

LA SOUS-TRAITANCE INTERNATIONALE
QUESTIONS CHOISIES

*Vera van Houtte, Rony Vermeersch et Patrick Wautelet**

I.	INTRODUCTION	3
II.	RÉSOLUTION DES LITIGES : LA(ES) JURIDICTION(S) COMPÉTENTE(S)	4
A.	LE(S) FOR(S) DE LA SOUS-TRAITANCE INTERNATIONALE	5
1.	<i>Les litiges ‘simples’ : le for du domicile et le for contractuel</i>	6
2.	<i>Les instruments d’une concentration européenne du contentieux</i>	8
(i)	Le déclinatoire de connexité internationale	9
(ii)	La consorité	9
a.	Extension de compétence du for domiciliaire d’un des défendeurs	9
b.	Rapport étroit entre les demandes	10
(iii)	Le for de la garantie et de l’intervention.....	11
B.	SOUS-TRAITANCE ET CLAUSES D’ÉLECTION DE FOR.....	11
1.	<i>Principes et questions</i>	11
2.	<i>Relativité de principe de la clause d’élection de for</i>	12
3.	<i>Clauses d’élection de for et compétences dérivées</i>	13
(i)	Le principe de la primauté de la clause d’élection de for.....	13
(ii)	Une exception en cas d’indivisibilité du litige ?	15
C.	SOUS-TRAITANCE ET CONVENTION D’ARBITRAGE	18
III.	DROIT APPLICABLE AU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE	20
A.	SOUS-TRAITANCE INTERNATIONALE ET CONVENTION DE VIENNE.....	21
B.	DROIT APPLICABLE ET CLAUSES D’ÉLECTION DE DROIT	24
1.	<i>Règle générale : le droit du sous-traitant</i>	24
2.	<i>Les théories déroatoires et l’unité juridique des contrats</i>	25
(i)	Choix implicite en faveur du droit du contrat principal	26
(ii)	Un rattachement accessoire du contrat de sous-traitance ?	30
(iii)	Le rattachement exceptionnel du contrat de sous-traitance au droit du lieu d’exécution des prestations.....	31
(iv)	Le rattachement exceptionnel du contrat de sous-traitance au droit du contrat principal	32
(v)	Observations finales sur les théories déroatoires	33
V.	LE PRIVILÈGE DU SOUS-TRAITANT ET L’ACTION DIRECTE DU SOUS-TRAITANT DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL	35
A.	INTRODUCTION	35
B.	LE PRIVILÈGE DU SOUS-TRAITANT	35
1.	<i>Texte</i>	35
2.	<i>Principes</i>	35
3.	<i>Application</i>	36
4.	<i>Intervention de la lex concursus ?</i>	37
C.	L’ACTION DIRECTE DU SOUS-TRAITANT	38
1.	<i>Texte</i>	38
2.	<i>Problématique</i>	38

* Avocats au barreau de Bruxelles, *Stibbe*.

3.	<i>Action directe et compétence internationale</i>	38
(i)	Action directe et clauses d'élection de for ou d'arbitrage.....	39
(ii)	Les règles de compétence ordinaire	41
a.	L'action directe, une action 'contractuelle' ?	41
b.	Examen de la qualification délictuelle ou quasi délictuelle	42
c.	Conclusion	43
4.	<i>Existence de l'action directe</i>	44
(i)	Rattachement à la <i>lex contractus</i> du contrat de sous-traitance.....	44
(ii)	Les hypothèses de rattachements cumulatifs.....	45
(iii)	Rattachement à la loi du contrat principal.....	47
5.	<i>L'exception d'ordre public international et les lois de police</i>	49
(i)	L'exception d'ordre public international.....	49
(ii)	L'action directe du droit belge constitue-t-elle une loi de police ?	50

I. INTRODUCTION

1. Il n'est plus besoin d'insister sur l'importance pratique de la sous-traitance internationale.¹ L'internationalisation de la vie économique a également joué à plein pour le monde de la construction et - même en l'absence de statistiques précises - on n'échappe pas à la constatation que les opérations de sous-traitance internationale se sont multipliées ces dernières décennies.

La fréquence des rapports de sous-traitance dans les projets internationaux de construction ne va pas sans poser de difficiles questions aux praticiens du droit. La dimension internationale des relations de sous-traitance joue l'effet d'un démultiplicateur sur les difficultés traditionnelles que posent au juriste les relations tri- ou multipartites.² Pour démêler l'écheveau complexe des relations contractuelles – ou autre(s) - entre maître de l'ouvrage, entrepreneur principal et sous-traitant(s), il faudra en effet d'abord se prononcer sur les questions de la juridiction compétente et de la loi applicable.³

Outre la complexité introduite par la multiplicité des intervenants, il est un autre facteur qui n'ira pas sans obscurcir la tâche de l'interprète, à savoir les incertitudes affectant le statut juridique du sous-traitant, en particulier dans ses relations avec le maître de l'ouvrage. L'autonomie juridique de principe du contrat de sous-traitance par rapport à l'entreprise principale n'empêchera pas certaines relations de se nouer entre sous-traitant et commanditaire – relations qui ont souvent fait l'objet d'interventions spécifiques des législateurs nationaux, on pense à l'article 1798 du Code civil belge ou encore à la loi française n° 75-1334 du 31 décembre 1975.⁴ Or ces relations pourront difficilement être appréhendées par les règles classiques de droit international privé, dont on sait qu'elles sont construites par référence à des catégories visant les matières contractuelle, délictuelle, etc. Il faudra ainsi s'interroger sur la qualification exacte de ces relations.⁵

¹ En général sur cette problématique, on consultera à profit l'étude de H. VAN HOUTTE, « Onderaanneming in een internationale context », *Entr. Dr.*, 1991, 92 e.s. également parue sous le titre « International Subcontracting » in *International Construction Law Review*, 1991, 311 e.s., ainsi que les études de F. TAHER, *La sous-traitance des contrats internationaux*, Thèse Université de Rennes, 1992, 371 p. et de V. HEUZÉ, « Sous-traitance », in *Répertoire Droit International*, Paris, Dalloz, 1998, 10 p.

² En général sur les groupes de contrat, cfr. l'étude classique de B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, Bibliothèque de droit privé t. 139, Paris, LGDJ, 1975, 328 p. et sur le sous-contrat en particulier, J. NÉRET, *Le sous-contrat*, Bibliothèque de droit privé t. 163, Paris, LGDJ, 1979, 388 p. ainsi que plus récemment M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Bibliothèque de droit privé t. 268, Paris, LGDJ, 1996, 360 p. Pour le droit belge, v. V. VAN HOUTTE, « Nevenovereenkomsten en hun coördinatie – in het bijzonder nevenaanneming en consortium », in *L'interdépendance des contrats*, L. CORNELIS et D. DEVOS (éds.), Bruxelles, CJB, 1997, 23-100. Le contrat de sous-traitance est généralement rangé parmi les sous-contrats, que l'on distingue des chaînes de contrats (p. ex. ventes successives, entreprise suivie d'une vente) et des ensembles contractuels (vente et prêt destiné à la financer).

³ En général, sur les relations tripartites dans la sphère internationale, v. M. V. POLAK, *Vermogensrechtelijke meerpakkettenverhoudingen*, Praktijkreeks IPR 15, Kluwer, Deventer, 1993, 130 p. Cons. également J. J. FAWCETT, "Multi-party litigation in Private International law", *I.C.L.Q.*, 1995, 747-770 ainsi que K. TAKAHASHI, *Claims for contribution and reimbursement in an international context: conflict-of-laws dimensions of third party procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 305 p.

⁴ Nous renvoyons pour une étude détaillée de cette loi à l'analyse de J.-G. BETTO, « Sous-traitance internationale: comment écarter la loi française de 1975 », *R.D.A.I.*, 1999, 413 e.s.

⁵ Pour plus de détails sur les aspects matériels de la sous-traitance, on se reportera à l'ouvrage publié sous la direction de Mme. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Guide pratique des régimes juridiques de la sous-traitance industrielle dans la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 485 p.

2. Ces questions, que nous aborderons successivement, peuvent se poser dans des contextes bien différents. Force est en effet de reconnaître la multiplicité et la diversité des situations que l'on rencontre sous l'appellation générique de la 'sous-traitance internationale'. Il y va de la sous-traitance internationale comme des contrats internationaux en général : ils se rencontrent sous les formes les plus variées.

Quoi de commun en effet entre le simple recours, pour un projet de petite envergure, à un entrepreneur spécialisé établi de l'autre côté d'une frontière nationale et le projet réellement international depuis sa conception, qui voit le maître de l'ouvrage procéder à un appel d'offres international et engager un entrepreneur principal établi dans un pays étranger, qui fera lui-même appel à des entrepreneurs spécialisés établis dans son pays d'origine ou dans le pays du chantier, voire dans des pays tiers ?⁶ Cette diversité n'influencera pas nécessairement la solution des questions auxquelles la présente contribution tente de répondre. Elle impose toutefois une certaine modestie : il n'entre pas dans nos intentions d'offrir un panorama complet des questions soulevées par la sous-traitance internationale dans son ensemble. Nous nous contenterons de donner un aperçu de quelques difficultés susceptibles de se poser dans la pratique belge, en renvoyant aux études spécialisées pour le surplus.⁷

II. RÉSOLUTION DES LITIGES : LA(ES) JURIDICTION(S) COMPÉTENTE(S)

3. La résolution des litiges internationaux de sous-traitance soulève essentiellement des questions de coordination de procédures. Un litige opposant sous-traitant et entrepreneur principal 'débordera' en effet bien souvent vers le maître de l'ouvrage. Les parties au litige auront à cœur d'intéresser à la cause leur co-contractant respectif. Ainsi le maître de l'ouvrage peut-il se voir appelé en garantie par l'entrepreneur principal lorsque celui-ci doit faire face à une action en paiement engagée par le sous-traitant. A l'inverse, des demandes en justice d'un maître d'ouvrage contre son entrepreneur principal, entraîneront dans la plupart des cas des recours de celui-ci contre son (ses) sous-traitant(s).

L'étude du contentieux de la sous-traitance internationale mettra dès lors l'accent sur la possibilité de concentrer l'ensemble des litiges devant une seule instance. Il y va non seulement de l'économie de procédures, mais également du souci d'éviter les décisions contradictoires qui donnent lieu à d'inextricables difficultés au stade de l'exécution. La concentration des litiges ne constitue toutefois pas l'objectif ultime du contentieux

⁶ Pour une typologie des contrats de sous-traitance internationale, cf. J.-L. BISMUTH, « La sous-traitance internationale », *Travaux comité français DIP*, 1984-85, (23), 24.

⁷ Une difficulté supplémentaire consiste à déterminer si la relation de sous-traitance appelle l'application des règles visant les contrats internationaux. Il se peut en effet que la relation entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal soit confinée à un seul pays, alors que l'entreprise principale possède clairement un caractère international, par exemple parce que le maître d'ouvrage est établi dans un pays tiers, ou encore parce que l'objet de l'entreprise est situé dans un autre pays. Il faut dès lors s'interroger sur la question de savoir si la nature proprement internationale du contrat principal 'déteint' sur le contrat de sous-traitance qui considéré en lui-même, ne comporte pas de dimension extra-territoriale. Cette question fascinera sans doute les juristes habitués aux subtils distinguos que l'on rencontre en droit français au sujet de l'internationalité du contrat (v. p. ex. A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, pp 15-153 en général sur l'internationalité du contrat). Pour une réflexion spécifique sur l'internationalité du contrat de sous-traitance, v. F. POCAR, « Quelques remarques sur la loi applicable au contrat de sous-traitance », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, CH. DOMINICÉ et al. (éds.), 1993, (155), 155-157 ainsi que P. LAGARDE, « La sous-traitance en droit international privé », in *La sous-traitance de marché de travaux et de services*, CH. GAVALDA (dir.), Paris, Economica, 1978, (186), 188-189.

international. On verra que ce souci peut se heurter à la volonté des parties (infra, n° 13 e.s.). Il se peut également qu'une partie ait avantage à insister sur la conduite de procédures séparées. On pense notamment aux possibilités qu'offrent les juridictions de *common law* en terme de coopération à l'administration de la preuve – les fameuses obligations de '*disclosure*' et la procédure dite de '*discovery*' – par laquelle serait surprise une partie attirée, au nom de la concentration du contentieux, devant une juridiction de droit commun.

Brevitatis causae, la présente étude n'abordera pas les questions relatives à l'arbitrage international. Nous nous permettons de renvoyer le lecteur aux nombreuses contributions examinant les problèmes posés par la multiplicité des intervenants dans l'instance arbitrale.⁸

A. LE(S) FOR(S) DE LA SOUS-TRAITANCE INTERNATIONALE

4. Quel est le for de la sous-traitance internationale ? Un entrepreneur principal établi en France pourra-t-il attirer son sous-traitant belge en garantie devant les juridictions allemandes devant lesquelles il a lui-même été assigné par le maître d'ouvrage allemand, qui se plaint de défauts dans la construction de l'ouvrage ? Ce même sous-traitant peut-il assigner l'entrepreneur principal devant les tribunaux belges pour obtenir la libération du cautionnement constitué pour assurer la bonne fin de ses obligations ?

Comme pour toutes les questions de compétence internationale, une distinction doit être faite selon que l'espèce est confinée aux frontières de l'espace judiciaire européen, auquel cas le tribunal fera appel aux règles de compétence européennes,⁹ ou au contraire concerne une ou plusieurs parties établies dans un pays tiers. Seule la première hypothèse retiendra notre attention, les règles de droit commun applicables aux situations extra-européennes étant susceptibles d'être modifiées dans un futur proche.¹⁰

⁸ En général, R. FUNCK BRENTANO, « Arbitrage et sous-traitance », *Rev. arb.*, 1972, 448-458.

⁹ A savoir le Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, 16 janvier 2001, L-12/1. Sur ce règlement, cf. les études de J.C. BERAUDO, "Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *J.D.I.*, 2001, 1033 e.s. ; CH. BRUNEAU, "Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale. Règle. Cons. CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000", *J.C.P.*, Ed. G., I – doctrine, 2000, n° 304, 533-541 ; M. PERTEGÁS SENDER et I. COUWENBERG, "Recente ontwikkelingen in het Europees bevoegdheids- en executierecht", in *Het nieuwe Europese IPR : van verdrag naar verordening*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), Anvers, Intersentia, 2001, 31-68 ; G. A. L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 2 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *R.C.D.I.P.*, 2001, 601-652 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, "La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000", *Gaz. Pal.*, 2001, n° 161-163, 10-17 ; A. NUYS, "La communautarisation de la Convention de Bruxelles : Le Règlement 44/2001 sur la compétence judiciaire et l'effet des décisions en matière civile et commerciale", *J.T.*, 2001, 913-922 ; G. E. SCHMIDT, "De EEX-Verordening : de volgende stap in het Europees procesrecht", *N.I.P.R.*, 2001, 150-164 ; P. VLAS, "Herziening EEX : van verdrag naar verordening", *W.P.N.R.*, 2000, n° 6421, 745-753 et N. WATTÉ, A. NUYS et H. BOULARBAH, "Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *J.T. dr. eur.*, 2002, 161-171.

¹⁰ Une proposition de loi a été déposée en juillet 2002 au Sénat, qui vise à introduire en droit belge un Code de droit international privé. Cf. Proposition de loi portant le Code de droit international privé, déposée au Sénat de Belgique le 1 juillet 2002, Document n° 2-1225/1, Session de 2001-2002 et les commentaires de J. ERAUW, "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het ontwerp van Wetboek ipr", *R.W.*, 2002, 1557-1566. Les articles 5 e.s. du projet de Code prévoient des règles de compétence internationale qui remplaceront les articles 635 e.s. du Code Judiciaire.

1. Les litiges ‘simples’ : le for du domicile et le for contractuel

5. L'application des fors classiques prévus par le Règlement 44/2001 ne posera pas de difficultés particulières dans le cadre de la sous-traitance internationale. Ainsi l'entrepreneur principal et le sous-traitant pourront-ils lancer assignation à comparaître devant le tribunal du domicile de l'adversaire (art. 2). A cette compétence de principe du *forum sequitur actor rei* s'ajoute la possibilité d'attirer le co-contractant devant le tribunal du lieu de l'exécution de l'obligation qui sert de fondement à la demande (art. 5(1)). Les relations unissant sous-traitant et entrepreneur principal sont en effet nécessairement contractuelles. Tel qu'il figure dans le Règlement 44/2001, le for contractuel diffère sensiblement de la règle traditionnelle consacrée dans la Convention de Bruxelles. Si la compétence est toujours déterminée par le lieu d'exécution de l'obligation, certains contrats bénéficient dorénavant d'une définition *autonome* du lieu d'exécution de l'obligation. Il en va ainsi des contrats de service, pour lesquels le nouvel article 5(1)(b) du Règlement attribue compétence au tribunal du lieu où les services ont été ou auraient dû être fournis.¹¹ Bien que le Règlement ne définisse pas expressément la notion de contrat de services,¹² la qualification du contrat d'entreprise comme contrat de service ne fait aucun doute.¹³

Le tribunal chargé de trancher les difficultés relatives aux contrats de service est celui du lieu de l'exécution de l'obligation de fournir les services. Il faudra donc avoir égard au lieu d'exécution de l'obligation principale du sous-traitant, qui caractérise le contrat.¹⁴ On se rappellera que sous l'empire de la Convention de Bruxelles,¹⁵ la jurisprudence de la Cour de Justice imposait de déterminer le tribunal compétent pour chaque obligation considérée séparément, au risque de provoquer une fragmentation du contentieux. La Cour avait certes, dans une affaire opposant un citoyen néerlandais à un architecte allemand à qui il avait demandé d'élaborer des plans en vue de la construction de trois maisons de vacances, tenté de modérer les conséquences néfastes de sa jurisprudence en conférant à l'obligation ‘principale’ un certain pouvoir *centripète* – suivant l'adage traditionnel *accessorium sequitur principale*.¹⁶ En cas de pluralité d'obligations, le risque de morcellement du contentieux n'était toutefois pas entièrement exclu.

¹¹ *Infra* sur la détermination précise du lieu de prestation des services.

¹² On a toutefois proposé d'avoir recours à la définition construite par la Cour de Justice dans le cadre de la libre circulation des services (en ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, LGDJ, 2002, 148, n° 188 et J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht : Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, 7^{ème} éd., Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2002, 138). L'article 50 du Traité CE définit la notion de ‘services’ de façon négative comme les « prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ».

¹³ Une interprétation *autonome* de la notion de contrat de services s'impose. Sur les difficultés de qualification en droit belge, cf. G. BAERT, *Aanneming van werk*, APR, Gand, Story-scientiae, 2001, 11, n° 15 . *Infra* n° 26 pour les difficultés de qualifications sous l'empire de la Convention de Vienne.

¹⁴ *Comp. infra* n° 29 avec la détermination du droit applicable au contrat de sous-traitance, qui fait appel au lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique et non au lieu d'exécution de celle-ci.

¹⁵ Qui reste malheureusement d'application dans les relations entre les Etats membres et le Danemark, qui n'est pas lié par le Règlement 44/2001. La Convention de Lugano n'a pas (encore) été modifiée ; elle demeure applicable à l'égard des pays de l'AELE, et notamment de la Pologne et de la Suisse.

¹⁶ C.J.C.E., 15 janvier 1987, *Shenavai c. Kreisler*, aff. 266/85, *Rec.*, 1987, 251, attendu 19 : « dans le cas particulier où un litige porte sur plusieurs obligations qui découlent d'un même contrat et qui servent de base à l'action intentée par le demandeur [...] le juge saisi s'orientera, pour déterminer sa compétence, sur le principe selon lequel l'accessoire suit le principal ». Sur les difficultés liées à la détermination de l'obligation ‘principale’, v. H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international. Chronique de jurisprudence (1991-1998)*, Larcier, Bruxelles, 2001, 116-120.

