) Dans la négative, de décrire les malfaçons, manquements et/ou inachèvements imputables aux Éts M.;
- 6) De dresser un projet de compte entre parties;

(...)"

2. Les Éts M. concluent à l'absence de fondement de la demande principale.

À titre subsidiaire, ils invitent le tribunal à reconnaître la part de responsabilité d'I. dans les retards et à réduire à due concurrence le montant du dédommagement dans leur chef.

Sur reconvention, ils demandent de :

- déclarer justifiée l'action directe qu'ils ont pratiquée entre les mains de F.;
- condamner I. à lui payer la somme de 45.862,83 euros, à majorer des intérêts de retard calculés au taux légal à partir du 5 novembre 2009, ainsi que le montant de 50.448,82 euros à titre d'indemnité de résiliation, outre les dépens liquidés à 5.000,00 euros.

(...)

III. DISCUSSION

III.1. Quant aux contestations relatives au contenu du contrat conclu entre I. et les Éts M.

1. Les Éts M. estiment que par application de la théorie du dernier mot, ils pouvaient légitimement présumer qu'I. acceptait de leur payer un acompte de 40 % à la commande dès lors que cette dernière n'a émis aucune observation au sujet de la demande qu'ils avaient formulée à cet égard.

Cette analyse est contestée par I.

Le tribunal observe que dans son courrier du 20 avril 2009, cette dernière ne réagit pas de manière explicite au souhait exprimé par les Éts M. dans leur courrier du 27 mars 2009 de "pouvoir, comme indiqué dans (les conditions générales annexées à leurs) offres, compter sur un acompte".

Au vu des pièces du dossier, il ne peut cependant être question de considérer que ce

faisant, I. aurait implicitement, mais certainement, accepté le paiement d'un tel acompte.

En effet, il ressort des courriers échangés entre les parties lors de la formation du contrat que celles-ci ont convenu de soumettre leurs relations contractuelles aux conditions générales de sous-traitance d'I., en ce compris l'article 11.1 de celles-ci qui prévoit notamment que les travaux sont payables après leur achèvement et approbation selon états d'avancement mensuels approuvés par I., étant toutefois entendu que celle-ci a simplement accepté d'y déroger pour réduire le délai de paiement des factures des Éts M. et pour renoncer à l'escompte en cas de paiement anticipé.

Il convient d'ailleurs de relever que les Éts M. n'ont nullement facturé ou réclamé un quelconque acompte lors de la commande, mais qu'ils ont facturé leurs travaux sur base d'états d'avancement.

2. Les Éts M. font ensuite valoir qu'au vu de leur situation financière délicate bien connue d'I., les parties auraient, dès le départ, convenu de déroger à leur accord écrit pour mettre la fourniture de certains matériaux à charge de cette dernière.

Le tribunal observe cependant que ce prétendu accord verbal est contesté et non démontré. Les Éts M. ne prouvent d'ailleurs nullement leur affirmation selon laquelle I. aurait réalisé des commandes de matériaux pour eux dès le début du chantier.

3. En revanche, il n'est pas discuté qu'afin d'assurer la poursuite du chantier, I. a, en juin 2009, effectué des commandes de matériaux à mettre en œuvre par les Éts M.

Dès lors que les parties ne se sont pas entendues sur les conséquences financières liées à cette situation, il ne peut être fait grief à I. d'avoir exigé l'application des dispositions

contractuelles mettant les fournitures à charge des Éts M.

III.2. Quant à la résolution extra judiciaire du contrat

1. I. demande de déclarer la convention litigieuse résiliée aux torts des Éts M.

1.1. En l'occurrence, I. poursuit en réalité la résolution du contrat dès lors qu'elle invoque son inexécution fautive par les Éts M. (voy. sur cette question de terminologie : P. Wéry, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats » in *La fin du contrat*, CUP, 2001, vol. 51, p. 34, n° 25).

1.2. Il convient ensuite d'observer qu'I. a d'ores et déjà anticipé cette résolution en notifiant aux Éts M. sa décision de rompre le contrat aux torts de ceux-ci et en confiant à un tiers l'exécution des tâches qui leur incombent.

Quelle que soit l'ambiguïté de la jurisprudence de la Cour de cassation à cet égard (voyez ses arrêts du 2 mai 2002, *RCJB*, 2004, p. 291 et s.), la majorité de la doctrine admet qu'il n'appartient pas au juge de prononcer la résolution qui a, comme en l'espèce, déjà été notifiée par l'une des parties (S. Stijns, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, éditions du Jeune barreau, 2008, pp. 393 et s. ; P. Wéry, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », *RCJB*, 2004, p. 332).