Dorénavant, le lieu d'exécution de l'obligation caractéristique est déterminant pour l'ensemble du contentieux contractuel, et non seulement pour l'obligation de fourniture de services *sensu stricto*. Ainsi le tribunal du lieu de la sous-entreprise sera-t-il également compétent pour connaître des difficultés relatives au paiement du sous-traitant.¹⁷ De même le tribunal du lieu de l'entreprise pourra-t-il exercer compétence à l'égard des différends relatifs à la libération du cautionnement, et ce même si celui-ci a été constitué auprès d'une banque établie dans un autre pays. Tel que défini par le Règlement 44/2001, le for contractuel permettra dès lors une plus grande *concentration* des litiges.

6. Le for contractuel nouveau style se réfère au lieu de fourniture des services tel que déterminé par le contrat (art. 5(1)(b)). Il n'est donc en principe plus nécessaire de s'interroger sur la loi applicable au contrat pour déterminer le lieu d'exécution de la prestation caractéristique.¹⁸ Il suffira de suivre les indications du contrat. Même si l'articulation de cette disposition peut prêter à confusion,¹⁹ il reste que la localisation du lieu de l'exécution devrait la plupart du temps se révéler être une opération aisée.

Cette règle ne permettra toutefois pas nécessairement d'attirer le sous-traitant devant le tribunal du lieu de l'entreprise générale. L'article 5(1)(b) impose en effet de tenir compte du lieu où le sous-traitant a réellement déployé ses activités. Ce lieu coïncidera avec le lieu de l'entreprise générale lorsque le sous-traitant y mobilise ses hommes et ses ressources – ce qui sera le plus souvent le cas dans la sous-traitance de construction.²⁰ Il n'est toutefois pas exclu que le sous-traitant exécute les travaux qui lui sont impartis dans ses propres

¹⁷ *Comp.* sous l'empire de la Convention de Bruxelles, Rb. Middelburg, 1 juillet 1998, *N.I.P.R.*, 1999, 249 (un sous-traitant belge réclamait paiement des prestations effectuées aux Pays-Bas à l'entrepreneur italien qui lui avait confié la sous-traitance. Conformément à la jurisprudence *de Bloos* de la Cour de Justice, le tribunal a retenu l'obligation de paiement du prix de l'entreprise pour déterminer la compétence. Cette obligation devait, selon le droit belge, être exécutée en Italie, le tribunal a dès lors décliné sa compétence).

¹⁸ Comme l'imposait la jurisprudence *Tessili*, C.J.C.E., 6 octobre 1976, *Industrie Tessili Italiano Como c. Dunlop AG*, aff. 12/76, *Rec.*, 1976, 1473, spéc. attendus n°13 et 14.

¹⁹ On se demandera en particulier quel sens attribuer à l'expression « sauf convention contraire » figurant dans le corps de l'article 5(1)(b). Il semble que la convention visée est celle par laquelle les parties ont assigné un lieu d'exécution précis à une autre obligation que l'obligation caractéristique. Ainsi lorsque le litige porte sur l'obligation de paiement, dont les parties ont imposé l'exécution dans un autre Etat que celui de l'obligation caractéristique, la volonté des parties l'emportera sur le souci de concentration du contentieux qui informe le nouvel article 5(1)(b). *Comp.* sur ce point V. HEUZÉ, "De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5-1° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *R.C.D.I.P.*, 2000, (595), spéc. 626 et J. KROPHOLLER et M. VON HINDEN, "Die Reform des europäischen Gerichtsstandes am Erfüllungsort", in *Gedächtnisschrift für Alexander Liederitz*, H. SCHACK (éd.), München, Beck, 2000, 401 e.s. ainsi que P. VLAS, "Stoeien met verbintenissen, worstelen met art. 5 sub 1 EEX-Verordening", *W.P.N.R.*, 2002, n° 6485, 301-302. *Adde* H. GAUDEMET-TALLON, *o.c.*, Paris, LGDJ, 2002, 160-163.

²⁰ Il arrivera d'ailleurs que les ressources mobilisées par le sous-traitant pour exécuter les tâches qui lui sont assignées, demeurent pour une période relativement longue au lieu de l'entreprise générale. Dans ce cas, l'on pourrait être tenté de considérer que le sous-traitant a installé un établissement secondaire dans ce pays. Le caractère plus ou moins permanent des installations du sous-traitant n'est toutefois pas pertinent au regard de l'article 5(1), qui s'attache uniquement au lieu d'exécution de l'obligation de prestation, sans avoir égard à l'existence d'un établissement ou d'une succursale. Le droit européen connaît toutefois une autre règle de compétence, fondée précisément sur l'existence d'une succursale ou d'un établissement du défendeur. L'article 5(5) du Règlement confère en effet compétence aux tribunaux de l'Etat dans lequel le défendeur possède une « succursale, une agence ou tout autre établissement ». Cette règle ne vise toutefois que les différends relatifs à l'exploitation de la succursale. Si l'installation par le sous-traitant d'un ensemble de moyens matériels et humains pour une durée prolongée pourrait être considéré comme un établissement au sens de l'article 5(5) – on pense à un important chantier de construction qui obligerait le sous-traitant à installer un bureau de chantier ainsi que des installations sanitaires, de logement, etc. -, on peut douter que des litiges relatifs à la bonne exécution par le sous-traitant des obligations que lui imposent le contrat de sous-traitance puissent être portés devant les juridictions du pays de l'établissement. L'article 5(5) ne vise en effet que les différends relatifs aux engagements pris par l'établissement au nom de la maison-mère, et non aux obligations assumées directement par celle-ci (cf. C.J.C.E., 22 novembre 1978, *Somafer S.A. c. Saar-Ferngas*, aff. 33/78, *Rec.*, 1978, 2183, attendu 13). Cette règle pourrait par contre fonder la compétence du tribunal du lieu de la succursale pour les différends qui ont trait par exemple à la fourniture de provisions de bouche pour les employés du sous-traitant pendant la durée de l'entreprise.

installations – on pense à l’hypothèse de la sous-traitance industrielle, comme la livraison par une entreprise spécialisée d’un moteur destiné à être intégré dans un navire dont l’entrepreneur général, un chantier naval, poursuit la construction.²¹ Si le moteur est conçu et réalisé dans les ateliers du sous-traitant, c’est devant les tribunaux de ceux-ci que le chantier naval devra se plaindre de défauts affectant le moteur. Dans ce cas, le for contractuel coïncidera avec l’établissement du sous-traitant, qui n’est pas nécessairement localisé dans le pays où l’entrepreneur général réalise les travaux commandés. De même, il faut admettre que lorsqu’un entrepreneur général charge un bureau d’études de procéder à l’analyse détaillée d’un problème technique, seuls les tribunaux du pays dans lequel le sous-traitant est établi pourront assumer compétence en vertu de l’article 5(1)(b). Il serait en effet par trop artificiel d’accepter la compétence des tribunaux du pays de l’entrepreneur général parce que les résultats de l’étude ou le moteur commandé doivent finalement être livrés au lieu de l’entreprise générale. Un tel raisonnement ferait fi de la finalité assignée à l’article 5(1) par la Cour de Justice, à savoir attribuer compétence au juge « le mieux placé géographiquement pour l’établissement des faits dont dépend la solution du litige », ce qui traduit le souci de rapprocher le juge et les données du litige en vue de l’organisation utile du procès et en particulier de l’efficacité de l’administration de la preuve.²² Sauf si le contrat prévoit expressément que le fruit de l’activité du sous-traitant doit être remis à l’entrepreneur général dans l’établissement de ce dernier,²³ on acceptera dès lors que le for contractuel s’entend de l’établissement dans lequel le sous-traitant exécute ses prestations.

2. Les instruments d’une concentration européenne du contentieux

7. Les règles décrites ci-avant doivent faire l’objet d’une application séparée à l’égard de chacun des sous-traitants. Le tribunal saisi devra vérifier s’il possède compétence à l’égard de chacune de ces demandes considérée séparément. Il n’est dès lors pas exclu que le tribunal doive se déclarer incompétent à l’égard d’une partie de la demande. On cherchera en effet en vain dans le Règlement un for de la connexité, comme on en connaît en droit interne belge.²⁴ La Cour de Justice a d’ailleurs à plusieurs reprises refusé d’étendre les fors prévus par les règles européennes pour y introduire une mesure de connexité.²⁵

²¹ Hypothèse visée dans l’espèce tranchée par Cass. fr., 18 octobre 1994, *D.M.F.*, 1995, 283, *infra* n° 16, ainsi que dans l’espèce ayant conduit à la sentence n° 2119 rendue en 1978, *J.D.I.*, 1979, 997, note Y. DERAÏNS, également *infra* n° 34.

²² La Cour le rappelait déjà dans le premier arrêt dans lequel elle s’est penchée sur l’article 5 : après avoir indiqué que le “système” de la Convention était fondé “sur une attribution générale de compétence [...] au tribunal du domicile du défendeur” elle expliqua que l’option offerte au demandeur par l’article 5 “a été introduite en considération de l’existence, dans certaines hypothèses bien déterminées, d’un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître, en vue de l’organisation utile du procès”. C.J.C.E., 6 octobre 1976, *Tessili Como c. Dunlop*, aff. 12/76, *Rec.*, 1976, 1473, points 12 et 13.

²³ Encore une telle clause pourrait-elle être écartée s’il s’avère qu’elle fait violence à la réalité factuelle et ne vise qu’à contourner celle-ci par le biais d’une fiction, cf. C.J.C.E., 20 février 1997, *MSG c. Gravières Rhénanes*, aff. C-106/95, *Rec.*, 1997, I-911.

²⁴ Art. 566 C. Jud., l’article 30 du même Code définissant la connexité. Cf. pour les espèces internationales, l’article 635-6 du même Code.

²⁵ C.J.C.E., 5 octobre 1999, *Leatbertex Divisione Sintetici c. Bodetex*, aff. C-420/97, *Rec.*, 1999, I-6747 (dans lequel la Cour décide que “le même juge n’est pas compétent pour connaître de l’ensemble d’une demande fondée sur deux obligations équivalentes découlant d’un même contrat, lorsque, selon les règles de conflit de l’Etat de ce juge, ces obligations doivent être exécutées l’une dans cet Etat et l’autre dans un autre Etat contractant” - attendu 40) et C.J.C.E., 27 octobre 1998, *Réunion européenne c. Splithoff’s Bvcrachtungskantoor BV.*, aff. C.-51/97, *Rec.*, 1998, I-6511 (dans

(i) Le déclinatoire de connexité internationale

8. Au mieux le Règlement permet-il de consolider de façon *négative* deux procédures engagées devant des tribunaux différents. Cette consolidation passera avant tout par l'exception de connexité prévue à l'article 28 du Règlement, l'exception de litispendance pouvant plus difficilement être appelée à la rescousse dans le contentieux de la sous-traitance puisque les parties aux deux procédures seront le plus souvent différentes.²⁶ Le déclinatoire européen de connexité permet à une juridiction saisie d'une demande connexe²⁷ à une autre, de surseoir à statuer pour permettre au tribunal saisi de la demande apparentée de se prononcer sur l'ensemble du litige.

Telle qu'envisagée en droit européen, la connexité n'offre toutefois que des possibilités limitées de consolidation : elle ne peut profiter qu'au juge premier saisi, selon le principe chronologique bien connu ; de plus, le juge second saisi conserve un important pouvoir d'appréciation à l'égard de la demande de sursis à statuer.²⁸ Encore faut-il enfin que le juge premier saisi se reconnaisse compétent pour statuer sur la demande connexe qui avait été portée devant le second tribunal. On le pressent, l'exception de connexité ne permettra pas toujours de regrouper devant une même juridiction les différentes actions du contentieux de la sous-traitance internationale – d'autant plus que les tribunaux nationaux éprouvent une certaine réticence à 'abdiquer' et à renoncer à l'exercice d'une compétence dont ils sont investis au profit d'une procédure 'simplement' connexe.

(ii) La consorité

9. L'absence de for de la connexité ne signifie par pour autant qu'il sera impossible de concentrer l'ensemble des litiges relatifs à l'entreprise devant l'un ou l'autre des tribunaux compétents. Le droit européen connaît en effet des formes particulières de connexité, au premier rang desquelles figure la *consorité*. Ainsi, l'entrepreneur principal pourra-t-il en vertu de l'article 6(1) du Règlement, assigner les différents sous-traitants avec lesquels il a contracté, devant un seul tribunal, si certaines conditions sont remplies.

a. Extension de compétence du for domiciliaire d'un des défendeurs

lequel la Cour refuse d'étendre la compétence du juge chargé de trancher un litige délictuel aux aspects contractuels du même litige).

²⁶ Sur la condition d'identité des parties dans le jeu de l'exception de litispendance européenne, cf. C.J.C.E., 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the Ship 'Tatry' c. The owners of the Ship 'Maciej Rataj'*, aff. C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5439 et C.J.C.E., 19 mai 1998, *Drouot Assurances S.A. c. C.M.I. Protea Assurance*, aff. C-351/96, *Rec.*, 1998, I-3075.

²⁷ La connexité est définie au troisième alinéa de l'article 28 par l'intérêt qu'il y a à instruire et à juger en même temps des demandes séparées afin « d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ».

²⁸ Selon des critères qui ont été précisés par la jurisprudence, v. H. GAUDEMET-TALLON, *o.c.*, Paris, LGDJ, 2002, 274 e.s. et J.KROPHOLLER, *o.c.*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2002, 351.

10. Le demandeur désireux de bénéficier de l'extension de compétence devra pour ce faire élire le for du *domicile* de l'un d'entre eux, le seul susceptible de faire jouer la pluralité de défendeurs. Il n'est dès lors pas possible d'attirer l'ensemble des sous-traitants devant la juridiction du lieu de l'entreprise si aucun d'entre eux n'est établi dans cet Etat. De même, l'entrepreneur principal ne pourra bénéficier de la consorité si le tribunal devant lequel il a attiré un de ses sous-traitants fonde sa compétence sur une clause d'élection de for prévue dans le contrat de sous-traitance conclu avec celui-ci – à moins que le for élu ne soit celui du domicile d'un des sous-traitants.

b. Rapport étroit entre les demandes

11. A cette première condition s'ajoute une autre restriction, destinée à prévenir les abus auxquels la consorité pourrait donner lieu. L'attraction de compétence au for d'un des co-défendeurs exige en effet qu'existe entre les demandes un « rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ».

Cette condition, inspirée de la jurisprudence *Kalfelis* de la Cour de Justice,²⁹ requiert, pour les demandes trouvant leur origine dans le même groupe de contrats d'entreprise, que le tribunal vérifie si les demandes parallèles engagées par exemple par l'entrepreneur principal contre ses différents sous-traitants à qui il reproche des manquements dans l'exécution de leurs obligations, risquent de donner lieu à des décisions contradictoires. A cet égard, il ne sera pas indifférent que l'entrepreneur demande la condamnation *in solidum* des sous-traitants, cette circonstance constituant un indice pertinent de l'interpénétration des missions assignées à ceux-ci.

Pour rapporter la preuve du rapport étroit, le demandeur devra montrer que les prestations respectives des sous-traitants sont à ce point techniquement liées que l'on ne peut se prononcer sur la responsabilité de l'un sans toucher, ne fut-ce qu'implicitement, à la responsabilité de l'autre. Lorsque l'un des sous-traitants est par exemple chargé de l'installation d'un système de traitement des eaux destinées au refroidissement d'un incinérateur et que l'autre avait pour mission la programmation électronique du système de traitement, il importe d'éviter que la défaillance du système fasse l'objet de deux appréciations concurrentes par des juridictions différentes. Les décisions prononcées par deux instances indépendantes pourraient en effet se contredire. Il est dès lors opportun dans un tel cas d'espèce de réunir l'ensemble des défendeurs devant la même juridiction.

Il n'en ira toutefois pas de même lorsque les missions des sous-traitants étaient clairement distinctes et que les fautes éventuelles de l'un n'ont pas pu influencer la bonne fin de la mission de l'autre. L'installation d'ascenseurs dans un immeuble sera par exemple la plupart du temps indépendante des travaux de peinture. La consorité pourra dès lors plus difficilement être invoquée à l'égard des sous-traitants chargés de ces missions.

²⁹ C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Kalfelis c. Banque Schröder*, aff. 189/87, *Rec.*, 1988, 5573, point 11. On aura reconnu dans la définition du 'lien sérieux' retenu à l'article 6(1) le concept de connexité qui figure à l'article 28(3) du Règlement.

(iii) Le for de la garantie et de l'intervention

12. Si l'extension de compétence fondée sur la consorité peut s'avérer fort utile lorsque l'entrepreneur principal souhaite engager la responsabilité de plusieurs de ses sous-traitants, le droit européen prévoit également une règle visant l'appel en garantie et l'intervention, qui permettra de rassembler devant une même juridiction les acteurs intervenants à plusieurs niveaux de l'entreprise.³⁰ Ainsi, l'entrepreneur principal pourra-t-il attirer le sous-traitant en garantie devant la juridiction qui doit connaître de la demande en dommages et intérêts dirigée par le maître de l'ouvrage contre son cocontractant direct.

Dans un autre scénario typique du contentieux de la construction industrielle, l'entrepreneur principal assigné en paiement par son sous-traitant pourra appeler devant le tribunal le maître de l'ouvrage qui est à l'origine du défaut de paiement. L'extension de compétence est naturelle, elle se déduit du caractère *accessoire* de la demande en garantie ou en intervention. Pour éviter tout abus, l'article 6(2) précise toutefois que l'extension de compétence ne peut être invoquée lorsqu'elle ne vise qu'à traduire « hors de son tribunal celui qui a été appelé ». A la différence de la consorité, l'extension de compétence dont bénéficie la juridiction saisie d'une demande en garantie ou en intervention, n'est pas limitée au for du défendeur, mais peut se greffer sur d'autres fors prévus par le Règlement.

Ces règles de compétence et leur extension doivent toutefois s'accommoder du jeu éventuel de l'autonomie de la volonté.

B. SOUS-TRAITANCE ET CLAUSES D'ÉLECTION DE FOR

1. Principes et questions

13. Les règles européennes de compétence font une large place à l'autonomie de la volonté. L'article 23 du Règlement 44/2001 permet aux parties de désigner eux-mêmes le tribunal chargé de trancher d'éventuels différends. On ne peut qu'encourager les parties à faire usage de cette possibilité, qui permettra – dans une large mesure - d'éviter les escarmouches stériles sur la compétence internationale (*'litigation on the place of litigation'*).

La difficulté majeure que pose l'autonomie de la volonté dans le contentieux de la sous-traitance internationale est liée à l'existence d'une pluralité de contrats. Dans un scénario idéal, l'ensemble des contrats en présence prévoieront une clause en faveur du même for – par exemple parce que le maître de l'ouvrage aura imposé à l'entrepreneur principal de répercuter auprès de ses propres contractants la clause insérée dans leur contrat. Dans ce cas, l'ensemble des litiges pourra être porté à la connaissance des tribunaux du même

³⁰ Sous réserve toutefois de l'Allemagne et de l'Autriche, dont le droit interne connaît une autre méthode, moins directe, pour intéresser le tiers à la cause, la *litis denunciatio*, cf. article 65 du Règlement 44/2001 et H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2^{ème} éd., München, Beck, 1996, 143-144, n° 365 et en général, H. P. MANSSEL, "Streitverkundung und Interventionsklage im Europäischen internationalen Zivilprozessrecht (EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen)", in *Europäischer Binnenmarkt – Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, P. HOMMELHOF (éd.), Heidelberg, Müller Verlag, 1995, 161-262.

pays. Il reviendra alors aux règles de compétence interne de ce pays de déterminer si la jonction des causes est envisageable. Pour favoriser une telle jonction, les clauses d'élection de for peuvent imposer à toutes les parties concernées une obligation d'intervention et de garantie dans la première procédure engagée.³¹

La pratique révèle toutefois que les ensembles de contrats ne présentent pas systématiquement une unité juridique. Le contrat principal et le contrat de sous-traitance peuvent ainsi chacun prévoir un mode de résolution particulier des litiges ; il arrive également qu'un ou plusieurs des contrats en présence ne contiennent pas de clause d'élection de for.

Dans ce cas, le souci d'une résolution concertée des litiges et de l'économie de procédures se heurte à l'indépendance des contrats. Il est en effet inutile d'insister sur l'*autonomie* juridique du contrat de sous-traitance par rapport aux relations contractuelles nouées entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal.³² A défaut de clauses contractuelles contraires,³³ le contrat de sous-traitance est un contrat distinct répondant aux conditions spécifiques convenues entre parties.

2. Relativité de principe de la clause d'élection de for

14. Le caractère autonome du contrat de sous-traitance a pour effet, c'est là une évidence, l'inopposabilité au sous-traitant des conditions prévues à la convention d'entreprise principale, à défaut du moins de clause spéciale réglant ce point. Cette inopposabilité n'est pas sans soulever de difficiles questions à l'égard des clauses d'élection de for – ainsi qu'à l'égard des clauses de choix de loi, cf. *infra* n° 29 e.s. Ainsi en l'absence de clause d'élection de for dans le contrat de sous-traitance, le sous-traitant ne pourra pas, par le simple fait que les parties au contrat principal ont conféré compétence à un tribunal donné, être attiré devant ce tribunal. Celui-ci devra fonder sa compétence à l'égard du sous-traitant³⁴ sur une règle particulière, telle celle du lieu de l'exécution de l'obligation ou la règle étendant la compétence du juge saisi aux demandes en garantie ou en intervention (*supra*).

Une décision du tribunal de commerce de Liège illustre bien la relativité de la clause d'élection de for à l'égard d'acteurs non-parties au contrat.³⁵ En l'espèce, la clause, en

³¹ Voyez la clause proposée à cet effet par A. BRABANT, *Le contrat international de construction*, Bruxelles, Bruylant, 1981, 371-372, n° 337.

³² Autonomie clairement affirmée par la jurisprudence belge, cf. Comm. Hasselt, 31 octobre 1995, *R.W.*, 1995-96, 993 (le tribunal observe fort justement que « Bien qu'économiquement parlant, il y soit fondamentalement lié, le contrat de sous-traitance demeure, du point de vue juridique, un contrat indépendant distinct de l'entreprise principale ») ; Liège, 15 octobre 1986, *Entr. & Dr.*, 1991, 386.

³³ Sur les clauses assurant la 'transparence' des relations contractuelles, cf. Comm. Gand, 24 décembre 1997, *R.D.C.B.*, 1999, 504.

³⁴ Pour autant qu'il s'agisse d'un véritable sous-traitant et non d'un contractant direct du maître de l'ouvrage. La distinction est parfois difficile à faire. Cf. *Talbot v. Edcrest Ltd.*, [1993] I.L.Pr 786 (High Court), qui mettait aux prises un constructeur automobile anglais en liquidation avec une entreprise anglaise chargée du stockage et du transport des voitures fabriquées par le premier. Le contrat litigieux avait été conclu avec la société-mère de l'entrepreneur, établie aux Pays-Bas, et prévoyait la compétence des tribunaux néerlandais. La High Court décida que le 'sous-traitant' anglais pouvait légitimement invoquer la clause d'élection de for, car il apparaissait des faits qu'il était en réalité directement partie au contrat principal.

³⁵ Comm. Liège, 10 mars 1993, *R.D.C.B.*, 1995, 399, note J. INGBER.

faveur des tribunaux français, figurait dans le contrat liant un sous-traitant belge à un entrepreneur principal français. Le sous-traitant avait profité d'une procédure engagée par son cocontractant contre le maître de l'ouvrage, une société liégeoise, pour assigner également ce dernier devant le même tribunal liégeois et obtenir la réception provisoire des travaux commandés directement par le maître de l'ouvrage au sous-traitant, en contournant l'entrepreneur principal. Le maître de l'ouvrage tentait de se débarrasser de cette deuxième action en fondant un déclinatoire de compétence sur la clause d'élection de for prévue dans le contrat de sous-traitance. Le tribunal constata que cette clause était, pour le maître de l'ouvrage une « *res inter alios acta* ». Elle ne faisait dès lors pas obstacle à l'action du sous-traitant.³⁶

3. Clauses d'élection de for et compétences dérivées

15. La situation est plus difficile lorsque la partie à l'égard de laquelle le tribunal prétend exercer une compétence dérivée, est liée par une clause d'élection de for avec la partie qui prétend l'intéresser à la cause. L'hypothèse classique voit l'entrepreneur principal, assigné en responsabilité par le commanditaire de l'entreprise, lancer à son tour assignation en garantie contre un sous-traitant. Celui-ci peut-il alors opposer la clause d'élection de for qui le lie à l'entrepreneur principal, et qui accorde compétence à un autre tribunal ? La même question se pose à l'égard des conventions d'arbitrage, sans que les solutions applicables aux deux types de clauses coïncident d'ailleurs nécessairement.

(i) Le principe de la primauté de la clause d'élection de for

16. La question des relations entre l'autonomie de la volonté exprimée dans une clause d'élection de for et l'exercice, au sein de l'espace judiciaire européen, d'une compétence dérivée, a reçu une réponse générale de la Cour de Justice.³⁷ Dès 1976, la Cour a en effet précisé que « l'effet de la prorogation de compétence [...] est d'exclure tant la compétence déterminée par le principe général consacré par l'article 2, que les compétences spéciales des articles 5 et 6 de la convention ».³⁸

Cet attendu de portée fort générale laissait entendre qu'il n'y avait pas de place pour l'exercice d'une compétence dérivée dès lors que les parties en cause sont liées par une clause d'élection de for. C'est ainsi que la jurisprudence a interprété ces décisions.³⁹ Ainsi

³⁶ Il en ira toutefois autrement lorsque le sous-traitant a succédé aux droits de l'entrepreneur principal, par exemple suite à une cession de créances que celui-ci détient à l'encontre du maître de l'ouvrage. Cette situation particulière était en jeu dans l'espèce tranchée par la Cour d'Appel de Mons, 26 mai 1989, *R.D.C.B.*, 1990, 783, le sous-traitant ayant exigé et obtenu de son contractant direct une cession de créances, sans doute en raison des difficultés de trésorerie de ce dernier. Bien lui en pris car l'entrepreneur principal fit aveu de faillite deux mois plus tard. L'assignation lancée ensuite contre le maître de l'ouvrage buta toutefois sur la clause d'élection de for prévue dans le cahier des charges liant l'entrepreneur principal, et donc également son ayant-droit suite à la cession de créances.

³⁷ En général sur cette question, v. H. GAUDEMET-TALLON, *o.c.*, Paris, LGDJ, 2002, 206-211 et P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 2 septembre 1968 : compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, Jupiter, 1985, 63-67.

³⁸ C.J.C.E., 14 décembre 1976, *Estasis Salotti*, aff. 24/76, *Rec.*, 1976, 1831, attendu n° 7 et C.J.C.E., 14 décembre 1976, *Segoura*, aff. 25/76, *Rec.*, 1976, 1851, attendu n° 6.

³⁹ Cf. également Cass. fr., 12 juillet 1982, *D.*, 1982, IR, 145, obs. B. AUDIT ; *R.C.D.I.P.*, 1983, 658, note P.L. ; *J.D.I.*, 1983, 405, note D. HOLLEAUX ainsi que Cass. fr., 18 octobre 1989, *J.D.I.*, 1991, 155, note A. HUET.

la Cour d'Appel de Liège a-t-elle dans un arrêt du 3 décembre 1990 décliné sa compétence sur la demande en intervention et en garantie formulée par l'acheteur d'un véhicule impliqué dans un accident de roulage qui entendait appeler en garantie le concessionnaire qui le lui avait fourni, afin de s'exonérer de sa responsabilité dans l'accident dans lequel il avait été impliqué.⁴⁰ Il est vrai qu'en l'espèce, le contrat de vente prévoyait la compétence des juridictions françaises « même en cas de pluralité de défendeurs, d'appel en garantie, de demande incidente et de toutes autres actions ». Il ne faisait dès lors pas de doute que les parties avaient entendu que leur accord s'impose même en cas d'appel en garantie.

Le principe posé par la Cour de Justice semble toutefois viser l'ensemble des hypothèses, même celles mettant en jeu une clause d'élection de for rédigée en des termes généraux. Les tribunaux anglais ont eu l'occasion de consacrer le principe, par exemple dans une espèce opposant un électricien néo-zélandais à son employeur, un armateur anglais, P & O, celui-ci ayant confié la réparation d'un navire à une entreprise établie à Hambourg.⁴¹ L'électricien fut victime d'un accident pendant les réparations et assigna P & O devant les tribunaux anglais. Appelé en garantie par ce dernier, l'entrepreneur allemand invoqua la clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Hambourg qui figurait dans le contrat le liant à l'armateur. Tout en déplorant la multiplication de procédures à laquelle sa décision conduirait, l'*Admiralty Court* anglaise ne put que constater que cette clause, valable selon les conditions posées par le droit européen, s'opposait à ce que l'action en garantie soit portée devant d'autres tribunaux que les tribunaux allemands.⁴²

La Cour de cassation française s'est également alignée sur cette jurisprudence, notamment dans une espèce où un chantier naval breton se plaignait de défauts affectant un moteur commandé à une entreprise italienne.⁴³ Assigné devant les tribunaux français, cette dernière appela en garantie son propre fournisseur, qui s'opposa toutefois à la saisine des tribunaux français en invoquant une clause d'élection de for en faveur des tribunaux italiens figurant dans les propres conditions générales du demandeur en intervention. La Cour de Cassation refusa de censurer la décision de la Cour d'Appel qui avait écarté l'action en garantie faute de compétence internationale.⁴⁴

⁴⁰ Liège, 3 décembre 1990, *J.L.M.B.* 1992, 1374, note A. KOHL; *J.T.* 1991, 841; *Pas.* 1991, II, 84.

⁴¹ *D M Hough v P & O Containers (BloHM & Voss Third Party)*, [1998] 2 All ER 978, 986 (QB).

⁴² Le juge Rix expliqua que “*much as the court might regret multiplicity of proceedings, it is bound to recognize [the defendant's] valid agreement to litigate its claim in Hamburg [...]. What one sees here are the irreconcilable differences between the right of [the plaintiff] to sue [defendant] in England, where [defendant] is to be found [...] and the right of [the third party] to be sued by [defendant] in Hamburg, where [defendant] had agreed to litigate*”. Cf. également *Saipern Sp.A v. Dredging VO2 BV and Geosite Surveys Ltd. (The Volvox Hollandia)*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 520 (cette décision est singulière à plus d'un titre, tout d'abord parce que la High Court s'est inspirée des dispositions de la Convention de Bruxelles, alors que celle-ci n'était pas encore en vigueur au Royaume-Uni lors de l'introduction de la procédure. En l'espèce, une entreprise anglaise, Conoco, avait confié à Saipern, établie en Italie, des travaux de réparation d'une plate-forme pétrolière située en Mer du Nord. Saipern fit appel à Dredging VO2, une société néerlandaise, qui elle-même sous-traitait une partie du marché à Geosites, société anglaise. Un accident se produit, qui endommagea la plate-forme. Conoco et Saipern assignèrent les deux sous-traitants devant les tribunaux anglais ; VO2 avait toutefois déjà engagé une procédure devant les tribunaux néerlandais. De façon incidente, la Cour décida que la compétence fondée sur la clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais figurant dans le contrat liant Saipern et VO2 devait l'emporter sur la compétence dérivée revendiquée par les tribunaux néerlandais).

⁴³ Cass. fr., 18 octobre 1994, *Société Bretonne de Construction Navale c. Nanni Diesel Société et autre*, *D.M.F.*, 1995, 283, note de Tassel.

⁴⁴ V. également Cass., 12 mai 1992, *Société De Groot Nijkerk Machinefabriek BV c. Start Maschinenfabrik Rhenania et autres*, *J.D.I.*, 1993, 151, note A. HUET ; *D.*, 1993, Somm., 348, obs. B. AUDIT (une entreprise française en liquidation tentait d'obtenir compensation d'un fournisseur néerlandais à qui elle avait acheté une machine qui s'était révélée défectueuse. Le fournisseur appela en garantie le fabricant allemand, qui opposa une clause d'élection de for en faveur des tribunaux néerlandais. La Cour laissa entendre que dès lors que cette clause répondait aux conditions de validité posées par les règles européennes, les tribunaux français auraient dû refuser de prendre connaissance de l'action en garantie).

17. Dans la même logique, on a pu décider que la volonté des parties l'emportait également lorsque l'une des parties à la clause d'élection de for entendait intervenir *volontairement*. Ainsi dans une espèce tranchée par le tribunal de commerce de Liège, un contrat de sous-traitance prévoyait-il une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Mulhouse.⁴⁵ Le contrat de sous-traitance s'inscrivait dans des travaux de grande envergure commandés par Cockerill-Sambre notamment à une entreprise française. Lorsque celle-ci réclama des tribunaux belges qu'ils déclarent que les travaux réalisés par ses soins étaient en état d'être réceptionnés, le sous-traitant engagé par ses soins déposa une requête en intervention volontaire visant à obtenir la réception provisoire de ses propres travaux.⁴⁶ L'entrepreneur principal souleva un déclinatoire de compétence fondé sur la clause attributive de juridiction figurant dans la convention le liant à son sous-traitant. Le tribunal se déclara dès lors incompétent pour connaître du litige entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal. Le tribunal expliqua que « l'article 17 [de la Convention de Bruxelles] prévalant sur l'article 6, 2° [de la même Convention], la clause d'élection de for, expression de la volonté des parties, doit être respectée [...] ».⁴⁷

Cette jurisprudence doit être approuvée, sous réserve toutefois de la possibilité pour les parties de limiter le jeu de leur clause d'élection de for en l'excluant en cas d'intervention volontaire. Les parties auront alors soin de préciser ceci *expressément* dans leur accord.⁴⁸

(ii) Une exception en cas d'indivisibilité du litige ?

18. Une certaine doctrine conteste toutefois la primauté de principe de l'autonomie de la volonté sur les compétences dérivées. S'appuyant sur la jurisprudence *Meeth* de la Cour de Justice,⁴⁹ le professeur *Laenens* écrivait ainsi que « art. 17 EEX in beginsel geen afbreuk mag doen aan wat bepaald is in art. 6 van het EEX-verdrag ».⁵⁰ Cette position nous paraît toutefois par trop catégorique.

⁴⁵ Comm. Liège, 10 mars 1993, *R.D.C.B.*, 1995, 395, note J. Ingber ; *R.G.D.C.B.*, 1995, 216, note W. WAUTERS.

⁴⁶ Cette demande était dirigée à la fois contre l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage.

⁴⁷ Comm. Liège, 10 mars 1993, *R.D.C.B.*, 1995, 395, 399. En l'espèce se greffait sur cette première requête en intervention volontaire une autre action du sous-traitant visant directement Cockerill-Sambre, qui aurait commandé des travaux supplémentaires au sous-traitant. Comme déjà expliqué n°14 *supra*, le tribunal refusa d'écarter sa compétence internationale pour cette partie de la demande, la clause d'élection de for invoquée par Cockerill Sambre à l'appui de son déclinatoire de compétence étant contenue dans le marché de sous-traitance et constituant donc pour Cockerill une *res inter alios acta*.

⁴⁸ On hésitera dès lors à souscrire au raisonnement suivi par le tribunal de Commerce d'Anvers qui, dans une espèce mettant en jeu des ventes successives d'un même camion, a écarté la clause attributive de compétence en faveur des tribunaux d'Utrecht invoquée par un vendeur assigné en garantie par son acheteur (Comm. Anvers, 17 janvier 1995, *R.D.C.B.*, 1995, 521, note J. ERAUW, « Aaneenschakeling van contracten bij doorverkoop van zaken met grensoverschrijding »). Le tribunal s'est contenté de constater que la « simple circonstance que le défendeur en intervention et en garantie soit assigné, en vertu de l'article 6-2, devant un autre tribunal que celui [...] désigné dans ses conditions générales de vente, ne suffit pas pour accepter qu'il ait été traduit hors de son tribunal ». Comme le fait remarquer l'annotateur, l'absence de manœuvres frauduleuses dans le chef du demandeur en intervention n'enlève rien au fait que la volonté des parties prime sur l'exercice d'une compétence dérivée. Il aurait été préférable que le tribunal constate que les parties n'avaient pas eu l'intention de faire jouer ladite clause en cas d'action en garantie.

⁴⁹ C.J.C.E., 9 novembre 1978, aff. 23/78, *Rec.*, 1978, 2133 ; *J.D.I.*, 1979, 5663, obs. Huet.

⁵⁰ J. LAENENS, *De bevoegdheidsvereenkomsten naar Belgisch recht*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 193-194. V. également les décisions inédites du Tribunal de commerce de Courtrai, dans une espèce opposant l'entreprise Tubemeuse, établie en Belgique, à un assureur français (décisions du 8 avril 1999, RG 135/98R.K. et du 30 novembre 2000, R.G. 83/2000 R.K.). Le tribunal a écarté la clause d'élection de for en faveur des tribunaux français en expliquant que « Een beding tussen de partijen kan geen afbreuk doen aan het in artikel 6-2° EEX bepaalde [...] tenzij de in het

La Cour a certes reconnu dans son arrêt *Meeth* qu'un juge élu par les parties peut également prendre connaissance d'une compensation connexe au rapport de droit litigieux. La Cour avait invoqué les « besoins de l'économie de procédure, qui sont à la base de l'ensemble de la convention » pour justifier l'extension de la compétence du juge élu par les parties.⁵¹ Elle a toutefois pris soin de préciser qu'une telle extension n'était possible que si elle était « compatible avec les termes et le sens de la clause attributive de juridiction », laissant entendre que l'économie de procédure ne pouvait primer que dans la mesure où ceci était permis par les termes du contrat.⁵² On hésitera dès lors à souscrire à la vision défendue par M. Laenens, qui semble pêcher par manque de nuances.⁵³

19. Une autre tendance, plus nuancée, reconnaît que la clause d'élection de for paralyse en principe les règles de l'article 6, tout en suggérant de faire exception à cette solution lorsque les questions posées au tribunal à travers les diverses demandes sont 'indivisibles'. L'idée a été lancée par MM. *Gothot* et *Holleaux*. Après avoir constaté que la primauté de principe de la compétence volontaire sur les compétences dérivées « n'est pas douteuse », ces auteurs expliquaient que si la clause de juridiction prévaudra normalement sur la compétence du for des codéfendeurs, il faudrait au contraire présumer, en l'absence de mention expresse, que les parties n'ont pas voulu du jeu de la clause si les demandes originaires et incidentes (en garantie et en intervention) sont indivisibles.⁵⁴

Cette suggestion a récemment reçu l'appui de la Cour de cassation française qui, dans un attendu fort général, a expliqué que « l'exclusivité attachée par l'article 17 à la compétence de la juridiction élue [...] ne fait pas obstacle, en toute hypothèse, à la compétence spéciale du for des codéfendeurs prévue à l'article 6, 1° [...] notamment au cas où les deux juridictions appartiennent au même ordre juridique et où le litige apparaît comme indivisible entre les codéfendeurs [...] ».⁵⁵

En l'espèce, un horticulteur français se plaignait auprès d'un entrepreneur en terrassement, également établi en France, des défauts affectant une serre installée par ce dernier. La serre avait été construite par un fournisseur néerlandais, avec qui l'horticulteur avait directement contracté. Le fournisseur opposait à la consorité invoquée par l'horticulteur la clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Lille, qui figurait dans le contrat de fourniture de la serre. La Cour a écarté, au nom du caractère indivisible du litige, la clause d'élection de for. La solution retenue par la Cour de cassation peut toutefois sans doute se comprendre en raison des spécificités de la cause, et en particulier de la circonstance, visée expressément par la Cour dans son attendu, que les deux

beding aangewezen rechter eveneens bevoegd wordt gemaakt om kennis te nemen van de eis waarvan sprake is in voornoemd artikel 6,2 EEX”.

⁵¹ Attendu n° 8.

⁵² Attendu n° 8.