2. En revanche, il revient au juge, en cas de litige à cet égard, de valider la décision prise par l'auteur de la résolution unilatérale ou au contraire de la désavouer.

2.1. Aux termes de ses arrêts précités, la Cour de cassation a consacré en termes généraux la faculté pour une partie, même en l'absence de pacte commissaire exprès,

de résoudre par déclaration unilatérale un contrat synallagmatique à la suite d'un manquement contractuel commis par l'autre partie.

2.2. La Cour n'a cependant pas précisé les conditions dans lesquelles le créancier victime de l'inexécution contractuelle peut se passer du contrôle judiciaire préalable prévu par l'article 1184 du Code civil.

Il est toutefois habituellement admis que ces conditions sont les suivantes (S. Stijns, *op. cit.*, p. 392) :

- le débiteur défaillant doit avoir commis un manquement contractuel suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire ;
- le pouvoir légal et préalable du juge d'accorder un dernier délai doit avoir perdu son sens ou tout objet (ce qui sera notamment le cas lorsque la confiance nécessaire entre les parties contractantes a disparu) ;
- le créancier victime de l'inexécution doit adresser à son débiteur une notification lui communiquant clairement sa décision de rompre ainsi que les motifs justifiant celle-ci ;
- la résolution unilatérale doit en règle être précédée d'une mise en demeure sommant le débiteur de s'acquitter de ses engagements.

3. La réalisation de ces deux dernières conditions ne fait pas l'objet de discussions entre les parties.

4. Les Éts M. contestent la régularité de la rupture intervenue au motif que celle-ci n'a pas été précédée par l'établissement d'un état contradictoire des travaux exécutés.

Ils invoquent à tort à cet égard le non-respect de l'article 20 des conditions générales de sous-traitance d'I. En effet, celui-ci ne concerne que la mise en œuvre des mesures d'office et non la résolution extra judiciaire du contrat.

5. Les parties s'opposent ensuite sur l'existence de manquements graves dans le chef des Éts M. de nature à justifier la résolution du contrat.

5.1. Dans sa lettre de rupture du 30 octobre 2009, I. reproche aux Éts M. de ne pas respecter les règles contractuelles relatives à la facturation de leurs travaux, le non-respect du planning ainsi que la non-levée des remarques liées à la réception de leurs travaux.

5.2. Les Éts M. considèrent, pour leur part, que le retard enregistré dans l'exécution des travaux est la conséquence des manquements contractuels propres à I., et plus spécifiquement du retard enregistré dans le paiement des travaux.

5.3. Le tribunal constate à l'examen du dossier que les Éts M. n'ont pas suivi les règles contractuellement prévues pour la facturation de leurs prestations.

En effet, cette entreprise a manifestement perdu de vue lors de l'émission des différentes factures litigieuses que conformément aux conditions générales de sous-traitance d'I. – seules applicables en l'espèce – elle ne pouvait prétendre au paiement de ses travaux qu'après exécution de ceux-ci selon des états d'avancement mensuels approuvés par I.

Les Éts M. ont ainsi émis leurs factures sans attendre l'approbation de leur cocontractant quant à leurs états d'avancement.

Ils affirment à tort à cet égard qu'I. leur aurait transmis tardivement (lors d'une réunion tenue le 25 août 2009) ses observations concernant leurs états d'avancement 2 et 3 des 25 juin et 14 juillet 2009. En effet, il ressort du dossier soumis au tribunal qu'I. a réagi promptement à leur égard bien avant ladite réunion (voyez à cet égard son fax du

1^{er} juillet 2009 et son courrier du 29 juillet 2009).

Les Éts M. contestent également à tort les griefs émis par I. au sujet de leurs états d'avancement et de leurs factures correspondantes.

Le tribunal observe à cet égard que les Éts M. ont admis avoir porté en compte du matériel qui avait, en réalité, été directement commandé et réglé par I. (voyez à cet égard leur fax du 2 juillet 2009 et leur lettre du 26 août 2009). La note de crédit correspondante n'a cependant jamais été émise.

Les Éts M. ont par ailleurs comptabilisé des quantités exagérées par rapport aux quantités réellement mises en œuvre par leurs soins.

Le tribunal se réfère à cet égard aux multiples corrections apportées du commun accord des parties à l'état d'avancement n° 3 lors d'une réunion organisée sur le chantier le 1^{er} septembre 2009 afin de confronter les quantités et travaux effectivement mis en œuvre aux états d'avancement et factures correspondantes des Éts M. Il en résulte qu'I. était fondée à revendiquer l'établissement d'une note de crédit de 43.491,71 euros sur les 62.010,14 euros qui lui avaient été alors facturés. Les Éts M. contestent vainement être liés par l'accord ainsi intervenu en faisant valoir que le signataire de cet accord (à savoir Monsieur J.) n'avait pas le pouvoir de les engager. En effet, les Éts M. – qui devaient, en vertu de l'article 6.3 des conditions générales de sous-traitance, désigner un responsable de chantier dûment mandaté pour les représenter – ont signalé, par courrier du 17 août 2009, l'existence d'un nouveau chargé d'affaires en manière telle qu'I. est fondée à se prévaloir de la théorie du mandat apparent. Il n'apparaît par ailleurs pas que le consentement de ce responsable ait été acquis par dol.

De même, le procès-verbal dressé le 6 novembre 2009 par l'huissier de justice Brulé révèle que les Éts M. ont surfacturé divers postes repris dans leur état d'avancement n° 5.

I. fait valoir à juste titre que même si les Éts M. n'étaient pas présents lors du constat, celui-ci leur est opposable conformément à l'article 20 de ses conditions générales de sous-traitance, dès lors qu'ils y ont été dûment convoqués. Les Éts M. contestent par ailleurs vainement les mesures de l'huissier, rendues impossibles selon eux du fait de la fermeture des faux plafonds. En effet, l'huissier signale expressément dans son procès-verbal que lorsque cela s'est avéré nécessaire, les faux plafonds ont été ouverts. Il convient enfin de constater que les Éts M. ne rapportent nullement la preuve d'une quelconque erreur dans ces mesures au regard, par exemple, des plans.

Dans ce contexte, il ne peut être fait grief à I. de ne pas avoir honoré les factures émises en violation des dispositions contractuelles liant les parties.

Les Éts M. reprochent d'ailleurs vainement à I. de n'avoir payé le montant incontestablement dû sur leur facture du 29 juin 2009 que le 12 août 2009. En effet, si les factures étaient payables à trente jours fin de mois, force est de constater en l'espèce que la facture litigieuse a été émise de manière prématurée sans l'accord d'I. sur l'état d'avancement correspondant, lequel a, à juste titre, été contesté. Les Éts M. n'auraient manifestement pas pu prétendre à un paiement plus rapide de cet incontestablement dû s'ils avaient respecté les modalités contractuelles relatives au paiement de leurs prestations.

5.4. Le tribunal constate ensuite que les Éts M. ne contestent pas le non-respect du planning, ni même la non-levée des marques liées à la réception des travaux.

Au vu de ce qui précède, ils imputent à tort le retard au défaut de paiement de leurs factures ou encore au fait qu'I. ait refusé de commander elle-même les matériaux qu'ils devaient mettre en œuvre.

5.5. Dans ce contexte, c'est de manière fautive que les Éts M. n'ont pas donné suite aux différentes mises en demeure leur enjoignant de satisfaire à leurs obligations sous peine d'encourir les sanctions contractuelles.

Devant le blocage opposé par les Éts M., il ne peut être fait grief à I. d'avoir proposé de mettre un terme au contrat moyennant paiement des prestations et fournitures effectivement mises en œuvre.

Eu égard aux éléments décrits ci-avant, le refus des Éts M. de modifier leurs états d'avancement et de poursuivre leurs travaux constitue des manquements suffisamment graves aux yeux du tribunal pour justifier la résolution du contrat à leurs torts.

6. Ces mêmes éléments témoignent de ce que la confiance nécessaire entre I. et les Éts M. avait disparu. Il apparaît en outre que ces derniers étaient financièrement incapables de poursuivre l'exécution du contrat, faute de pouvoir livrer les marchandises contractuellement prévues.

Aucun délai de grâce ne pouvait dès lors être envisagé au profit des Éts M.

7. Il résulte des considérations qui précèdent qu'il n'y a pas lieu de désavouer la décision prise par I. de résoudre unilatéralement le contrat litigieux sans recours préalable aux tribunaux.

La demande d'indemnisation formulée par les Éts M. du fait de la rupture de ce contrat doit dès lors être rejetée.

(...)

III.5. Quant à l'action directe

1. I. demande de dire pour droit que l'action directe pratiquée le 27 octobre 2009 par les Éts M. entre les mains de F. est abusive, de la déclarer nulle et de nul effet et d'en ordonner la mainlevée.

2. Les Éts M. demandent, quant à eux, de déclarer cette action directe justifiée.

3. Il ne peut être fait droit à cette dernière demande, faute pour les Éts M. de justifier d'une créance à l'égard d'I.

Le tribunal relève qu'il n'est pas établi qu'au moment de la mise en œuvre de l'action directe par courrier du 27 octobre 2009, les Éts M. disposaient d'une créance certaine et exigible à l'égard d'I. C'est dès lors à tort que cette action directe a été mise en œuvre.