⁵³ *Comp. W. WAUTERS, « De verhouding tussen de artikelen 17 en 6-2° van het EEX-Verdrag. Wilsautonomie ten alle prijze ? », note sous Comm. Liège, 10 mars 1993, RGDC, 1995, 228, n° 12 qui adopte une interprétation plus mesurée, l'exception à l'autonomie de la volonté qu'il préconise se limitant aux hypothèses dans lesquelles « un bon ordre du procès exige que toutes les demandes soient traitées en même temps par le même juge ». Sur l'ensemble de la problématique, H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, o.c., 200-201, n° 108.*

⁵⁴ P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, o.c., Paris, Jupiter, 1985, 65, n° 117.

⁵⁵ Cass. fr. (civ.), 2 mars 1999, *Société Ammerlaan Agro Projection c. Entreprise les Serres de Cosquerou et Morin*, J.D.I., 2000, 75, obs. A. HUET.

juridictions concurrentes appartenait en réalité au même ordre juridique.⁵⁶ A ce titre, la solution doit sans doute beaucoup à la règle applicable en matière interne, qui voit dans l'indivisibilité une cause de paralysie des clauses d'élection de for.⁵⁷

Si d'aventure la Cour de cassation devait confirmer sa jurisprudence dans des espèces réellement internationales, il faudrait s'en inquiéter. Les considérations de concentration des compétences et d'économie de procédures sont certes loin d'être dénuées de toute pertinence. Il faut éviter d'ajouter à la complexité inhérente au cadre contractuel de la sous-traitance internationale une difficulté supplémentaire résultant de la fragmentation des procédures. Comme on l'a fait remarquer, il faudrait toutefois, pour qu'une réserve fondée sur l'indivisibilité puisse être tolérée que ce concept ne soit pas interprété trop largement par les tribunaux nationaux, ce qui ferait courir le risque de bouleverser les attentes légitimes des parties contractantes.⁵⁸ Or la jurisprudence française témoigne d'une conception pour le moins large de cette notion, qui n'est même pas subordonnée à l'exigence d'une impossibilité d'exécuter simultanément les deux décisions qui interviendraient si les demandes étaient jugées séparément.⁵⁹

Plus fondamentalement, force est de constater qu'une limitation à l'effet de l'autonomie de la volonté ne pourrait se concevoir que si elle est fondée sur une notion susceptible de faire l'objet d'une interprétation *autonome*, applicable uniformément dans tous les Etats membres. Il faudra dès lors que la Cour de Justice délimite, si elle le juge opportun, les frontières de l'autonomie de la volonté pour qu'une exception au jeu de la clause d'élection de for soit acceptée.⁶⁰ On sait que la Cour de Justice a fait de la prévention des décisions contradictoires un des objectifs majeurs de l'espace judiciaire européen. Cette préoccupation pourrait l'inciter à tolérer que l'autonomie de la volonté soit remise en question, du moins lorsque le risque d'un conflit de décisions est manifeste. Ce risque pourrait se mesurer en examinant la possibilité d'exécuter simultanément les décisions éventuelles.⁶¹ En l'état actuel de la jurisprudence toutefois, une telle exception ne peut être retenue.

20. Ce n'est pas à dire que la primauté de principe de l'autonomie de la volonté sur les compétences dérivées ne souffre aucune exception. Dans le contentieux de la sous-traitance internationale comme dans tout contentieux contractuel, il faudra au contraire tenir compte de la volonté des parties. Il n'est en effet pas exclu que les parties à une clause d'élection de for aient entendu limiter la compétence du for élu aux actions mues entre elles, à l'exclusion des actions en garantie ou en intervention. Le doute ne sera pas

⁵⁶ *Comp.* avec les commentaires de A. HUET, *J.D.I.*, 2000, (75), 76, qui note qu'en utilisant l'adverbe 'notamment', la Cour n'exclut pas que la solution qu'elle propose dépasse le cadre strict d'une espèce opposant deux tribunaux français.

⁵⁷ Art. 333 N.C.P.C.

⁵⁸ En ce sens, H. GAUDEMET-TAILLON, *o.c.*, Paris, LGDJ, 2002, 207, n° 258, note 24.

⁵⁹ V. les renseignements donnés par A. HUET, note précitée, *J.D.I.*, 2000, (75), 77.

⁶⁰ On remarquera au passage que la Cour de Justice a refusé de consacrer le concept d'indivisibilité comme le lui demandait la Cour de cassation française dans l'affaire de la *Réunion européenne*, pour étendre la compétence du juge chargé de trancher un litige délictuel aux aspects contractuels du même litige (C.J.C.E., 27 octobre 1998, *Réunion européenne c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV.*, aff C.-51/97, *Rec.*, 1998, I-6511, spéc. attendu n° 38 e.s.).

⁶¹ Sur la distinction entre les différentes conceptions de l'inconciliabilité entre décisions, cf. G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun. Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Dalloz, 1972, n° 514 ainsi que les conclusions de l'avocat-général Tesaro in affaire Tatra, précitée, *Rec.*, 1994, (I-5439), I-5446, n° 27.

permis lorsque la clause le précise expressément.⁶² Il en sera toutefois rarement ainsi : la pratique révèle que les acteurs de la construction internationale n'ont pas encore intégré la nécessité d'étendre leur clause de juridiction aux demandes en garantie etc. Il faudra dès lors procéder à l'interprétation de la volonté des parties, ce qui n'est pas chose aisée.⁶³

La meilleure doctrine explique, à juste titre selon nous, que lorsque aucun indice significatif ne peut être relevé sur la portée que les parties ont entendu assigner à leur clause, « il semble raisonnable de présumer que les parties ont entendu faire produire plein effet à la clause et donc que la clause tient en échec les règles de compétence dérivée ».⁶⁴

En définitive, on ne peut que conseiller aux parties d'adopter une rédaction précise de leur clause d'élection de for et de viser au besoin les demandes fondées sur une compétence dérivée.⁶⁵

C. SOUS-TRAITANCE ET CONVENTION D'ARBITRAGE

21. On remarquera que les solutions retenues pour la clause d'élection de for ne sont pas nécessairement transposables à l'arbitrage. La convention d'arbitrage répond en effet à une économie et à des lois propres.

Lorsque seul un des contrats en présence prévoit une clause compromissoire, il est bien entendu exclu qu'une partie qui n'a pas signé ce contrat se voit opposer ladite clause. Ainsi la clause d'arbitrage figurant dans le contrat principal d'entreprise ne pourra-t-elle être opposée au sous-traitant, lorsque le contrat liant ce dernier à l'entrepreneur principal ne prévoit pas de clause similaire. L'arbitrage est par essence *contractuel* et ne se conçoit dès lors que si le consentement des intéressés est avéré.

Si la participation pleine et entière du sous-traitant est impossible, il n'est pas non plus possible d'envisager d'appeler ce dernier en garantie. La seule exception possible vise l'hypothèse de l'*intervention volontaire* du sous-traitant, puisque dans ce cas il prend l'initiative de demander à être impliqué dans la procédure arbitrale, ce qui témoigne à suffisance de son consentement à l'arbitrage. L'intervention volontaire d'une partie qui n'était pas liée par la clause compromissoire pose toutefois d'autres problèmes. Elle nécessitera le consentement des autres parties, et éventuellement celui des arbitres si ceux-ci ont déjà été désignés, puisque l'intervention volontaire aboutit à élargir la mission qui leur a été confiée. L'article 1696*bis* du Code Judiciaire, introduit par la loi du 19 mai

⁶² P. ex. Liège, 3 décembre 1990, *J.L.M.B.* 1992, 1374, note A. KOHL; *J.T.* 1991, 841; *Pas.* 1991, II, 84, qui voyait une clause d'élection de for attribuer expressément compétence exclusive au tribunal de commerce de Paris « même en cas de pluralité de défendeurs, d'appel en garantie, de demande incidente et de toutes autres actions ».

⁶³ V. par exemple Cass. Fr., 18 octobre 1989, *J.D.I.*, 1991, 155, obs. A. HUET, qui reproche à l'arrêt entrepris de n'avoir pas « relevé que dans la commune intention des parties, la clause attributive de juridiction ne couvrirait pas la demande en garantie ».

⁶⁴ H. GAUDEMET-TALLON, *o.c.*, Paris, LGDJ, 2002, 207, n° 258. Cf. également v. H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAELE, *o.c.*, 200-201, n° 108.

⁶⁵ Au contraire de ce qui se fait pour l'arbitrage, les ouvrages classiques renseignant le praticien sur la rédaction des clauses d'élection de for ne contiennent pas de précisions particulières sur la rédaction appropriée de telles clauses dans les relations impliquant une pluralité de parties ; cf. par exemple G. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements. Planning, Drafting and Enforcing*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, qui reste muet sur la question.

1998, prend la mesure de ces difficultés, puisqu'il n'autorise l'intervention volontaire d'un tiers dans la procédure arbitrale qu'à la condition que les parties en litige s'accordent avec le tiers sur l'intervention de ce dernier.⁶⁶

22. Tout comme pour les clauses d'élection de for, il faut également se pencher sur la question de savoir si une partie peut opposer une clause compromissoire à son cocontractant qui tente de l'intéresser à une procédure engagée devant les juridictions ordinaires. L'entrepreneur principal peut-il ainsi assigner le maître de l'ouvrage en garantie devant le tribunal qu'a saisi le sous-traitant alors que le contrat d'entreprise principale les liant contient une clause compromissoire ?

La solution retenue par la jurisprudence belge ne surprendra pas : en principe, la clause compromissoire triomphera de l'appel en garantie et de la volonté de concentrer l'ensemble du litige devant une juridiction. La partie liée par la clause arbitrale peut s'en prévaloir pour s'opposer à l'appel en garantie.

La solution est bien établie. Elle a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu en matière d'assurance.⁶⁷ En l'espèce, un assureur, appelé en intervention par un assuré, avait été condamné, les tribunaux du fond rejetant le déclinatoire de juridiction qu'il fondait sur une clause compromissoire contenue dans le contrat d'assurance, selon laquelle « tous les litiges entre la société et le preneur d'assurance autres que ceux relatifs au paiement des primes [...] seront soumis à deux arbitres ». Pour écarter cette clause, la Cour d'Appel s'était fondée sur le lien de connexité unissant les causes. Selon la Cour, la demande principale et la demande en intervention étaient « liées par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps afin d'éviter des solutions qui seraient susceptibles d'être inconciliables si les causes étaient jugées séparément – l'une par le tribunal, l'autre par des arbitres ».

La Cour de Cassation a censuré cette décision. Selon la Cour, « les règles judiciaires relatives à la connexité ne peuvent faire obstacle à l'exécution de la convention par laquelle les parties ont voulu soumettre une action en garantie à la sentence des arbitres ».⁶⁸

23. On ne peut qu'approuver cette jurisprudence, qui refuse d'élever la connexité au rang de facteur paralysant la convention d'arbitrage. La connexité est en effet généralement définie de façon large, ce qui aurait pour effet de nuire à l'autonomie de la procédure arbitrale.⁶⁹

⁶⁶ L'article 1696 bis du Code Judiciaire prévoit que « tout tiers intéressé peut demander au tribunal arbitral d'intervenir dans la procédure ». La demande est adressée par écrit au tribunal arbitral qui la communique aux parties. Outre l'accord des parties en litige, l'intervention d'un tiers est subordonnée à l'assentiment du tribunal arbitral qui statue à l'unanimité. Le deuxième alinéa de la même disposition précise qu'une partie « peut appeler un tiers en intervention ». Cf. l'article 1045 du Code de procédure civile des Pays-Bas, qui prévoit un mécanisme similaire. En général, v. A. MOURRE, « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Palais*, 29 avril 2001, n°119, p.21-31.

⁶⁷ Cass., 9 novembre 1995, (*A.G. 1824 N.V. / Geyskens*), *Arr. Cass.* 1995, 986; *Bull.* 1995, 1018; *Pas.*, 1995, I, 1018; *J.T.*, 1997, 897, note D. FEVERY; *A.J.T.*, 1996-97, 46, note D. FEVERY; *P. & B.*; 1996, 118; *R. Cass.* 1996, 383, note K. MARTENS; *R.W.* 1995-96 (extrait), 1247. Cf. déjà Cass., 20 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, 250.

⁶⁸ Cfr. également Cfr. Comm. Liège, 27 juin 1985, *Dr. Transp. Eur.*, 1985, 572 (un défendeur en intervention peut décliner la compétence du tribunal en se fondant sur une clause compromissoire conclue avec le demandeur en intervention).

⁶⁹ Cf. J. VAN COMPERNOLLE, « <L'arbitrage multipartite > », in *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, L. MATRAY et G. DE LEVAL (éds.), Bruxelles, Story-Scientia, 1989, (81), 83.

Il en va sans doute autrement lorsque les demandes sont *indivisibles*. La Cour de cassation a en effet accepté que la convention d'arbitrage devait s'effacer lorsque les demandes sont liées par un lien d'indivisibilité.⁷⁰ Cette décision a certes été rendue avant l'introduction du Code judiciaire. Elle est toutefois encore d'actualité, les principes fondamentaux pertinents n'ayant pas depuis lors été modifiés.⁷¹ Comme l'explique M. *van Compernelle*, il ne faut d'ailleurs pas craindre que la primauté de l'économie de procédures nuise trop à l'autonomie de la volonté, puisque l'article 31 du Code Judiciaire donne une définition pour le moins restrictive de l'indivisibilité.⁷² Selon cette définition, il est nécessaire que l'exécution des décisions distinctes auquel un même litige donnerait lieu soit matériellement impossible.⁷³

L'entrepreneur principal pourra dès lors invoquer l'indivisibilité pour faire écarter la clause d'arbitrage que lui oppose son sous-traitant. La jurisprudence a ainsi accepté que les actions mettant en jeu la responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur à propos de la construction d'un bâtiment étaient liées par un lien d'indivisibilité et qu'à ce titre, le declinatoire d'arbitrage devait être écarté.⁷⁴

24. Au-delà de l'indivisibilité, il subsiste une autre option pour intéresser une partie à la cause sans énerver la clause compromissoire. Elle consiste à appeler la partie liée par la clause d'arbitrage en *déclaration de jugement commun*. On accepte en effet qu'une telle déclaration constitue une mesure conservatoire, et qu'elle n'aboutit pas à prononcer une condamnation.⁷⁵ La distinction est toutefois ténue. Il faudra veiller à ce que le tribunal ordinaire ne se prononce pas sur des questions que les parties ont entendu soumettre à l'arbitrage.

III. DROIT APPLICABLE AU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

25. Une fois résolue la question de la juridiction compétente, encore faut-il déterminer selon quelles règles elle doit se prononcer. Nous n'entrerons pas dans le débat sur l'existence, avérée ou non, d'une *lex constructionis* qui, à l'instar de la *lex mercatoria* pour les contrats généraux du commerce international, fournirait les principes généraux applicables à tous les contrats internationaux de construction, quelle que soit la loi

⁷⁰ Cass., 9 mai 1963, *Pas.*, 1963, I, 956.

⁷¹ En ce sens, PH. DE BOURNONVILLE, « L'arbitrage », in *Répertoire notarial*, Larcier, Bruxelles, 2000, 136, n° 141.

⁷² J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, (81), 83-84.

⁷³ Cette définition exclut par exemple que l'indivisibilité puisse être invoqué en matière de sommes (J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, (81), 83-84).

⁷⁴ Comm. Liège, 23 février 1971, *J.C.B.*, 1972, 8, note. V. également Liège, 25 juin 1982, *J.L.*, 1982, 341, note G. de Leval. On notera que la situation semble différente en droit français. Malgré les suggestions en sens contraire d'une doctrine autorisée (J. NORMAND, notes in *R.C.D.I.P.*, 1969, 541 et in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1978, 917), la Cour de Cassation a rejeté la tentative de neutraliser la convention d'arbitrage en faisant appel à l'indivisibilité du litige, cf. Cass. (civ.), 3 mai 1957, *D.*, 1958, 167, note Pochon et Cass., 13 mai 1967, *R.C.D.I.P.*, 1967, 355, note E. MEZGER. *Adde* J. WILLEMS, « L'arbitrage et l'indivisibilité procédurale », *Gaz. Palais*, 29 avril 2001, n°119, p.32-35.

⁷⁵ PH. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, 137, n° 143.

nationale applicable.⁷⁶ Qu'il suffise ici de constater qu'à notre connaissance la 'jurisprudence' arbitrale n'a pas encore consacré cette conception.⁷⁷

Si l'on fait abstraction de cette théorie aussi sophistiquée que peu concrète, la question du droit applicable peut se poser sous plusieurs angles. Quel que soit l'angle de vue, il faudra avoir soin de permettre à l'instance compétente d'appréhender l'ensemble de l'opération sur pied de la même loi. Il en va de la cohérence des droits et obligations des parties, que pourrait énerver l'application de lois différentes pour apprécier les droits et obligations de l'entrepreneur principal et du sous-traitant.⁷⁸ La rédaction des contrats permettra aux parties de se prémunir contre les dangers d'une telle dichotomie : bien souvent, le contrat de sous-traitance fera référence au cahier des charges établi pour l'ensemble du projet ou reproduira même *in extenso* certaines clauses du contrat principal d'entreprise. Ainsi la 'transparence' des relations entre parties peut-elle être assurée.

Il reste que les accords des parties doivent être examinés à la lumière des dispositions du droit applicable. Avant de se pencher sur les règles de conflit applicables à la sous-traitance (2), il faut évoquer l'hypothèse de l'application d'éventuelles conventions internationales de droit uniforme (1).

A. SOUS-TRAITANCE INTERNATIONALE ET CONVENTION DE VIENNE

26. Il peut sembler paradoxal de se préoccuper, dans une contribution consacrée à la sous-traitance, d'une convention internationale qui, selon son titre, vise les opérations internationales de vente.⁷⁹ Le paradoxe n'est toutefois qu'apparent. La définition du contrat de vente retenue dans la Convention n'exclut en effet pas son application à des opérations qui, selon les principes du droit belge, constitueraient des contrats d'entreprise. La difficulté n'est certes pas propre à la sous-traitance ; le problème de

⁷⁶ En général *cons.* CH. MOLINEAUX, « Moving Toward a Construction Lex Mercatoria : a Lex Constructionis », *J. Int'l Arbitration*, 1997, 55-66, qui assigne à la *lex constructionis* une mission plutôt modeste puisqu'il s'agit selon cet auteur de compléter le droit applicable et de conforter les usages et attentes des parties (p. 56).

⁷⁷ Ce qui n'a pas empêché certains arbitres de faire appel aux 'principes généraux du droit commercial'. Ainsi des arbitres siégeant sous l'égide de la CCI ont-ils fait appel à ces principes dans une espèce où les parties leur avaient confié le pouvoir de statuer en amiable compositeur : sentence CCI n° 3267 rendue en 1979, *Recueil des sentences arbitrales CCI 1974-1985*, 376. Les principes évoqués par les arbitres dans cette espèce ne semblent pas spécifiques à la sous-traitance ou à la construction. *Adde* les observations de P. GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Paris, GLN Joly, 1993, 593 e.s. sur les tendances uniformisatrices des pratiques et usages des opérateurs du marché international de construction et pp. 610 e.s. sur les tendances uniformisatrices de l'arbitrage international en matière de contrat international de construction.

⁷⁸ *Comp.* toutefois E. VETTER, "Akzessorische Anknüpfung von Subunternehmerverträgen bei internationalen Bau- und Industrieanlagen-Projekten ?", *N.J.W.*, 1987, (2124), 2126, qui relativise l'importance du souci d'harmonie entre sous-traitance et entreprise principale.

⁷⁹ La Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, ci-après CVIM, a été ratifiée par plus de 50 pays, dont la Belgique (Loi du 4 septembre 1996, *M.B.*, 1^{er} juillet 1997). Pour plus de détails sur l'application de cette Convention par les juridictions belges, on consultera le site internet www.cisg.be, réalisé par l'Institut pour le Droit du Commerce International de la KU Leuven.

qualification peut également se poser à l'égard des contrats d'entreprise en général.⁸⁰ Il nous semble toutefois intéressant de s'y attarder.⁸¹

La Convention de Vienne s'applique selon son article premier aux contrats de vente de marchandises. La Convention fournit en son article 3 plus de précisions sur le concept de contrat de vente. Le second alinéa de cette disposition exclut l'application de la Convention de Vienne aux contrats « dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services ».