I. est fondée à en obtenir la mainlevée, le jugement devant à cet égard, comme le demande cette dernière, être déclaré commun à F.

(...)

Observations

L'exercice de l'action directe par le sous-traitant est-il susceptible d'abus ?

1. L'arrêt reproduit nous offre l'occasion de nous interroger sur une question peu abordée et qui pourtant revêt une certaine importance pratique, à savoir celle de l'éventuel exercice abusif de l'action directe par le sous-traitant.

L'arrêt aborde incidemment la question. Le sous-traitant ayant agi directement à l'encontre du maître de l'ouvrage et l'entrepreneur entendant obtenir mainlevée de cette action directe, ce dernier a invoqué le caractère abusif de l'exercice de l'action. Le tribunal de commerce de Bruxelles, dans son jugement du 15 mars 2011, a estimé que l'action directe n'était pas fondée, à défaut pour le sous-traitant de pouvoir justifier au moment de l'intentement de l'action, d'une créance certaine et exigible à l'égard de l'entrepreneur. Celui-ci peut donc en obtenir la mainlevée. Le tribunal ne dit mot quant au caractère abusif de celle-ci et ne semble pas retenir l'application de l'abus de droit en l'espèce.

2. Pour rappel, suivant la définition générale qu'en donne la Cour de cassation, « (...) l'abus de droit peut consister dans l'exercice de ce droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente »¹. Cette définition générale vaut tant pour la matière contractuelle qu'extracontractuelle et

¹ Voy. notamment Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 996 ; Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392. Sur l'abus de droit, voy. notamment S. STIENS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? - Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, pp. 33 et s. ; P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 189 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 52-83, n° 21-37.

se trouve complétée par une typologie des hypothèses dans lesquelles le concept peut trouver application².

3. Relevons tout de suite que dans le respect de l'application des principes, il ne pouvait être question de l'application de la théorie de l'abus de droit dans les circonstances concrètes de l'espèce commentée. En effet, ce qui est sanctionné par ce principe, c'est l'abus du droit, ce qui suppose l'existence du droit. Or, en l'espèce, il ne pouvait être question d'action directe, le sous-traitant ne disposant pas d'une créance certaine et exigible³. C'est donc en dehors des limites de son droit qu'il a agi. Le comportement du sous-traitant, s'il devait être sanctionné, le devrait donc être sur la base des principes de droit commun de la responsabilité⁴.

4. Maintenant, est-il possible d'imaginer que dans d'autres circonstances, l'exercice de l'action directe soit abusif ? Pour répondre à la question, il convient d'avoir égard à la nature particulière de l'action directe. On présente souvent l'action directe comme une institution hybride. Certains écrivent ainsi qu'elle a une fonction de sûreté et une fonction de paiement⁵. Pour d'autres, la fonction de sûreté est couplée avec celle de voie d'exécution⁶. D'autres soulignent encore que l'effet d'indisponibilité qu'elle entraîne présente une dimension de droit des obligations et une dimension de droit judiciaire⁷. Pour notre propos, l'on empruntera à cette doctrine l'idée du caractère hybride de l'action directe et l'on dira qu'elle participe à la fois du droit des obligations et du droit judiciaire.

5. Sur le plan du droit des obligations, l'action directe a pour effet de créer un rapport direct entre son titulaire et le débiteur du débiteur intermédiaire, et plus spécialement dans le cas de l'article 1798 du Code civil, entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage. Par dérogation au principe de la relativité des conventions, le maître de l'ouvrage devient le débiteur direct du sous-traitant. S'agissant du paiement, le sous-traitant devient l'accipiens dès l'instant où l'action directe sortit ses effets par suite de son exercice⁸. Par cet exercice, le sous-traitant postule le paiement d'une somme d'argent. *A priori*, dès lors que les conditions d'exercice de l'action sont remplies, on voit mal en quoi il pourrait être abusif d'exiger le paiement d'une dette de somme exigible⁹. Et si les conditions ne sont pas remplies, on se situe, comme on l'a dit, en dehors du champ d'application de la théo-