L'article 3(1) CVIM vise une autre hypothèse, celle où l'acheteur lui-même participe au processus de production, en fournissant une partie des éléments nécessaires à la production.⁸² Lorsque cette partie est 'essentielle', l'opération ne peut plus être qualifiée de vente.⁸³ Cette hypothèse nous semble moins susceptible de se poser dans le contexte de la sous-traitance de construction.⁸⁴

27. L'article 3 trace la ligne de démarcation entre les opérations de vente et les autres, qui échappent à l'emprise du droit conventionnel. L'hypothèse qui nous intéresse voit la partie qui s'oblige à transférer la propriété d'une chose, s'engager également à la produire ou à la fabriquer. Dans ce cas se pose la question de savoir si la qualification de l'opération sera déterminée par son obligation de faire ou au contraire par son obligation de donner.

Selon l'approche retenue par l'article 3(2) de la Convention, l'interprète doit s'attacher à déterminer ce qui constitue la part 'prépondérante' des obligations du 'vendeur'. Cette expression invite à une comparaison *quantitative* des prestations de services et de la livraison de biens.⁸⁵ Ainsi l'entreprise qui s'engage à livrer l'installation de chauffage et de conditionnement d'air destinée à un immeuble à construire sera également tenue de procéder à l'installation et à la mise en route de l'ensemble. Il faudra dès lors comparer ce qui est fourniture de biens et simple prestation de service, pour dégager l'élément

⁸⁰ La difficulté est d'ailleurs bien connue du droit belge, v. les réflexions de J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LDGJ, 1960, 48-52, n° 43 e.s. ainsi que les explications de B. TILLEMANS, *Verkoop. Deel 1 : Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, Serie Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Gand, Story-Scientia, 2001, 310-326. Adde G. VAN HECKE, "De la nature du contrat d'entreprise dans lequel l'entrepreneur fournit la matière", note sous Liège, 13 décembre 1949, *R.C.J.B.*, 1951, 100-112.

⁸¹ Pour l'application éventuelle de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 au contrat de sous-traitance, v. P. LAGARDE, *l.c.*, in *La sous-traitance de marché de travaux et de services*, CH. GAVALDA (dir.), Paris, Economica, 1978, (186), 189-190. On se souviendra que la Belgique a dénoncé cette convention le 19 février 1999, avec effet à partir du 1^{er} septembre 1999. V. à ce sujet K. ROOX, "De vereenvoudiging van het Belgisch conflictenrecht inzake internationale koopovereenkomsten ten gevolge van de opzegging van het Verdrag van Den Haag van 1955", *A.J.T.*, 1999-2000, 143-146 ainsi que M. TRAEST, "De opzegging door België van het Haagse verdrag van 15 juni 1955 nopens de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet", *D.A.O.R.*, 1999, 45-47. M. VAN HOUTTE évoque l'application des lois uniformes de La Haye de 1964 au contrat de sous-traitance (*l.c.*, *Entr. & Dr.*, 1991, (92), 101-102).

⁸² Selon l'article 3(1) : « Sont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production ».

⁸³ Par exemple Oberster Gerichtshof (Autriche), 27 octobre 1994, *Z. f. Rvgl.*, 1995, 159.

⁸⁴ Cfr. sur cette hypothèse J. ERAUW, "Wanneer is het Weens Koopverdrag van toepassing?", in *Het Weens Koopverdrag*, H. VAN HOUTTE et al. (éds.), Anvers, Intersentia, 1997, 42, n° 1.49; K. H. NEUMAYER en C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausanne, CEDIDAC, 1993, 62, n° 2.

⁸⁵ V. la sentence arbitrale CCI n° 9083 rendue en août 1999, reproduite in *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CI*, 2000, vol. 11/2, 79 e.s. (le tribunal applique la Convention à un litige relatif à l'impression et à la fourniture de livres, estimant que « le caractère de contrat de vente l'emporte »).

prépondérant.⁸⁶ L'exercice sera facilité par l'existence de factures ou de bons de commande détaillant la valeur respective de chaque élément.⁸⁷

Le critère proposé par la règle conventionnelle se veut *objectif* et de nature purement *économique*. D'aucuns estiment que la Convention ne sera exclue que lorsque la livraison des biens constitue moins de 50 % du montant facturé.⁸⁸ Il nous semble toutefois dangereux de se lier à une quelconque estimation chiffrée. Lorsque la prestation de services constitue en effet la prestation 'caractéristique' du contrat – en ce sens qu'elle représente la finalité économique et concentre la plus-value offerte par le 'vendeur', la Convention doit en effet être exclue, même si la valeur économique des aspects liés à la simple vente est plus importante.⁸⁹

On a parfois proposé de distinguer au sein même de l'opération économique envisagée, deux contrats et de réserver l'application de la Convention de Vienne à la livraison de biens corporels.⁹⁰ Un tel cumul de régimes distincts risque toutefois de conduire à des solutions inconciliables. De plus, il faut se garder de faire violence à la volonté des parties, en distinguant deux contrats que les parties n'ont pas entendu séparer. Si ce dépeçage n'est pas possible, l'ensemble de l'opération sera soumise à un seul régime, qui ne sera celui de la Convention que si la fourniture de biens constitue l'élément prépondérant.⁹¹

28. En définitive, l'incertitude qui subsiste sur l'application de la Convention de Vienne doit inciter les praticiens à prévenir les difficultés en précisant la volonté des parties dans le contrat. L'on sait qu'un choix pour la loi nationale d'un Etat contractant n'exclut pas l'application de la Convention, celle-ci faisant partie du droit national. Si l'intention est d'exclure l'application de la Convention, il faudra le préciser expressément dans la clause appropriée.⁹²

⁸⁶ Par exemple : Handelsgericht Zürich, 26 avril 1995, *S.Z.I.E.R.*, 1996, 51 (Convention applicable à la vente et l'installation d'un caisson d'isolation sensorielle); Richteramt Laufen Bern, 7 mai 1993, *S.Z.I.E.R.*, 1995, 277.

⁸⁷ Sur l'application de la Convention de Vienne aux 'turnkey contracts', v. W. WITZ, H.-C. LORENZ et M. SALGER, *Internationales Einheitliches Kaufrecht. Praktikerkommentar und Vertragsgestaltung zum CISG*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 2000, 50.

⁸⁸ P. SCHLECHTRIEM (éd.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht : das Übereinkommen den Vereinten Nationen über Verträge über internationalen Warenkauf (CISG)*, 3^{ème} éd., München, Beck, 2000, 89, qui estime toutefois que la limite des 50% ne doit jouer que si une appréciation qualitative n'a pas donné de solution.

⁸⁹ En ce sens, P. SCHLECHTRIEM (éd.), *o.c.*, 89, qui fait référence au Commentaire établi par le Secrétariat de la CNUDCI lors des négociations qui ont conduit à l'adoption de la Convention. *Adde* W. WITZ, H.-C. LORENZ et M. SALGER, *o.c.*, 50.

⁹⁰ Par exemple V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Traité des contrats, Paris, LGDJ, 2000, 77, n° 81 ; P. SCHLECHTRIEM (éd.), *o.c.*, 88; W. WITZ, H.-C. LORENZ et M. SALGER, *o.c.*, 50. V. par exemple CA Grenoble, 26 avril 1995, *CLOUT*, n° 151 (décision qui soumet à la Convention les seuls aspects 'vente' d'une opération de collaboration commerciale qui portait également sur un mandat). V. en droit interne belge, G. VAN HECKE, *l.c.*, R.C.J.B., 1951, 100 e.s. (théorie du contrat 'mixte').

⁹¹ B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises : Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J., 26, n° 26.

⁹² Sur ce thème, v. C. WITZ, "L'exclusion de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties (Convention de Vienne du 11 avril 1980)", *D.*, 1990, Chronique, 107-112.

B. DROIT APPLICABLE ET CLAUSES D'ÉLECTION DE DROIT

1. Règle générale : le droit du sous-traitant

29. Les règles applicables pour déterminer le droit régissant l'opération internationale de sous-traitance n'appellent que peu de commentaires. Le contrat de sous-traitance ne pose en effet pas de difficultés particulières au regard des règles de conflit. Tout comme pour le contrat d'entreprise en général, on retiendra qu'en l'absence de choix d'un droit applicable par les parties, c'est le droit du principal établissement⁹³ du sous-traitant qui a vocation à régir la sous-traitance en vertu de l'article 4 de la Convention de Rome.⁹⁴ Selon la présomption bien connue prévue par cette disposition, c'est en effet le sous-traitant qui est réputé fournir la prestation caractéristique,⁹⁵ comme l'a récemment rappelé le tribunal de Commerce de Hasselt.⁹⁶ Dans l'espèce soumise au tribunal, l'entrepreneur principal, une entreprise allemande avait confié à une entreprise belge la révision d'une turbine produisant de l'énergie électrique, qui appartenait à un fournisseur allemand d'électricité. Le tribunal apprécia l'ensemble des factures contestées par l'entrepreneur principal à la lumière du droit belge, droit de l'établissement du sous-traitant.⁹⁷

Partant, la sous-traitance peut se voir appliquer un autre droit national que le contrat principal d'entreprise, qui sera soumis - en l'absence de choix contraire par les parties - au

⁹³ La notion n'est pas définie expressément par la Convention de Rome. En vertu de l'article 18 de la Convention, il faudra retenir une définition 'européenne' du concept. V. les observations de F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, Bern, Stämpfli, 2000, 126 e.s., spéc. n° 248 (les auteurs observent qu'il ne faut pas avoir égard au siège statutaire de la personne morale). *Adde* les commentaires de I. COUWENBERG, « De lex contractus onder het Europees Overeenkomstenverdrag », in *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éd.), Louvain, Acco, 1997, (201), 223-224 n° 7.57.

⁹⁴ Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Loi du 14 juillet 1987 (*M.B.*, 9 octobre 1987). Le praticien trouvera nombreuses et utiles informations sur cette convention, et notamment sur la jurisprudence nationale, sur le site [www.rome-convention.org]. *Adde* les contributions rassemblées in *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), Leuven, Acco, 1997, spéc. pp. 189-320.

⁹⁵ V. en ce sens, A.-C. VAN GYSEL et J. INGBER, « A la recherche de la prestation caractéristique », *Rev. Dr. ULB*, 1994, (55), 79, n° 31. Le droit suisse contient - c'est là un cas unique - une règle spécifique qui vise les contrats d'entreprise. L'article 117 (3)(c) de la loi fédérale sur le droit international privé précise en effet que pour les contrats d'entreprise, c'est la prestation de service qui est présumée constituer la prestation caractéristique.

⁹⁶ *Comm. Hasselt*, 10 mai 2000, *R.W.*, 2000-01, (1244), 1248. V. également *Rb. Middelburg*, 1 juillet 1998, *N.I.P.R.*, 1999, 249. Cfr. en général I. COUWENBERG, *l.c.*, in *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éd.), Louvain, Acco, 1997, (201), 227, n° 7.66.

⁹⁷ Sur le fait que c'est bien l'entrepreneur qui est débiteur de la prestation caractéristique et non le maître de l'ouvrage, cf. *Comm. Hasselt*, 8 février 1994, *R.W.*, 1996-97, 307 (contrat ayant pour objet l'exécution de travaux de terrassement) ; *Anvers*, 3 janvier 1995, *R.D.C.B.*, 1995, 38, note J. ERAUW (litige concernant l'opposabilité d'une facture émise pour une prestation de couverture d'un toit en Allemagne par un entrepreneur établi en Belgique) et *Rb. Arnhem*, 19 mai 1994, *N.I.P.R.*, 1995, 272 (contrat par lequel une entreprise allemande charge une entreprise néerlandaise de construire un centre de sport en Allemagne).

droit du lieu du principal établissement de l'entrepreneur principal.⁹⁸ Le droit du lieu de construction ne possède plus la force d'attraction qu'on lui prêtait autrefois.⁹⁹ Si elle n'est pas nécessairement synonyme de contradiction – encore faut-il pour qu'une contradiction surgisse que les droits concernés soient appelés à se prononcer sur la même question - l'application de droits différents peut mener à des difficultés. Ainsi il n'est pas exclu que le droit applicable à la sous-traitance permette au sous-traitant, en invoquant un cas de force majeure, d'échapper à la responsabilité que tente de lui imputer son co-contractant alors que ce dernier ne pourrait – selon le droit applicable au contrat principal - en faire autant à l'égard du maître de l'ouvrage.¹⁰⁰ Les droits applicables peuvent également s'opposer sur la question des délais de prescription ou encore sur la validité des clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité. Même lorsque les solutions proposées par les systèmes juridiques concurremment applicables ne se contredisent pas, il n'en reste pas moins que l'application simultanée de plusieurs droits différents complique singulièrement la tâche du juge.

2. Les théories dérogatoires et l'unité juridique des contrats

30. La question se pose dès lors de savoir si l'entrepreneur principal peut échapper à cette diversité source de difficultés. Il est une solution d'évidence qui consiste à veiller à inclure la même clause de choix de loi dans l'ensemble des contrats.¹⁰¹ La transparence entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance au niveau technique est souvent assurée par l'incorporation par référence des clauses techniques du cahier des charges du contrat principal dans le contrat de sous-traitance. Il en va parfois de même avec certaines clauses 'administratives' du contrat principal – garantie à constituer par le sous-entrepreneur, pénalités de retard, modalités de facturation et de paiement etc. -, dont la clause d'élection de droit. Une telle transparence ne pourra toutefois être imposée que si l'entrepreneur principal dispose d'une marge suffisante de négociations – et que les

⁹⁸ Selon l'article 4 de la Convention de Rome, le contrat est régi par le droit de l'Etat dans lequel est établi le siège de la partie qui fournit la prestation caractéristique – et non par le droit de l'Etat dans lequel la prestation caractéristique doit ou devait être exécutée. Cette règle est toutefois contestée. M. Glavinis (P. GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Paris, GLN Joly, 1993, 682 p.) propose d'en revenir à la règle traditionnelle de rattachement fondée sur l'attraction du lieu de situation de l'ouvrage, c-à-d le lieu d'exécution, le contrat de construction devenant selon lui presque une opération immobilière (p. 539, n° 643). Il suggère dès lors d'avoir recours à l'article 4, al. 5 de la Convention de Rome pour pouvoir déclarer le droit local applicable au contrat international de construction (p. 542, n° 646). Il n'est pas certain que cette suggestion générale puisse être conciliée avec le caractère d'exception de l'article 4, al. 5. Sur cette question, cf. également J.P. REMERY, « Remarques sur le conflit de lois applicables au contrat international de construction d'immeubles », *D.*, 1985, 255. La jurisprudence arbitrale, qui n'est pas strictement liée par les termes de la Convention de Rome (*infra*, note 117), semble donner la préférence à l'application de la loi du lieu de construction, cf. par exemple Sentence CCI n° 3742, *J.D.I.*, 1984, 910, note Y. DERAIS. Avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, les tribunaux belges faisaient, dans le cadre de la méthode indiciaire, aussi référence non au lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique, mais bien au lieu d'exécution de cette prestation, cf. par exemple Comm. Bruxelles, 13 avril 1989, *J.T.*, 1989, 422 ; *R.D.C.B.*, 1991, 430, note M. EKELMANS.

⁹⁹ V. sur les règles de conflit applicables avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, P. LAGARDE, *l.c.*, in *La sous-traitance de marché de travaux et de services*, CH. GAVALDA (dir.), Paris, Economica, 1978, (186), 190-191.

¹⁰⁰ Sur la possibilité pour le sous-traitant de s'exonérer de ses obligations en invoquant la force majeure ou la théorie de l'imprévision, on consultera le *Guide pratique des régimes juridiques de la sous-traitance industrielle* précité, pp. 350-366.

¹⁰¹ Comme c'était le cas dans le litige qui a donné lieu à la sentence arbitrale CCI n° 5294 (1988), *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1986-1990*, 180 (en l'espèce le contrat liant l'entrepreneur danois au sous-traitant égyptien prévoyait l'application du droit suisse pour les travaux se déroulant en Egypte, parce que ce droit avait été retenu pour le contrat principal conclu entre l'entrepreneur danois et le maître de l'ouvrage établi en Egypte).

circonstances s’y prêtent.¹⁰² Fréquemment la transparence fera toutefois défaut sur la question du droit applicable, soit que par le jeu des négociations entre l’entrepreneur principal et le sous-traitant un autre droit est désigné que celui auquel le contrat principal est soumis, soit que les parties au sous-contrat omettent de faire un choix.¹⁰³

On a déjà rappelé l’autonomie juridique du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal (*supra*, n° 13). On peut toutefois se demander si « l’unité essentielle de l’opération du point de vue économique »¹⁰⁴ pourrait justifier que l’on s’éloigne de la rigide séparation entre les contrats et que l’on accepte un ‘rayonnement’ du droit applicable au contrat principal sur le contrat de sous-traitance. Deux hypothèses peuvent être envisagées, qui visent à tirer profit de l’*unité économique* des relations entre contrat de sous-traitance et contrat principal d’entreprise pour les soumettre à la même loi.

(i) Choix implicite en faveur du droit du contrat principal

31. La première hypothèse concerne la situation dans laquelle le contrat d’entreprise principal prévoit un choix de loi, alors que le contrat de sous-traitance reste muet sur la question. En principe la clause de choix de loi prévue dans le contrat d’entreprise principale n’aura pas d’influence sur le contrat de sous-traitance, puisqu’il s’agit de deux contrats distincts.

L’article 3 de la Convention de Rome dispose toutefois que le choix de loi peut également être retenu lorsqu’il résulte « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».¹⁰⁵ On peut dès lors se demander s’il est possible de déduire de l’existence d’une clause de choix de loi figurant dans le contrat principal, une indication que les parties au contrat de sous-traitance ont entendu soumettre leurs relations à la même loi. L’hypothèse inverse se conçoit difficilement, le contrat de sous-traitance ne pouvant guère imposer sa loi au contrat principal.

La question est difficile. Comme l’explique Mme *Gaudemet-Tallon*, « le droit positif est mal fixé sur la délicate question de la portée d’une clause de choix de loi dans un contrat qui

¹⁰² Ce qui ne sera pas le cas lorsque le sous-traitant a communiqué ses conditions générales avec son offre, ou que le contrat de sous-traitance est négocié avant la conclusion du contrat principal.

¹⁰³ La Convention de Rome permet aux parties de modifier “à tout moment” un choix antérieur de droit applicable (article 3, § 2); les parties peuvent dès lors s’accorder à tout moment sur un choix de loi, alors que leur contrat était à l’origine muet sur la question; sur cette hypothèse dans une espèce où le contrat d’entreprise principale, liant un maître d’ouvrage français et une entreprise anglaise, était expressément soumis au droit anglais, alors que le contrat de sous-traitance conclu avec une entreprise française ne prévoyait pas de choix de loi, cf. Cass. Fr., 30 mai 2000, *Bull. Civ.*, I, n° 160.

¹⁰⁴ F. POCAR, *loc. cit.*, 157.

¹⁰⁵ Il s’agit alors d’un choix ‘tacite’. L’expression de choix ‘tacite’ peut toutefois prêter à confusion. Il ne s’agit aucunement de revenir à la jurisprudence antérieure à l’entrée en vigueur de la Convention de Rome, qui prétendait, en l’absence de choix de loi exprès par les parties, rechercher une volonté ‘présumée’ des parties (Cass., 24 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 112), recherche qui risquait de porter sur une volonté bien hypothétique et n’était pas exempte d’un risque de ‘divination’ (cf. sur la différence entre choix ‘exprès’, ‘tacite’ et ‘présumé’, G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, APR, Story-Scientiae, Gand, 1989, 328-330). L’article 3 de la Convention de Rome évite d’ailleurs toute référence à un choix de loi ‘tacite’, préférant exiger un choix ‘certain’. Le rapport de MM. *Giuliano* et *LAGARDE* précise que la référence à l’article 3 au choix de loi tacite « n’autorise aucunement le juge à supposer un choix de la loi par les parties si elles n’ont pas eu l’intention certaine de le faire. Dans ce cas, le contrat est régi par les dispositions de l’article 4 de la présente Convention » (A. GIULIANO et P. LAGARDE, Rapport sur la Convention de Rome du 19 juin 1980, *J.O.C.E.*, 31 octobre 1980, C-282/17).

peut se trouver lié à un ou plusieurs contrats dans divers cas de figure » et l'auteur de citer le cas de la sous-traitance.¹⁰⁶

Il serait par trop réducteur de déduire de la relation de *dépendance économique* entre la sous-traitance et l'entreprise principale que les parties au contrat de sous-traitance ont nécessairement entendu s'aligner sur le choix de loi figurant dans le contrat principal. S'il peut être tacite, le choix de loi doit en effet résulter de la volonté « certaine » des parties.¹⁰⁷ Or les deux contrats ont été conclus par des parties différentes et portent sur des objets différents. Les liens économiques incontestables entre les contrats ne suffit dès lors pas à faire disparaître complètement leur autonomie juridique.

32. En réalité, l'existence d'un choix de loi dans le contrat principal pourrait au mieux constituer un *indice* d'une éventuelle intention des parties à la sous-traitance quant au droit applicable à leur relation.¹⁰⁸ Encore faut-il que ce premier indice soit confirmé par d'autres circonstances particulières, qui montrent que les parties ont entendu, de façon certaine, s'aligner sur le choix de loi opéré dans le contrat principal. Deux types de circonstances peuvent se révéler pertinentes dans cette opération.

On peut d'abord avoir égard au degré de transparence du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal. Toutes les gradations sont possibles, de la simple référence dans un contrat à l'autre, à l'incorporation complète du contrat principal dans la sous-traitance. Une simple référence dans le préambule du contrat de sous-traitance à l'existence d'un contrat principal, éventuellement assortie d'une subordination expresse de la sous-traitance au but poursuivi par le contrat principal, ne semble pas suffire pour déduire une volonté implicite mais certaine de soumettre la sous-traitance aux mêmes règles que le contrat principal.¹⁰⁹ Il en ira autrement lorsque le contrat de sous-traitance attribue des conséquences juridiques à certaines clauses du contrat principal ou à des faits relatifs à l'exécution de celui-ci.¹¹⁰ Dans ce cas, le contrat de sous-traitance participe étroitement de la vie de l'entreprise principale. De surcroît, il est manifeste que dans un tel cas, les parties à la sous-traitance étaient conscientes du fait que leur relation s'inscrivait dans une opération économique plus vaste. On hésitera dès lors moins à subordonner la sous-traitance au droit qui régit l'entreprise principale – sauf à considérer que si les parties au contrat de sous-traitance se sont inspirées du contrat principal sans toutefois s'aligner sur la clause d'élection de droit qu'il contient, elles ont entendu s'écarter, au moins implicitement, de celle-ci. Ceci montre bien la difficulté de prétendre vouloir déduire des circonstances de l'espèce des indices quant à la volonté exacte des

¹⁰⁶ H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 », Fasc. 3200, *Juris-Classeur Europe*, 1996, n° 11.

¹⁰⁷ Le rapport de MM. *Giuliano et Lagarde* insiste sur le degré de certitude suffisant que doit revêtir le choix de loi tacite. Il évoque un choix de loi opéré « sans ambiguïté » ou encore des circonstances dans lesquelles le juge n'a « aucun doute » sur le choix de loi tacite (Rapport précité, *J.O.C.E.*, 31 octobre 1980, C-282/17). Remarquons toutefois que si la version française de l'article 3 exige que le choix de loi tacite résulte « de façon certaine » des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause, d'autres versions linguistiques semblent poser une exigence moindre. Le texte anglais évoque ainsi un choix réalisé « with reasonable certainty » et le texte allemand un choix « mit hinreichender Sicherheit ». Cfr. les regrets de P. LAGARDE sur ces difficultés de traduction, in *Rev. Dr. ULB*, 1994, (7), 12, n° 7.

¹⁰⁸ Cf. F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, Bern, Stämpfli, 2000, 104, n° 204, selon qui il s'agit d'un « starkes Indiz für das Vorliegen einer stillschweigenden Rechtswahl ». *Comp.* avec la jurisprudence anglaise, qui semble plus prompte à voir dans les liens unissant plusieurs contrats une raison suffisante pour déduire un choix de loi tacite, v. les décisions citées par *Dacey and Morris on the Conflict of Laws*, 13^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2000, 1228-1229.

¹⁰⁹ En ce sens, E. VETTER, *l.c.*, *N.J.W.*, 1987, (2124), 2126.

¹¹⁰ On pense à la clause classique selon laquelle la réception provisoire ne sera accordée au sous-traitant qu'à partir du moment où le maître de l'ouvrage a accordé à l'entrepreneur principal la réception de ses propres ouvrages ou encore à la clause de paiement du sous-traitant « if and when » l'entrepreneur principal sera payé.

parties.

Outre le degré de transparence, la possibilité de déduire un choix de loi tacite dépendra également des circonstances de la sous-traitance. On pourrait ainsi faire une distinction selon qu'il s'agit de sous-traitance *à l'exportation*, qui voit un entrepreneur principal travailler avec un sous-traitant établi dans le même pays sur un chantier situé à l'étranger, ou au contraire d'une sous-traitance où l'entrepreneur principal engagé par un maître d'ouvrage étranger, désigne un sous-traitant établi à proximité du lieu d'exécution.¹¹¹

Dans le premier cas, il est difficile de présumer que les parties à la sous-traitance ont entendu s'aligner sur le choix de loi prévu dans le contrat principal. Elles ont sans doute l'habitude de travailler ensemble sur leur marché national et l'absence de clause de choix de loi dans leur contrat peut avant tout signifier qu'elles entendaient subordonner leurs relations à la loi de leur établissement commun.

Dans le second cas, le sous-traitant est établi au lieu même où la commande doit être exécutée. Si l'on accepte que le contrat principal est régi par le droit local – par le biais d'une clause expresse –, il est alors plus facile d'envisager que les parties au contrat de sous-traitance ont, par leur silence, accepté l'application du droit local. Ce droit sera d'ailleurs également applicable au titre de l'article 4 de la Convention de Rome, puisque c'est le sous-traitant qui fournit la prestation caractéristique.

Qu'en est-il lorsque l'entrepreneur principal contracte avec des sous-traitants établis dans des pays tiers ou lorsque les parties sont toutes établies dans des pays différents ? Ainsi, dans une espèce qui a donné lieu à une sentence CCI en 1980, un entrepreneur principal français avait été choisi par un maître d'ouvrage russe pour exécuter des travaux en Russie. Il avait fait appel à un sous-traitant yougoslave.¹¹² A défaut d'autres indications particulières, il est difficile de prétendre dans ces circonstances que les parties au contrat de sous-traitance ont entendu s'en référer au droit choisi dans le contrat principal, qui sera le plus souvent un droit étranger pour les deux acteurs !

33. Il faudra également tenir compte des circonstances qui ont conduit au choix de loi effectué dans le contrat principal : bien souvent celui-ci sera imposé par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal devant se plier à l'application de la loi de son cocontractant.¹¹³ Peut-on dans ces circonstances encore prétendre déduire une volonté implicite dans le chef de l'entrepreneur principal de se conformer à un choix de loi qui lui aurait été imposé ?¹¹⁴

En définitive, en matière de choix tacite de loi, tout est affaire de circonstances particulières et des faits précis de la cause : il est dès lors difficile, sinon dangereux, de donner des règles générales.¹¹⁵ Les indices dégagés ci-dessus devront être conjugués à

¹¹¹ Distinction classique, que l'on retrouve par exemple chez J.-L. BISMUTH, « La sous-traitance internationale », *Travaux du comité français DIP*, 1984-85, (23), 24; cf. également P. GLAVINIS, *o.c.*, 546-547, n° 650-651.

¹¹² Sentence CCI n° 3450 rendue en 1980, *J.D.I.*, 1981, 914, obs. Y. DERAÏNS. En l'espèce, les arbitres ont appliqué la *lex mercatoria*, aucune des parties n'ayant invoqué la loi yougoslave, applicable selon les principes du droit international privé suisse au titre de loi de l'établissement de la partie qui fournissait la prestation caractéristique.

¹¹³ Les contrats pour des marchés publics ne laissent d'ailleurs bien souvent aucune place au choix d'une loi étrangère.

¹¹⁴ V. les observations de E. VETTER, *l.c.*, *N.J.W.*, 1987, (2124), 2127.

¹¹⁵ En ce sens, R. PLENDER et M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001, n° 5.11 ainsi que F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *o.c.*, 105, n° 205.

d'autres circonstances ; on pense au fait que le contrat de sous-traitance oblige le sous-traitant à suivre les normes techniques particulières en vigueur au lieu de construction. L'incorporation dans le contrat de sous-traitance de ces règles particulières peut en effet constituer un indice de la volonté des parties de se soumettre au même droit que l'entreprise principale, si celle-ci a également été soumise au droit local.¹¹⁶

34. Les règles dégagées *supra* ne sont pas nécessairement transposables à l'arbitrage. Les arbitres ne sont en effet pas liés par des règles de rattachement rigides, mais d'abord tenus de respecter la volonté des parties.¹¹⁷ Ainsi dans une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCI en 1978, les arbitres ont-ils cru pouvoir déduire des circonstances de la cause une volonté implicite, mais certaine, des parties de soumettre le contrat de sous-traitance au droit français, qui avait été déclaré expressément applicable au contrat principal.¹¹⁸

En l'espèce, le contrat de sous-traitance, qui portait sur la construction par une entreprise anglaise de turbines destinées à être installées sur un navire porte-conteneurs, commandé par une entreprise néerlandaise à un chantier naval français, était muet sur la question du droit applicable. Les chantiers navals ayant appelé leur sous-traitant en garantie dans la procédure arbitrale engagée par l'armateur néerlandais, les arbitres s'interrogèrent sur le droit applicable à la sous-traitance. Les arbitres s'appuyèrent sur le fait que le préambule du contrat de sous-traitance faisait état que les turbines étaient destinées à être incorporées au navire en construction pour en déduire « une volonté de soumission du contrat de sous-traitance au marché principal, et par conséquent à la loi française ». Outre une certaine ambivalence dans la motivation,¹¹⁹ force est de constater la faiblesse des justifications avancées pour retenir l'unité juridique des contrats en cause. La souplesse avec laquelle les arbitres ont retenu le rayonnement du choix de loi opéré dans le contrat principal s'explique sans doute par le fait qu'ils siégeaient en tant qu'amiables compositeurs. On se gardera dès lors de voir dans cette sentence un quelconque précédent à l'appui de la théorie de l'incorporation dans le contrat de sous-traitance du choix de loi opéré dans le contrat principal.¹²⁰

Dans une autre sentence, les arbitres étaient appelés à se prononcer sur un contrat de sous-traitance conclu entre un sous-traitant allemand et un entrepreneur principal américain, le contrat devant être exécuté en Arabie Saoudite. Les arbitres, siégeant en Angleterre, ont retenu le droit anglais en se fondant sur l'adage *quis elegit iudicem elegit ius*¹²¹

¹¹⁶ Dans un arrêt rendu en 1999, le Bundesgerichtshof a décidé que la référence dans un contrat d'entreprise aux normes techniques allemandes ainsi qu'aux standards DIN devait être interprétée comme autant d'indices d'une volonté tacite des parties de soumettre leur contrat au droit allemand (BGH, 14 janvier 1999, *R.I.W.*, 1999, 537). *Comp.* BGH, 25 février 1999, *N.J.W.*, 1999, 2242.

¹¹⁷ Sur la réception de la Convention de Rome par les arbitres du commerce international, cfr. H. VAN HOUTTE, « Het Europees Overeenkomstenverdrag », in *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), Louvain, Acco, 1997, 199-200, n° 6.21 ; C. KESSEDJIAN, « La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Vingt ans après », in *Private Law in the International Arena - Liber Amicorum Kurt Siebr*, TMC Asser Press 2000, (329), 337-340. Cf. par exemple sentence arbitrale CCI 6500/92 du 27 avril 1992, *J.D.I.*, 1992, 1015, et les commentaires de J.-J. ARNALDEZ.

¹¹⁸ Sentence n° 2119 rendue en 1978, *J.D.I.*, 1979, 997, note Y. DERAIS ; reproduite in *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, Deventer, Kluwer, 355.

¹¹⁹ A propos de laquelle on lira les observations du commentateur parues in *J.D.I.*, 1979, 997. Il semble d'ailleurs que l'opération en cause constituait une vente au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955.

¹²⁰ Cf. également les critiques de E. VETTER, *loc. cit.*, *N.J.W.*, 1987, (2124), 2126.

¹²¹ Sentence arbitrale CCI n° 4975/1988, *Y.C.A.*, 1989, 122. V. aussi Sentence CCI n° 5294 rendue en 1988, *Y.C.A.*, 1989, 137.

– cette seule circonstance ne pouvant toutefois être retenue sous l’empire de la Convention de Rome pour en déduire un choix de loi tacite.¹²²

(ii) Un rattachement accessoire du contrat de sous-traitance ?

35. A défaut de choix de loi tacite, le contrat de sous-traitance sera régi par sa propre loi. On a déjà rappelé que selon les dispositions de la Convention de Rome,¹²³ le contrat est régi par le droit de l’Etat dans lequel le sous-traitant est établi, puisqu’il est présumé fournir la prestation caractéristique.¹²⁴ Lorsque l’entrepreneur principal fait appel à un sous-traitant local, soit pour des raisons de facilité, soit parce que ce choix lui est imposé par le maître de l’ouvrage, la sous-traitance sera régie par le droit du lieu du chantier, lieu d’établissement du sous-traitant, alors que le contrat principal sera soumis – toujours dans l’hypothèse de l’absence d’élection de droit - au droit du lieu d’établissement de l’entrepreneur principal.

On a toutefois suggéré de prendre la pleine mesure des liens unissant la sous-traitance et l’entreprise principale pour soumettre l’ensemble des opérations à une seule loi. La suggestion n’est pas nouvelle, la question du rattachement dit ‘accessoire’ se posant en réalité pour tous les ensembles de contrats.¹²⁵ Elle est souvent évoquée à propos des contrats de garantie, comme par exemple le cautionnement.¹²⁶

36. Cette suggestion a connu un succès certain dans la doctrine allemande. S’inspirant des réflexions de MM. *Batiffol* et *Lagarde*, qui expliquaient qu’à défaut de choix de loi exprès par les parties, le lien existant entre plusieurs contrats pouvait être retenu au titre

¹²² F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *o.c.*, 91, n° 172 (“Die Gerichtsstandsvereinbarung ist nunmehr lediglich ein Indiz für das Bestehen eines Rechtswahlwillens”); *Dacey and Morris on the Conflict of Laws*, ouvrage précité, 1229-1230.

¹²³ Dont la transformation en règlement européen, à l’instar de celle qu’a subi la Convention de Bruxelles, est annoncée, v. M. WILDERSPIN, “Die Vergemeinschaftung des internationalen Schuldrechts (Rom I, Rom II): Stand und Perspektiven”, in J. BAUER et H.P. MANSEL, (éd.), *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht*, München, Beck, 2002, 77–87, C. KESSEDIAN, *l.c.*, in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siebr*, J. BASEDOW et al. (éds.), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2000, (329), 334-335 ainsi que M. FALLON, « Proposition de modification de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Groupe européen de droit international privé », *Rev. B. Dr. Int.*, 2000, 640-648. *Adde* le livre vert de la Commission européenne sur la communautarisation de la Convention de Rome du 14 janvier 2003, COM(2002) 654.

¹²⁴ On se rappellera que pour déterminer la prestation caractéristique, il faut examiner « la fonction que le rapport juridique en cause exerce dans la vie économique et sociale du pays » et ainsi « rattacher le contrat au milieu socio-économique dans lequel il va s’insérer » (MM. Giuliano et Lagarde, Rapport sur la Convention de Rome du 19 juin 1980, *J.O.C.E.*, 31 octobre 1980, C-282/20).

¹²⁵ En général sur la théorie du rattachement accessoire, qui a d’abord été évoquée pour le statut délictuel, cf. R. VANDER ELST, « Le rattachement accessoire en droit international privé », in *L’unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Milan, 1989, 963 e.s. ainsi que CH. VON DER SEIPEN, *Akzegsorische Anknüpfung und engste Verbindung im Kollisionsrecht der komplexen Vertragsverhältnisse*, Heidelberger rechtsvergleichende und wirtschaftsrechtliche Studien n° 18, Heidelberg, Winter, 1989.

¹²⁶ Cfr. Y. LOUSSOUARN, “Les sûretés personnelles traditionnelles en droit international privé », in *Les sûretés*, A. BRUYNEEL et A.M. STRANART (éds), Paris, Feduci, 1984, 433 e.s. ainsi que M. LOOYENS, “Toepasselijke wet(ten) bij grensoverschrijdende borgtocht- en garantieovereenkomst ”, *R.D.C.*, 1996, (867), 868, n° 5. Dans la jurisprudence, cf. par exemple Cass. fr., 14 janvier 1976, *J.D.I.*, 1977, 495, note A. LYON-CAEN ; Bruxelles, 11 décembre 1985, *Pas.*, 1986, II, 32 ; Comm. Liège, 6 février 1986, *R.D.C.B.*, 1987, 130. En général sur la détermination du droit applicable à l’engagement d’une caution sous l’empire de la Convention de Rome, cf. M. FALLON et S. FRANCO, « Les conflits de lois en matière de d’obligations contractuelles et non contractuelles: 1986-1997 », *J.T.*, 1998, (683), 686, qui expliquent que cette détermination n’est pas nécessairement fonction du caractère accessoire de la garantie.

d'indice permettant de localiser un contrat,¹²⁷ M. Jayme a proposé de reconnaître la règle du rattachement subsidiaire (*'Akzessorische Anknüpfung'* selon la terminologie allemande). Selon cette théorie, les intérêts d'une bonne administration de la justice exigeraient que le même droit soit appliqué aux contrats liés entre eux.¹²⁸ M. Jayme justifiait le rattachement accessoire par les grandes difficultés qui résulteraient d'une application de droits différents aux divers contrats. Il poursuivait en expliquant que bien souvent le contrat de sous-traitance renvoyait au contrat principal, ce qui témoignait de la volonté implicite des parties de le soumettre au droit applicable à ce dernier contrat.¹²⁹

Cette suggestion, pour heureuse qu'elle soit s'agissant de faciliter la tâche du juge, avait le désavantage de ne pas se raccrocher à une règle précise. Il s'agissait en quelque sorte de créer une présomption *praeter legem*, qui serait applicable quelle que soit la règle de conflit. La question du rattachement accessoire du contrat de sous-traitance, sur pied du lien économique très fort avec le contrat principal, a par la suite été examinée en fonction des possibilités concrètes offertes par les règles de rattachement.

(iii) Le rattachement exceptionnel du contrat de sous-traitance au droit du lieu d'exécution des prestations

37. On sait que la Convention de Rome « n'apporte aucune solution au problème spécifique du contrat considéré comme accessoire d'un contrat principal ».¹³⁰ D'aucuns ont toutefois montré que les règles de rattachement du droit positif permettent, dans une certaine mesure, de tenir compte de l'unité contractuelle.¹³¹ Ainsi, M. van Houtte a-t-il judicieusement fait observer que, tout comme le fisc le fait d'ailleurs déjà, le sous-traitant pourrait être réputé posséder un *établissement temporaire* au lieu de construction, ce qui conduirait à l'application du droit de cet établissement et non du droit de son

¹²⁷ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, Paris, LGDJ, 1983, 300-302, n° 587. Cette observation s'inscrivait toutefois dans l'analyse de la jurisprudence française qui a précédé l'entrée en vigueur de la Convention de Rome et en particulier du système des indices de la volonté des parties quant à la localisation de leur contrat lorsque cette volonté n'est pas exprimée de manière expresse. On peut dès lors douter de la pertinence de cette analyse sous l'empire de la Convention de Rome, dont on sait qu'elle a mis fin au système de la volonté hypothétique ou présumée des parties (sur ce point cfr. le rapport précité de MM. Giuliano et Lagarde, *J.O.C.E.*, 31 octobre 1980, C-282/18, qui écrivent que l'article 3 ne permet pas au juge de « supposer un choix de loi par les parties si elles n'ont pas eu l'intention certaine de le faire »).