- 2 P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 73-74, n° 31. Sur cette typologie, voy. notamment *ibid.*, pp. 77-81, nos 32-35.
- 3 « (...) les créances du sous-traitant contre l'entrepreneur principal ne peuvent être invoquées à l'encontre du maître de l'ouvrage, dans le cadre de l'action directe, que dans la mesure où elles sont certaines et exigibles, c'est-à-dire non contestables en leur principe et non soumises à un terme ou une condition (...) », in L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENOIRE, « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées », in B. KOHL (sous la coord. de), *Droit de la construction*, formation permanente CUP, Liège, Anthemis, 2011, pp. 130-131, n° 10, et les réf. citées.
- 4 Voy. S. STUNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? - Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 39, n° 3.2.2 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 77, n° 31 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, 3^e éd., Anvers, Story Scientia, 2010, p. 33, n° 45.
- 5 E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Anvers, Kluwer, 2006, n° 567 ; V. SAGAERT, « De uitvoering van een (onvolmaakte) rechtstreekse vordering : de kennisgeving aan de kennisgeving aan de anderschuldenaar als peildatum », note sous Cass., 18 mars 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 999, n° 1.
- 6 M. COZIAN, *L'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 337, n° 555.
- 7 V. SAGAERT, « De uitvoering van een (onvolmaakte) rechtstreekse vordering : de kennisgeving aan de anderschuldenaar als peildatum », note sous Cass., 18 mars 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 999, n° 2.
- 8 P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1963, n° 1405.
- 9 Comp. P.-A. FORTIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 216, n° 20 : « Il va de soi, me semble-t-il que l'on ne saurait voir un dommage dans la charge résultant de l'exercice normal du droit en cause. Si étant créancier d'un montant de 100.000 francs du chef d'un prêt, j'en demande remboursement à mon débiteur au terme convenu, je ne lui cause évidemment aucun

rie de l'abus de droit. En d'autres termes, on n'imagine pas de situation dans laquelle le maître d'ouvrage pourrait opposer au sous-traitant le caractère abusif de l'action pour faire échec à son exercice.

6. Sur le plan du droit judiciaire maintenant, on n'a pas manqué de souligner la parenté qui existe entre l'action directe et la saisie-arrêt¹⁰. Or il est clairement admis que dans certaines circonstances, l'exercice du droit de saisie est susceptible d'abus¹¹. Il est donc légitime de s'interroger sur le caractère éventuellement responsable de cette jurisprudence au cas de l'action directe.

7. Il est arrivé que la sanction de l'abus de droit frappe la saisie d'une créance dont le montant était manifestement disproportionné par rapport au montant de la créance cause de la saisie, ce en raison des conséquences dommageables que le principe de l'indisponibilité totale peut entraîner¹². Cette jurisprudence nous paraît difficilement pouvoir être transposée au cas de l'action directe. Car à l'inverse de la saisie, qui sauf les cas prévus par la loi peut s'exercer sur n'importe quel bien du débiteur¹³, l'assiette de l'action directe est définie restrictivement. Suivant l'interprétation la plus extensive de ce qui doit être considéré comme constituant l'assiette de l'action directe, en feraient partie toutes les créances de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage¹⁴. Peut-être suivant cette interprétation serait-il encore possible d'imaginer un abus pour disproportion entre la créance-cause et la créance-assiette, mais uniquement à notre avis dans le cas où serait immobilisée une créance de l'entrepreneur sur le maître d'ouvrage étrangère au chantier auquel a participé le sous-traitant. Cependant, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2001, une importante doctrine estime que l'assiette de l'action directe est constituée uniquement des créances existant à l'encontre du maître de l'ouvrage en vertu du contrat d'entreprise principale et dans l'exécution duquel intervient le sous-traitant¹⁵. L'assiette ainsi circonscrite de manière restrictive, et le sous-traitant ne disposant

dommage. Son patrimoine était d'ailleurs grevé de cette dette, en sorte que le paiement de celle-ci ne l'appauvrirait pas ».

- 10 Voy. notamment E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Anvers - Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, pp. 128-129, n° 176 ; O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant - Entre éclaircissements et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 267, n° 28 ; V. SAGAERT, *op. cit.*, pp. 999-1000, n° 4.
- 11 Voy. notamment G. DE LEVAL, *La saisie-arrêt*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 1976, pp. 54-57, n° 30 ; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1988, pp. 13-16, n° 7 ; J.-L. FAGNART et M. DENEVE, « Chronique de jurisprudence - La responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1986, p. 307, n° 64 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Laetier, coll. Les dossiers du J.T., n° 4, 2009, pp. 71-77, n° 68-82 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, 3^e éd., Anvers, Story Scientia, 2010, pp. 31-33, nos 43-45, pp. 305-307, n° 441. Voy. encore les examens de jurisprudence de E. DIRIX (dont les deux premiers avec K. BROECKX) en matière de saisies et voies d'exécution publiés au *T.P.R.* : « Overzicht 1970-1990 », *T.P.R.*, 1991, pp. 169-170, n° 171-172 ; « Overzicht 1991-1996 », *T.P.R.*, 1996, pp. 1485-1490, nos 157-165 ; « Overzicht 1997-2001 », *T.P.R.*, 2002, pp. 1206-1207, n° 20 ; « Overzicht 2002-2007 », *T.P.R.*, 2007, p. 2062, n° 33.
- 12 Voy. notamment Bruxelles, 3 novembre 1976, *Pas.*, 1977, II, p. 136 ; Civ. Namur, 18 février 1983, *R.R.D.*, 1983, p. 329 ; Civ. Namur, ch. sais., 8 octobre 1993, *Buil. Bel.*, 1996, p. 38, cité par E. DIRIX et K. BROECKX, « Overzicht van rechtspraak - Beslagrecht 1991-1996 », *T.P.R.*, 1996, p. 1486, n° 160.
- 13 Voy. G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1988, pp. 96-97, n° 54.
- 14 En ce sens, voy. les réf. citées par P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *La sous-traitance*, Bruxelles, Larcier, J.L.M.B. Opus n° 1, 2006, p. 52, note 22 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », in M. VANWUCK-ALEXANDRE (éd.), *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Liège, formation permanente CUP, 2003, pp. 140-141, n° 94.
- 15 Cass., 21 décembre 2001, *D.A.O.R.*, 2002, p. 263, obs. P. WÉRY, « L'assiette de l'action directe du sous-traitant », *R.D.C.*, 2002, obs. W. DERÜCKE, « Étendue de la créance-cause et de la créance-objet de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil », p. 443. Outre ces deux commentaires, voy. également favorables à la thèse de la limitation de la créance-assiette O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant - Entre éclaircissements et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 261, n° 18 ; M. GREGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers », note sous Cass., 21 décembre

pas d'une possibilité de choix quant à la créance dont il entend s'emparer, on voit mal comment il pourrait lui être reproché cette emprise par l'exercice de l'action directe sous prétexte d'une disproportion.

8. Il existe par contre une autre hypothèse où l'éventualité d'un exercice abusif de l'action directe semble plus probable, toujours par analogie avec le cas de la saisie. C'est d'ailleurs la seule hypothèse qui semble avoir été envisagée par la doctrine. M. Cozian écrivait ainsi que le titulaire de l'action directe :

« (...) engagerait sa responsabilité s'il l'exerçait dans des conditions vexatoires pour son débiteur, par exemple uniquement pour nuire à son crédit. La jurisprudence sur les saisies-arrêts abusives serait ici applicable »¹⁶.

P. Wéry¹⁷ et J. P. Renard¹⁸ ont repris l'idée, sans plus établir le lien avec la jurisprudence sur les saisies¹⁹ (du moins explicitement).

Nous n'avons pas pu mettre la main sur une décision qui retiendrait l'atteinte portée au crédit de l'entrepreneur par l'exercice par le sous-traitant de l'action directe. Par contre, l'on en trouve deux illustrations en matière de saisie-arrêt conservatoire.

Ainsi, dans une décision du 13 avril 1989, le juge des saisies de Bruxelles a estimé que par le caractère abusif de la saisie, le saisissant avait causé :

« (...) un préjudice évident à la demanderesse dans la mesure où celle-ci dut subir l'effet d'indisponibilité des sommes frappées par la saisie et un inévitable discrédit aux yeux notamment du maître de l'ouvrage – l'effet négatif d'une mesure de saisie n'étant d'ailleurs guère mesurable dans le secteur ardu et concurrentiel de la construction où la croissance de l'entrepreneur dépend du sérieux dont sa réputation est et demeure créditée – outre enfin qu'il lui fallut exposer des frais de défense dans le cadre de la présente procédure (...) »²⁰.

Il est peu douteux que pareille motivation aurait pu être retenue également en matière d'action directe.

2001, 23 mai 2004, 23 septembre 2004 (deux arrêts), 25 mars 2005 (trois arrêts), *R.C.L.B.*, 2005, p. 492, n° 15 ; L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voles détournées », in B. KOHL (sous la coord. de), *Droit de la construction*, formation permanente CUP, Liège, Anthémis, 2011, pp. 133-134, n° 13. M. Grégoire, L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire volent en outre dans un arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2004 (*Pas.*, 2004, I, p. 1697 : « Que l'action directe a pour objet toutes les créances relatives à l'ouvrage visé que l'entrepreneur puise dans son contrat avec le maître de l'ouvrage ») une confirmation de leur opinion ; contra, Bruxelles, 18 mars 2010, *Entr. et Dr.*, 2011, p. 70, obs. P. SCHILLINGS ; J.-F. GERMAIN et Ph. STROOBANT, « Actions en droit de la construction : remèdes immédiats et pluralité des parties - Première partie : aspects de droit civil », in M. DUPONT (sous la dir. de), *Les obligations et les moyens d'action en droit de la construction*, op. cit., p. 60, n° 82.