¹²⁸ V. surtout E. JAYME, 'Komplexe Langzeitverträge und Internationales Privatrecht', *IPRax*, 1987, (63), 64 ainsi que du même auteur l'étude : "Subunternehmervertrag und Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen", in *Festschrift für K. Pleyer zum 65. Geburtstag*, P. HOFMAN (éd.), Köln, Heymann, 1986, (371), 377-378.

¹²⁹ V. également A. SARAVELLE, « Conflitti di leggi nei contratti internazionali di costruzione », *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1991, (895), spéc. pp. 919 e.s.

¹³⁰ Selon les termes d'un jugement fort bien motivé du Tribunal de Commerce de Liège, en date du 28 avril 1986, *R.D.C.B.*, 1987, 139, note L. BARNICH (en l'espèce se posait la question de la loi applicable à un cautionnement souscrit par une société belge qui visait à assurer la bonne exécution des obligations souscrites par une entreprise italienne à l'égard d'une autre entreprise italienne concernant un chantier à réaliser en Italie. Il est intéressant de noter que le tribunal s'est notamment fondé sur la localisation du chantier pour soumettre le cautionnement à la loi qui régissait les obligations principales). Cette décision a été réformée par Liège, 28 juin 1991, *Pas.*, 1991, II, 179.

¹³¹ *Comp.* avec la suggestion générale de M. van Gysel et Mme Ingber visant à « globaliser » l'ensemble des relations contractuelles complexes pour les soumettre à une loi unique, technique qui constituerait le contre-pied du dépeçage admis par la Convention : A.-C. VAN GYSEL et J. INGBER, « A la recherche de la prestation caractéristique », *Rev. Dr. ULB*, 1994, (55), 90-92. Les auteurs évoquent notamment les opérations de vente accompagnées d'un crédit documentaire. Cette proposition, qui laisse entière la difficulté de déterminer la loi applicable à l'ensemble des relations contractuelles, ne s'appuie sur aucune disposition concrète de la Convention de Rome. Il n'est dès lors pas étonnant que la jurisprudence n'y ait pas donné suite.

établissement principal.¹³² L'article 4, al. 2 de la Convention de Rome prévoit en effet que pour déterminer le pays avec lequel le contrat est présumé avoir les liens les plus étroits, le juge – ou l'arbitre – peut avoir égard non pas à l'administration centrale du sous-traitant mais bien au lieu où est situé l'établissement qui doit fournir la prestation.¹³³

Partant, le droit du lieu de construction pourrait régir l'opération de sous-traitance, et l'ensemble des contrats être soumis au même droit.¹³⁴ Cette suggestion est séduisante ; elle nécessitera cependant une analyse détaillée des modalités de la sous-traitance pour vérifier si l'exécution de celle-ci a effectivement nécessité l'implantation par le sous-traitant d'un établissement spécifique sur le lieu du chantier. La notion d'établissement secondaire n'a pas reçu de définition dans la Convention de Rome. Si l'on se réfère à la définition proposée par la Cour de Justice pour l'interprétation de l'article 5(5) de la Convention de Bruxelles,¹³⁵ on acceptera que cette notion implique « un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers ». ¹³⁶ Quelle que soit la définition adoptée, le rattachement du contrat de sous-traitance au droit de l'établissement chargé de son exécution concrète nécessitera l'existence d'une infrastructure tant matérielle qu'humaine, possédant un degré minimum de permanence. Il ne suffit dès lors pas que le sous-traitant installe quelques baraques de chantier pour considérer qu'il possède un établissement secondaire.

(iv) Le rattachement exceptionnel du contrat de sous-traitance au droit du contrat principal

38. L'article 4 al. 5 de la Convention de Rome pourrait également servir de point d'appui pour garantir l'unité de traitement juridique de l'entreprise principale et de la sous-traitance. Selon cette disposition, la présomption en faveur du droit de l'établissement principal du sous-traitant peut être écartée lorsqu'il « résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

M. *Pocar* estime dès lors que la présomption de rattachement du contrat de sous-traitance au pays du principal établissement du sous-traitant pourrait être écartée en faveur du rattachement à un autre pays, lorsque la sous-traitance présente un lien *transparent* avec le contrat principal.¹³⁷ Dans ce cas, les parties ont en effet entendu lier le sort du contrat de sous-traitance à celui du contrat principal, par exemple en stipulant que l'ensemble des

¹³² H. VAN HOUTTE, *l.c.*, *Entr. & Dr.*, 1991, (92), 100

¹³³ « Toutefois si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement. »

¹³⁴ On peut en effet supposer que le contrat d'entreprise principale aura été soumis de façon expresse au droit de l'Etat du maître de l'ouvrage. A défaut, le droit du lieu de construction pourrait s'appliquer, soit que l'entrepreneur principal y possède son principal établissement, soit qu'il y ait un établissement chargé de fournir la prestation.

¹³⁵ C.J.C.E., 22 novembre 1978, *Somafer S.A. c. Saar-Feragas*, aff. 33/78, *Rec.*, 1978, 2183, attendu 13. *Supra* note 20.

¹³⁶ Sur la nécessité d'une interprétation parallèle des Conventions de Rome et de Bruxelles, cf. N. WATTÉ et A. NUYS, « Vers une interprétation uniforme et cohérente des Conventions de Rome et de Bruxelles », *Rev. Dr. ULB*, 1994, 21-54.

¹³⁷ F. POCAR, *l.c.*, 158. V. aussi A. SARAVELLE, *l.c.*, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1991, (895), 920, qui suggère de faire un usage « exceptionnel » de l'exception.

dispositions techniques (devis, cahier de charges etc.) relatives à l'entreprise principale, seront également applicables à la sous-traitance.¹³⁸ On peut dès lors estimer que la sous-traitance présente un lien plus étroit avec le pays dont la loi régit l'entreprise principale.¹³⁹

Comme dans l'hypothèse précédente, le juge devra soigneusement examiner les circonstances de la cause pour déterminer si celles-ci justifient la soumission du contrat de sous-traitance à la même loi que le contrat principal.¹⁴⁰ Parmi les indices significatifs, on peut relever la circonstance que le maître de l'ouvrage ait imposé le recours à un sous-traitant particulier, ou se réserve la possibilité de ne pas agréer un sous-traitant choisi par l'entrepreneur principal. Le contrôle indirect, mais réel, qu'exerce alors le maître d'ouvrage sur le sous-traitant démontre que, loin de constituer des contrats indépendants, la sous-traitance et l'entreprise principale forment un ensemble contractuel présentant une unité économique. Il en ira de même lorsque le maître de l'ouvrage impose à l'entrepreneur principal de répercuter dans les éventuels contrats de sous-traitance un ensemble de clauses techniques ou juridiques. Dans ces conditions, il est légitime d'accorder au contrat principal une place prééminente dans la recherche de la loi applicable.

La loi applicable au contrat principal perdra au contraire toute vocation à régir le contrat de sous-traitance lorsque celui-ci a été conclu indépendamment et sans aucune interférence du maître de l'ouvrage.¹⁴¹ Enfin, la circonstance que le sous-traitant possède une installation temporaire dans le pays où il est appelé à exécuter ses prestations, ne suffira pas à elle seule à justifier le recours à l'exception. C'est ce qu'a décidé le *Bundesgerichtshof* dans une espèce opposant un entrepreneur principal italien et un sous-traitant allemand.¹⁴² Ce dernier réclamait à l'entrepreneur principal le paiement de certaines prestations effectuées pour la construction d'un centre commercial en Allemagne. La Cour d'Appel avait, dans un *obiter dictum*, justifié l'application du droit allemand par référence à l'existence en Allemagne d'une installation de chantier. La Cour fédérale a rappelé qu'il en fallait plus pour justifier le recours à l'article 4 al. 5.

(v) Observations finales sur les théories dérogatoires

39. Les relations entre la présomption générale et l'exception sont toutefois délicates.¹⁴³ Il ne sera dès lors pas toujours possible de soumettre l'ensemble des contrats

¹³⁸ MM. *Flamme* et consorts définissent la transparence comme « la transposition systématique au marché sous-traité des conditions du marché principal » (M.-A. FLAMME et al., *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Bruxelles, Larcier, 2001, 241-242, n° 299). Il est évident que les variations sur le thème de la transparence, complète ou partielle, sont infinies.

¹³⁹ La transparence est invoquée dans cette hypothèse pour justifier un 'rayonnement' du droit applicable au contrat principal. Ce rayonnement n'aura toutefois lieu d'être que lorsque le contrat principal ne prévoit pas de clause d'élection de droit. Dans le cas contraire, la théorie du choix 'implicite' suffit en effet déjà à justifier l'application au contrat de sous-traitance du droit déclaré applicable au contrat principal, *supra*, n° 32.

¹⁴⁰ Sur la flexibilité des règles de conflit de la Convention de Rome et le rôle du juge dans ce contexte, F. POCAR, *loc. cit.*, 158.

¹⁴¹ M. Fallon et Mlle Francq expliquent d'ailleurs fort justement que le caractère accessoire d'un contrat ou l'existence d'un lien entre un contrat et un autre « peut être un indice permettant de faire jouer la clause d'exception de l'article 4, § 5 » sans toutefois que la Convention de Rome impose de voir dans ce lien une circonstance imposant le recours à la clause d'exception (M. FALLON et S. FRANCO, *loc. cit.*, *J.T.*, 1998, (683), 686-687, n° 15).

¹⁴² BGH, 25 février 1999, *NJW*, 1999, 2442 ; *R.I.W.*, 1999, 456 ; *BauR.*, 1999, 677-680 ; *IBR*, 1999, 235.

¹⁴³ On sait que les relations entre la présomption de rattachement au lieu d'établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique et l'exception introduite par l'article 4, al. 5 ont donné lieu à des difficultés, certains

à une seule loi. Comme on l'a fait remarquer, il pourrait se révéler peu judicieux de soumettre le contrat de sous-traitance à un droit sur lequel le sous-traitant n'a aucune influence.¹⁴⁴ D'ailleurs il n'est pas dit que ceci soit nécessairement dans l'intérêt du sous-traitant. En définitive, le meilleur remède aux difficultés que soulève la sous-traitance internationale reste la liberté contractuelle, qui permet aux parties de se prémunir contre la plupart des difficultés.

40. Si elles sont accueillies par la jurisprudence, ces suggestions devraient permettre de préserver l'unité juridique des relations entre maître d'ouvrage, entrepreneur principal et sous-traitant.

Même si l'on accepte l'idée d'un rattachement accessoire,¹⁴⁵ elle ne mènera pas pour autant à des résultats très différents d'une conception autonome de la loi du contrat de sous-traitance : dans les deux cas, le droit positif travaille en effet sur base de présomptions, présomption de rattachement au contrat principal ou présomption de rattachement au principal établissement du sous-traitant. Le propre de ces présomptions est qu'elles peuvent être renversées si besoin en est, selon le degré d'autonomie ou de dépendance du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal. Les règles de droit positif permettent donc dans une certaine mesure de faire justice à la diversité des situations née de l'imagination des praticiens.

s'interrogeant notamment sur la question de savoir si l'article 4, al. 5 constituait une simple exception à la règle générale de l'article 4, al. 2 ou si au contraire l'article 4, al. 5, pouvait être mis sur le même pied que la première disposition, les deux règles constituant alors des techniques équivalentes d'interprétation de la règle générale de l'article 4, al. 1, cf. sur cette question l'arrêt de principe du Hoge Raad dans l'affaire dite de la *Balenpers*, 25 septembre 1992 (*Société nouvelle des papeteries de l'Ain c. B.V. Machinefabriek BOA*), *N.J.*, 1992, 750 et les commentaires de T. STRUYCKEN, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1996, 18 e.s. Sur ce point, cf. également *Dacey and Morris on the Conflict of Laws*, 13^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2000, 1240-1241.

¹⁴⁴ En ce sens F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *o.c.*, 249, n° 522, qui examinent les arguments pro- et contra une '*Gesamtlokalisierung*' des contrats liés pour conclure qu'en définitive, il y a autant d'arguments pour un rattachement accessoire que d'arguments contre.

¹⁴⁵ D'aucuns se montrent d'ailleurs fortement réticents à l'idée d'un rattachement accessoire du contrat de sous-traitance, cf. l'étude précitée de E. VETTER, *l.c.*, *N.J.W.*, 1987, 2124-2128.

V. LE PRIVILÈGE DU SOUS-TRAITANT ET L'ACTION DIRECTE DU SOUS-TRAITANT DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

A. INTRODUCTION

41. Dans un souci de préserver le sous-traitant des conséquences désastreuses que pourrait avoir pour lui la faillite de son contractant direct, l'entrepreneur général, le législateur belge lui a octroyé par la loi du 19 février 1990 un privilège spécial et une action directe. Notre propos n'est pas ici d'examiner les conditions de mise en œuvre et l'étendue de ces deux mécanismes. D'autres l'ont fait avant nous.¹⁴⁶

Se pose toutefois la question de savoir comment tant le privilège que l'action directe dont dispose le sous-traitant peuvent être mis en œuvre dans un contexte international. Les solutions n'étant pas nécessairement identiques pour l'action directe et pour le privilège, nous les aborderons successivement.

B. LE PRIVILÈGE DU SOUS-TRAITANT

1. Texte

42. L'article 20 de la loi hypothécaire stipule que :

*« Les créances privilégiées sur certains meubles sont
(...)*

12° pendant cinq ans à dater de la facture, la créance du sous-traitant contre son cocontractant-entrepreneur pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer à l'immeuble du maître de l'ouvrage, sur la créance se rapportant à la même entreprise qu'a ce cocontractant-entrepreneur contre le maître de l'ouvrage.

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier. ».

Le texte vise donc la créance de l'entrepreneur sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal pour les travaux exécutés à un bien immeuble du maître de l'ouvrage. Dans un contexte international, il faudra toutefois s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure un sous-traitant belge ou étranger pourra se prévaloir de ce privilège particulier.

2. Principes

43. En droit international privé, un rattachement cumulatif s'applique en matière de sûretés. S'il s'agit, comme pour le privilège du sous-traitant, d'un privilège sur un bien

¹⁴⁶ Cf. J. CAYMAEX, « Les créances des sous-traitants », *Manuel des sûretés mobilières*, Editions du Jeune Barreau de Liège, et l'abondante bibliographie qui y est citée.

particulier, une double condition est requise : il faut d'abord que la loi qui régit la créance confère un privilège au créancier ; il faut, ensuite, que la loi de la situation du bien sur lequel le privilège s'exerce reconnaisse ce privilège. En effet, d'une part, seule la loi qui régit une créance et qui en détermine la nature et les effets, est compétente pour déterminer si cette créance présente la qualité voulue pour être assortie d'un privilège. D'autre part, les lois qui créent des privilèges modifient la situation des autres créanciers et des tiers qui pourraient acquérir des droits sur ces biens et sont dès lors des lois territoriales.¹⁴⁷

La loi régissant la créance sera la *lex contractus* du contrat de sous-traitance (cfr. *supra*, n° 25 e.s.).

Se pose ensuite la question de savoir où doit être localisée la créance de l'entrepreneur principal vis-à-vis du maître de l'ouvrage.

En effet, des biens incorporels, tels une simple créance, n'ont pas de localisation physique proprement dite. Etant donné qu'ils peuvent toutefois faire l'objet de droits réels, il y a lieu de leur trouver un rattachement afin d'en déterminer le statut réel. On peut ainsi penser, à nouveau, à la *lex contractus* de la créance ou au domicile du débiteur. La solution généralement retenue consiste à localiser, fictivement, la créance au domicile du débiteur.¹⁴⁸ Cette solution a également été retenue dans le Règlement de l'Union européenne du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité,¹⁴⁹ dont l'article 2(g) définit l'Etat membre dans lequel se trouve un bien, pour les créances, comme « *l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve le centre des intérêts principaux du tiers débiteur* ». ¹⁵⁰

3. Application

44. Le privilège du sous-traitant est soumis, en droit international privé, à un cumul de deux lois. Il faut d'abord que la *lex contractus* du contrat de sous-traitance assortisse la créance du sous-traitant du privilège, ce qui est le cas en droit belge. Ensuite, il faut que la loi du domicile du maître de l'ouvrage reconnaisse le privilège.¹⁵¹

A supposer que son contrat soit soumis au droit belge, le sous-traitant belge qui effectue des travaux de sous-traitance pour un entrepreneur principal, belge ou autre, à l'étranger, ne sera effectivement protégé par le privilège de l'article 20, 12° de la loi hypothécaire, que si la loi du domicile du maître de l'ouvrage reconnaît un tel privilège. D'autre part, le sous-traitant étranger qui effectue des travaux de sous-traitance, en Belgique ou ailleurs,

¹⁴⁷ Comm. Bruxelles, 25 mai 1932, *J.C.B.*, 1933, 153 ; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, 1989, Gand, Story-Scientia, n° 792, p.363 ; R. VANDER ELST, « Les sûretés réelles traditionnelles en droit international privé » in *Les sûretés. Actes du colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Paris, Feducii, 422-423.

¹⁴⁸ G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *o.c.*, n° 655, p.307 et n° 661, p.310.

¹⁴⁹ Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.C.E.*, L160 du 30 juin 2000, p.1. Cf. sur ce Règlement en général, l'étude "De Europese insolventieverordening", parue in *Het nieuw Europees ipr : van verdrag naar verordeningen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), Anvers, Intersentia, 2001, 103-167.

¹⁵⁰ Ce dernier concept est lui-même défini, du moins pour les personnes morales, à l'article 3(1) du même Règlement.

¹⁵¹ Voir aussi l'étude déjà cité de P. LAGARDE, « La sous-traitance en droit international privé » in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, 200-201.

dans le cadre d'un projet d'un maître de l'ouvrage belge, ne pourra invoquer la protection supplémentaire de l'article 20, 12° de la loi hypothécaire, que si le contrat de sous-traitance est régi par le droit belge. Le sous-traitant ayant accepté, dans son contrat de sous-traitance, l'application d'un droit autre que le droit belge, renoncera de ce fait à la protection et l'avantage de l'article 20, 12° de la loi hypothécaire.

Pareillement, le sous-traitant étranger qui effectue des travaux de sous-traitance en Belgique, et aurait réussi à imposer à l'entrepreneur principal l'application de son propre droit (étranger) ne bénéficiera pas de la protection instituée par l'article 20, 12° de la loi hypothécaire.

4. Intervention de la *lex concursus* ?

45. Le privilège sera invoqué en cas de faillite de l'entrepreneur principal. Il faut dès lors également tenir compte de la *lex concursus* de ce dernier – du moins lorsque l'entrepreneur principal n'est pas établi dans le même Etat que le maître de l'ouvrage puisque lorsque les deux établissements coïncident, la *lex concursus* sera identique à la *lex rei sitae*.

L'influence de la *lex concursus* sur l'opposabilité des privilèges en cas de faillite appelle une appréciation nuancée.¹⁵² Il ne suffit pas de dire que le privilège du sous-traitant doit être 'reconnu' de façon générale par la *lex concursus* – ce qui aurait comme effet de multiplier les obstacles à l'invocation du privilège. Le domaine d'application de la *lex concursus* est plus réduit ; il ne vise que les questions spécifiques de la faillite – on pense ainsi à la possibilité de demander l'annulation d'une transaction réalisée peu avant l'ouverture de la faillite, et qui aurait eu pour but d'accorder une position privilégiée à un créancier.¹⁵³ La *lex concursus* déterminera également dans quel délai le privilège doit être invoqué ou encore la possibilité pour le créancier privilégié de procéder à des mesures d'exécution individuelles une fois la faillite ouverte.¹⁵⁴ Au-delà de ces questions particulières, il faut toutefois résister à la tentation d'élever la *lex concursus* au rang de troisième loi applicable de façon générale au privilège du sous-traitant.