16 M. COZIAN, *L'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 230, n° 377.

17 « 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.

18 « Heurs et malheurs de l'action directe », obs. sous Cass., 25 mars 2005, *Entr. et Dr.*, 2005, p. 247, n° 13.

19 Sur l'atteinte portée au crédit du saisi, voy. G. DE LEVAL, *La saisie-arrêt*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 1976, pp. 55-56, n° 30 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, 3^e éd., Anvers, Story Scientia, 2010, p. 307, n° 441.

20 *J.T.*, 1990, p. 49.

Dans une espèce plus récente datée du 7 octobre 2004, la Cour d'appel de Gand, après avoir retenu le caractère intempestif de la saisie, a estimé que :

« De schade, ondergaan door wie getroffen wordt door een intempestief gelegd bewarend derdenbeslag, bestaat niet enkel in de onbeschikbaarheid van de in beslag genomen gelden en in het onvermijdelijk diskrediet in de sector waarin de beslagene werkt, maar ook in de kosten, die moeten gemaakt worden in de procedure tot opheffing van het beslag. »²¹

Ici encore, on pourrait aisément imaginer de transposer ces motifs au cas de l'action directe.

9. Précisons que suivant l'opinion de P. Wéry et de J. P. Renard, l'hypothèse d'une atteinte au crédit de l'entrepreneur par le sous-traitant du fait de l'exercice de l'action concerne le cas où cet exercice se fait en dehors de toute insolvabilité²².

À nouveau, le parallèle peut être fait avec le cas de la saisie. On sait qu'aux termes de l'article 1413 du Code judiciaire, l'exercice de la saisie conservatoire suppose que le cas requière la « célérité ». « Il y a célérité lorsque le créancier peut sérieusement redouter la mise en péril du recouvrement de sa créance en raison de l'organisation ou la survenance (actuelle ou future) de l'insolvabilité de son débiteur. »²³ La présence ou l'absence de ce risque d'insolvabilité est prise en considération dans l'appréciation du caractère abusif de la saisie. Les deux décisions précitées en offrent une illustration²⁴.

Ainsi la décision du juge bruxellois retient à l'appui de sa solution la circonstance que :

« (...) le défendeur reste en tout cas en défaut d'établir qu'il y avait et qu'il subsiste des raisons sérieuses de craindre qu'à défaut pour lui de prendre la mesure de saisie-arrêt conservatoire litigieuse, la demanderesse ne devienne ou ne tente de se rendre prochainement insolvable ».

Quant à la Cour d'appel de Gand, elle retient le fait que :

« (...) toont appellant niet in het minst aan dat er urgentie voorhanden was. Dat de solvabiliteit van geïntimeerde in het gedrang kwam, zodat de latere uitwinning gevaar liep, blijkt uit geen enkel gegeven. »

21 *R.A.B.G.*, 2005, p. 852.

22 Voy. notes 17 et 18.

23 G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1988, pp. 282-283, n° 145. Voy. également G. DE LEVAL, *La saisie-arrêt*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 1976, p. 140, n° 88 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, 3^e éd., Anvers, Story Scientia, 2010, p. 312, n° 449.

24 Outre ces deux décisions, voy. également Civ. Namur, ch. sais., 19 juin 1987, *R.R.D.*, 1988, p. 35 : « Pour apprécier un éventuel abus du droit de saisir, il convient de vérifier si le créancier saisissant peut réellement craindre un préjudice qui est celui de la mise en péril du recouvrement de sa créance ; cette mise en péril doit résulter du risque d'insolvabilité du débiteur au moment où la saisie est pratiquée. La preuve de cette insolvabilité incombe au saisissant » (résumé).

L'absence de risque d'insolvabilité comme élément d'appréciation de l'abus du droit de saisir a également pu être retenu en matière de saisie-exécution. Ainsi, dans un arrêt du 22 mars 1996, la Cour d'appel de Mons a considéré :

« Qu'en choisissant sans nécessité la voie onéreuse de l'exécution forcée, alors que les paiements opérés précédemment étaient de nature à apaiser les craintes de l'appelante au principal quant au risque d'insolvabilité de son débiteur et alors que ce dernier offrait de régler volontairement le reliquat de sa dette, l'appelante au principal a commis un abus de droit procédural (...). »²⁵

Bien qu'aucune condition d'urgence ne soit prévue pour l'exercice de l'action directe, contrairement au cas de la saisie conservatoire, on peut se demander ici aussi si l'absence de risque d'insolvabilité de l'entrepreneur ne pourrait avoir pour conséquence de conférer à l'action directe du sous-traitant un caractère abusif. Tel semble en tout cas être l'opinion de la maigre doctrine s'étant prononcée sur la question.

10. Que conclure de ces trop brèves réflexions sur l'action directe et l'abus de droit ? Qu'à nouveau la faculté offerte par l'article 1798 se voit réduite à une peau de chagrin. En effet, à en croire la doctrine et par transposition de la jurisprudence en matière de saisie, la théorie de l'abus de droit serait de nature à limiter fortement la possibilité d'intenter l'action directe en dehors de tout risque avéré d'insolvabilité de l'entrepreneur. Par ailleurs, l'on sait que depuis l'intervention de la Cour de cassation en 2004, il n'est plus possible d'intenter l'action directe après la faillite ou la liquidation. On sait également que suivant son arrêt du 20 janvier 2012 commenté dans cette même revue, il ne serait pas possible non plus d'intenter l'action directe après qu'une saisie ait été pratiquée²⁶.

Il en résulte que le sous-traitant risque bien souvent d'agir à contretemps. Soit trop tôt, en dehors de toute insolvabilité, entraînant la sanction de l'abus de droit. Soit trop tard, la saisie/faillite/liquidation empêchant l'exercice de l'action directe. La situation du sous-traitant apparaît ainsi bien précaire, et l'action directe une poudre de perlimpinpin plus qu'une panacée...

Relativisons toutefois le risque de voir tomber le couperet de l'abus de droit. Les opinions de M. Cozian et de P. Wéry ont été émises dans un monde bien différent, un monde dans lequel l'action directe pouvait être intentée après la survenance d'une situation de concours, en tout cas suivant l'opinion de ces auteurs²⁷. Quant à J. P. Renard, c'est précisément à l'appui de sa critique de la jurisprudence de 2004 de la Cour de cassation qu'il reprenait l'opinion de P. Wéry²⁸. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que l'exercice de l'action directe confère à son titulaire un droit de préférence²⁹, à l'inverse de la saisie. Dès

²⁵ J.L.M.B., 1996, p. 1045.

²⁶ À propos de la jurisprudence de 2004 et de l'arrêt du 20 janvier 2012, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à nos observations sous Gand, 28 janvier 2011 et Cass., 20 janvier 2012, publiées ci-dessus (p. 51) ainsi que les réf. citées.

²⁷ Voy. P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », R.R.D., 1997, pp. 183-185, n° 11 ; M. COZIAN, *L'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1969,

²⁸ « Heurs et malheurs de l'action directe », obs. sous Cass., 25 mars 2005, *Entr. et Dr.*, 2005, p. 247, n° 13.

²⁹ Voy. notamment P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, t. I, p. 715, n° 480 ; L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, p. 125, n° 3 et les réf. citées.

lors que celui-ci disparaîtra si l'action directe est exercée ensuite d'une saisie/faillite/liquidation³⁰, le sous-traitant est d'autant plus justifié à exercer son action avec promptitude.

Aussi peut-on espérer que c'est avec la plus grande circonspection que les juges retiendront l'abus du droit d'agir directement contre le maître de l'ouvrage. Au demeurant, l'absence (ou le peu) de jurisprudence en la matière devrait suffire à apaiser les craintes des sous-traitants.

Enfin, pour conclure, l'on reprendra l'opinion de E. Dirix et K. Broeckx, qui écrivent à propos de l'abus du droit de saisir que :

« De rechter moet bij deze toetsing de grootste terughoudendheid aan de dag leggen. In geen geval mag hij oordelen over de opportuniteit van de beslagmaatregelen. De schuldeiser heeft het principieel recht om zijn titel te executeren. »³¹

Et pour nous d'ajouter qu'il doit *a fortiori* en aller de même en matière d'action directe, institution dérogatoire au droit commun et expressément reconnue à une catégorie particulière de créanciers en raison de leur situation économique propre.

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

³⁰ Ce qui fait dire à L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire que compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, on ne peut plus considérer que la reconnaissance d'un droit de préférence constitue une caractéristique de l'action directe (*op. cit.*, p. 144, n° 33).

³¹ E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, 3^e éd., Anvers, Story Scientia, 2010, p. 31, n° 43. Voy. également Liège, 8 janvier 1998, *J.T.*, 1998, p. 494 : « Attendu, qu'a priori, le créancier est en droit de mettre en œuvre les divers modes de récupération que la loi met à sa disposition ».