Le Règlement européen sur l'insolvabilité déjà évoqué confirme l'applicabilité de principe de la loi selon laquelle l'entrepreneur principal a été déclaré en faillite. Son article 4(i) range en effet parmi les questions soumises à la *lex concursus* « le rang des créances [...] ». L'énumération très précise à laquelle procède cette disposition incite à penser que la *lex concursus* conservera l'application limitée qu'elle avait en droit commun.

Il faudra également tenir compte de l'article 5 du même Règlement, qui nuance l'application de la *lex concursus* lorsque le privilège porte sur un bien situé dans un autre Etat que celui où la faillite a été ouverte. Concrètement, lorsque le maître de l'ouvrage est

¹⁵² Cf. surtout les observations de I. PEETERS, « Internationaal privaatrecht », in *Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgenijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, E. DIRIX et al. (éds.), Anvers, Kluwer, 1992, 58, n° 129. Adde P. WAUTELET et H. DE WULF, « Internationale aspecten van faillissementen », in *Faillissement en gerechtelijke akkoord : het nieuwe recht*, E. DIRIX et al. (éds.), Anvers, Kluwer, 1998, (131), 188 e.s.

¹⁵³ Cf. par exemple l'article 17 de la loi sur la faillite du 8 août 1997.

¹⁵⁴ Cf. par exemple l'article 26 de la loi sur la faillite du 8 août 1997.

établi dans un autre Etat que celui de l'entrepreneur principal, la *lex concursus* ne pourra s'opposer au privilège exercé sur la créance dont le maître de l'ouvrage est le débiteur.¹⁵⁵

C. L'ACTION DIRECTE DU SOUS-TRAITANT

1. Texte

46. L'article 1798 du Code civil, tel qu'il a été modifié par la loi du 19 février 1990, stipule que :

« Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée.

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier. »

2. Problématique

47. L'action directe prévue par l'article 1798 du Code civil confère au sous-traitant le droit d'obtenir du maître de l'ouvrage, sous certaines conditions et dans les limites de ce que doit le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal, le paiement direct de sa créance. On imagine aisément les questions que l'action directe, étant le résultat de la juxtaposition de deux contrats, - celui du maître de l'ouvrage avec l'entrepreneur principal et celui de l'entrepreneur principal avec le sous-traitant -, peut soulever dans un contexte de sous-traitance internationale : le sous-traitant dispose-t-il d'une action directe vis-à-vis du maître de l'ouvrage dès l'instant où son contrat est soumis au droit belge, ou faut-il au contraire que le contrat liant le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur soit (également ?) soumis au droit belge? Ou encore : quel tribunal sera compétent pour connaître de l'action directe et quel sort doit être réservé aux clauses attributives de compétence et/ou aux clauses d'arbitrage contenues dans les contrats? Avant d'examiner la question de la loi applicable à l'action directe, il convient de se pencher sur celle du tribunal compétent.

3. Action directe et compétence internationale

48. L'action directe se meut dans un ensemble contractuel composé de plusieurs contrats. On s'interrogera dès lors sur le sort qu'il convient de réserver aux clauses d'élection de for (1) pour examiner ensuite les règles de compétence ordinaire (2).

¹⁵⁵ Sur les difficultés créées par la rédaction pour le moins hasardeuse de l'article 5 du Règlement, cf. N. WATTÉ, « L'opposabilité des sûretés dans le nouveau Règlement européen des procédures d'insolvabilité », *Rev. Dr. ULB.*, 2001, (7), 17, n° 13 e.s.. MM. DIRIX et SAGAERT expliquent de façon convaincante que le privilège du sous-traitant constitue bien un « droit réel » au sens de l'article 5 du Règlement, E. DIRIX et V. SAGAERT, « Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening », *R.D.C.B.*, 2001, (580), 587, n° 21, note 51.

(i) Action directe et clauses d'élection de for ou d'arbitrage

49. Lorsque le contrat d'entreprise principale contient une clause d'élection de for et/ou une clause compromissoire, le sous-traitant peut-il ou doit-il, eu égard au fait que le maître de l'ouvrage ne saurait être tenu au-delà de ce qu'il doit à l'entrepreneur principal, respecter la clause d'élection de for et/ou la clause compromissoire contenue dans le contrat d'entreprise principale ? Qu'en est-il d'une telle clause contenue dans le contrat de sous-traitance ?

Il semble que la réponse soit négative, même lorsque la clause contenue dans le contrat de sous-traitance vise explicitement l'action directe.¹⁵⁶

Dans son arrêt *Tilly Russ* du 19 juin 1984,¹⁵⁷ la Cour de Justice a en effet consacré le principe de la *relativité* des effets des clauses attributives de juridiction, privant ces clauses de tout effet vis-à-vis des parties qui n'étaient pas partie au contrat ou qui n'y ont pas adhéré – sauf dans l'hypothèse, dénuée de pertinence dans l'espèce qui nous occupe, de la succession par une partie dans les droits d'une autre. Transposée à l'institution de l'action directe, cette jurisprudence implique que le sous-traitant ne sera pas tenu, et ne pourra pas se prévaloir à l'égard du maître de l'ouvrage, d'une clause d'élection de for contenue dans le contrat d'entreprise principale. *Mutatis mutandis* le maître de l'ouvrage ne pourra pas opposer au sous-traitant, lorsque celui-ci enclenche une action directe à son encontre, une clause d'élection de for contenue dans le contrat de sous-traitance. En réalité, l'action directe, dont le caractère contractuel est sujet à caution, est étrangère aussi bien aux relations contractuelles unissant le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal qu'à celles s'établissant entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal. Seule une (hypothétique) convention conclue directement entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage pourrait imposer au sous-traitant la saisine d'un for déterminé.

50. Il en va a fortiori de même à l'égard des conventions d'arbitrage, le fondement contractuel de l'arbitrage se laissant difficilement réconcilier avec l'action directe.¹⁵⁸

Ainsi, dans une décision récente et inédite,¹⁵⁹ le Tribunal de Commerce de Bruxelles était invité à trancher un déclinatoire de compétence soulevé dans le cadre d'une action directe initiée par un sous-sous-traitant français contre un entrepreneur principal belge. La particularité de l'espèce réside dans le fait que les deux contrats de sous-traitance étaient soumis à des modalités identiques de règlement des différends, dans les mêmes termes,

¹⁵⁶ P. LAGARDE, *loc. cit.*, 203, *Comp. contra* en matière de vente : J. BAUERREIS, « Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats », *R.C.D.I.P.*, 2000, 348.

¹⁵⁷ C.J.C.E., 19 juin 1984, *Tilly Russ c. Nova*, aff. 71/83, *Rec.*, 1984, 2417 ; voir aussi H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEEL, *o.c.*, n°187, p. 366.

¹⁵⁸ Sur la relativité de la convention d'arbitrage, cf. PH. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, 135, n° 139.

¹⁵⁹ Comm. Bruxelles 11^{ème} chambre, R.G./10.486/98, 7 avril 2000. Il est à noter qu'un appel a été introduit contre cette décision.

prévoyant tous les deux le recours à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale à Paris.¹⁶⁰

Le premier sous-traitant (sous-traitant principal) soulevait de ce fait que, par l'acceptation de la clause compromissoire en question, le deuxième sous-traitant avait renoncé à intenter une action devant les tribunaux belges et notamment une éventuelle action directe contre l'entrepreneur principal.

Le Tribunal de Commerce a estimé que cette thèse ne pouvait être accueillie.

Après avoir rappelé que les conventions d'arbitrage sont soumises à une interprétation restrictive,¹⁶¹ le Tribunal de Commerce a relevé qu'on ne pouvait déduire de la clause compromissoire en question une quelconque renonciation à intenter une action directe devant les juridictions ordinaires et que les clauses d'arbitrage étaient soumises au principe de la relativité des conventions :

« L'article 1798 du Code Civil a créé un droit propre et personnel du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage ou, comme en l'espèce, l'entrepreneur général. L'article 34 [la clause d'arbitrage] n'a pas trait à cette action spécifique qui n'aurait pu être soumise à l'arbitrage que si une convention d'arbitrage avait été conclue en ce sens entre [le deuxième sous-traitant] et [l'entrepreneur principal], ce qui n'est pas le cas.

En effet, les clauses d'arbitrage sont strictement soumises au principe de la relativité des conventions et ne peuvent lier que les parties qui les concluent.

[Le deuxième sous-traitant] n'est lié par aucune clause d'arbitrage avec [l'entrepreneur principal]. [L'entrepreneur principal] est un tiers au contrat entre [le deuxième sous-traitant] et [le sous-traitant principal] et l'existence dans le contrat conclu entre [le sous-traitant principal] et [l'entrepreneur principal] d'une clause d'arbitrage similaire à celle prévue dans le contrat entre [le sous-traitant principal] et [le deuxième sous-traitant] n'y change rien.

En outre, cela ne permet pas pour autant de constituer un tribunal arbitral unique aux fins de trancher les différends opposant [l'entrepreneur principal, le sous-traitant principal et le deuxième sous-traitant] s'agissant de parties distinctes liées entre elles par différents contrats envisageant une pluralité de procédures. (Voir B. Cohen, « Arbitrage et groupe de contrats », Revue de l'Arbitrage, 1997, p. 491 et svts).

La circonstance que l'on retrouve le même article 34 dans les deux contrats successifs et que le contrat [du deuxième sous-traitant] contienne des clauses « if and when » et « back to back » n'établit nullement que [le deuxième sous-traitant] aurait renoncé à son droit d'agir sur base de l'article 1798 du Code Civil, ni que les parties auraient entendu soumettre cette action à la compétence du Tribunal arbitral du C.C.I. »

¹⁶⁰ La clause compromissoire était libellée (selon la traduction fournie dans le jugement) comme suit :

«34.1 Pour tout différend ou litige survenant entre le sous-contractant et le maître d'œuvre, à travers le contractant principal, (plainte du maître d'œuvre relative aux travaux du sous-contractant et/ou plainte du sous-contractant contre le maître d'œuvre), le sous-contractant agira directement par l'entremise du contractant principal, et la procédure pour le règlement d'un tel différend ou litige sera celle définie dans les clauses du contrat principal.

34.2 Pour tout différend ou litige survenant entre le sous-contractant et le contractant principal, le litige sera définitivement tranché selon le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre Internationale de Commerce à Paris par trois arbitres nommés conformément audit règlement .

L'arbitrage prendra place à Paris et la langue de procédure sera l'anglais. Les arbitres auront une bonne connaissance de l'anglais ».

¹⁶¹ Une affirmation qui appelle certaines nuances, cf. G. KEUTGEN, « L'interprétation de la convention d'arbitrage », in *Liber amicorum. Commission Droit et Vie des Affaires. 40ème Anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 345-355.

Il en résulte qu'en matière d'action directe, il ne paraît y avoir de place pour les clauses attributives de compétence et/ou les clauses d'arbitrage – sauf à imaginer une convention liant directement le sous-traitant et le maître d'ouvrage. Reste donc à examiner les règles de compétence ordinaires.

(ii) Les règles de compétence ordinaire

51. En termes de règles de compétence ordinaire, on se permettra de limiter notre propos à un examen des règles établies par le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000.¹⁶²

Le sous-traitant pourra naturellement assigner le maître de l'ouvrage devant les tribunaux du domicile de ce dernier en vertu de la règle générale consacrée à l'article 2 du Règlement. Encore faut-il déterminer si le sous-traitant pourra fonder sa demande sur les règles de compétence spéciale prévues à l'article 5. L'application de cette disposition soulève une question de qualification. Il faut en effet se demander si l'action directe concerne la matière contractuelle (art. 5(1)) ou la matière délictuelle (art. 5(3)).

a. L'action directe, une action 'contractuelle' ?

52. En matière contractuelle, l'article 5(1) précise que le défendeur peut être attrait « devant le Tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ».

A notre connaissance, les Cours et Tribunaux n'ont pas encore eu à se prononcer sur l'application de cette disposition à l'action directe du sous-traitant. Il n'empêche que des enseignements peuvent être tirés de la jurisprudence existante, notamment dans des espèces similaires.

Dans l'arrêt *Handte* du 17 juin 1992,¹⁶³ la Cour de justice était invitée à se prononcer sur le caractère contractuel ou non d'une action directe, - prévue par le droit français, également connue en droit belge, - non d'un sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage, mais d'un sous-acquéreur à l'égard du fabricant d'une chose viciée.

Après avoir rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle la notion de « matière contractuelle » doit être interprétée de façon autonome,¹⁶⁴ et non selon la *lex causae*, la Cour a procédé à une définition par la négative : « La notion de 'matière contractuelle', au sens de l'article 5, point 1, de la convention, ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre ». ¹⁶⁵

Sur ce, la Cour exclut que l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant puisse être portée devant le for contractuel, sur base des considérants suivants: « ... il importe de constater qu'il n'existe aucun lien contractuel entre le sous-acquéreur et le fabricant, celui-ci n'ayant

¹⁶² Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 précité.

¹⁶³ C.J.C.E., 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Rec.*, 1992, 3967, *R.C.D.I.P.*, 1992, 726, note H. GAUDEMET-TALLON, *J.D.I.*, 1993, 469, obs. J.M. BISCHOFF.

¹⁶⁴ Point 10 de l'arrêt.

¹⁶⁵ Point 15 de l'arrêt.

*assumé aucune obligation de nature contractuelle, envers le sous-acquéreur. De plus, et notamment dans l'hypothèse d'une chaîne de contrats internationaux, les obligations contractuelles des parties peuvent varier d'un contrat à l'autre, de sorte que les droits contractuels que le sous-acquéreur peut faire valoir à l'encontre de son vendeur immédiat ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux que le fabricant a assumés dans ses relations avec le premier acheteur ».*¹⁶⁶

53. Ce qui est vrai en matière d'action directe du sous-acquéreur doit également l'être pour l'action directe du sous-traitant: le maître de l'ouvrage n'assume pas d'obligation de nature contractuelle envers le sous-traitant, et il n'y a pas nécessairement (loin de là même) de transparence entre le contrat d'entreprise principale et le contrat de sous-traitance.¹⁶⁷

Comme pour l'action directe du sous-acquéreur, la qualification contractuelle et le recours à l'article 5(1) devraient dès lors être écartés pour l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage.

b. Examen de la qualification délictuelle ou quasi délictuelle

54. Si l'action directe du sous-traitant n'intéresse pas la matière contractuelle, faut-il en conclure qu'elle relève forcément de la matière délictuelle? Ce ne sera pas nécessairement le cas.

En vertu de l'article 5(3), le défendeur peut être attiré « *en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit* ».

Il résulte de la jurisprudence communautaire que la notion de matière délictuelle ou quasi-délictuelle au sens (autonome) de l'article 5(3) se définit comme une catégorie résiduelle comprenant « *toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la « matière contractuelle » au sens de l'article 5, paragraphe 1* ». ¹⁶⁸

L'action directe du sous-traitant ne relevant pas de la matière contractuelle (*supra*, n° 52), il convient de vérifier si elle met en jeu la responsabilité du maître de l'ouvrage, auquel cas le sous-traitant pourrait se prévaloir du for délictuel.

La Cour de justice ne s'est pas étendue sur la notion de « responsabilité », pas plus qu'elle ne s'est déjà prononcée sur la qualification de l'action directe à cet égard.

On retiendra toutefois de l'arrêt *Reichert II* ¹⁶⁹ du 26 mars 1992 que n'entrent pas dans le champ de l'article 5(3), les actions telles l'action paulienne, faute de mettre en jeu la responsabilité du défendeur, et ce pour les motifs suivants : « [l'action paulienne] *est dirigée*

¹⁶⁶ Points 16 et 17 de l'arrêt.

¹⁶⁷ Voir aussi J.M. BISSCHOF, note précitée, *J.D.I.*, 1993, 473 : « *En bref, les règles de fonctionnement de l'article 5, 1°, ne sont pas faites pour l'hypothèse de la chaîne de contrats, l'intégration de celle-ci dans la « matière contractuelle » n'est pas compatible avec le « système » de la convention* ».

¹⁶⁸ C.J.C.E., 26 mars 1992, aff. C-261/90 (*Reichert II*), *Rec.*, 1992, 2149, *R.C.D.I.P.*, 1992, 714, note B. ANCEL, *J.D.I.*, 1993, 461, obs. A. HUET.

¹⁶⁹ C.J.C.E., 26 mars 1992, aff. C-261/90 (*Reichert II*), *Rec.*, 1992, 2149, *R.C.D.I.P.*, 1992, 714, note B. ANCEL., *J.D.I.*, 1993, 461, obs. A. HUET., Cf. également C.J.C.E., 27 octobre 1998, aff. C-51/97 (*la Réunion Européenne*), *Rec.*, 1998, 6534, *R.C.D.I.P.*, 1999, 323, note H. GAUDEMET-TALLON, *J.D.I.*, 1999, obs. F. LECLERC.

*non seulement contre le débiteur¹⁷⁰ mais aussi contre le bénéficiaire de l'acte, tiers par rapport à l'obligation qui lie le créancier à son débiteur, y compris, si l'acte est passé à titre gratuit, lorsque celui-ci n'a commis aucune faute. Dans ces conditions, une action du type de l'action « paulienne » du droit français, ne peut être regardée comme une demande tendant à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur... ».*¹⁷¹

Comme l'action paulienne, l'action directe du sous-traitant est elle aussi dirigée contre un « tiers¹⁷² par rapport à l'obligation qui lie le créancier¹⁷³ à son débiteur¹⁷⁴ », y compris lorsque ce tiers, le maître de l'ouvrage donc, n'a « commis aucune faute ».

L'action directe du sous-traitant ne vise pas non plus, - selon la définition suggérée par M. Huet de la notion de « responsabilité »¹⁷⁵ -, à faire répondre le maître de l'ouvrage de ses actes, qu'ils soient fautifs ou non.

Même si cela reste à être confirmé par la Cour de justice, il se conçoit donc fort bien que l'action directe du sous-traitant échappe également à l'article 5(3).

c. Conclusion

55. Il résulte de ce qui précède que l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage ne concerne ni la matière contractuelle, ni la matière délictuelle, d'où l'inapplicabilité des articles 5(1) et 5(3) au recours du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage.

Faute de compétence spéciale, c'est donc devant les juridictions de l'Etat membre où est domicilié le maître de l'ouvrage que le sous-traitant devra porter son action directe. Cette conclusion peut étonner puisqu'elle prive le sous-traitant des fors spéciaux prévus à l'article 5. Elle est toutefois inhérente à la stricte classification qu'imposent les règles européennes. Comme l'explique Mme Gaudemet-Tallon, « il est ainsi des cas qui ne relèveront ni de l'article 5-1° [...], ni de l'article 5-3° [...], mais de l'article 2 [...] ».¹⁷⁶

¹⁷⁰ L'observation de la Cour est erronée dans la mesure où, en droit français (comme en droit belge), l'action paulienne n'a pas à être dirigée contre le débiteur, mais doit l'être contre le bénéficiaire de l'acte (tout au plus le créancier mettra-t-il son débiteur à la cause pour éviter toute difficulté liée à la relativité de la chose jugée) (voir A. HUET, note précitée, *J.D.I.*, 1993, 463).

¹⁷¹ Points 19 et 20 de l'arrêt.

¹⁷² Le maître de l'ouvrage.

¹⁷³ Le sous-traitant.

¹⁷⁴ L'entrepreneur principal.

¹⁷⁵ A. HUET, note précitée, *J.D.I.*, 1993, 463.

¹⁷⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *o.c.*, Paris, LGDJ, 2002, 170, n° 211. V. par exemple l'affaire *Kleinwort Benson Ltd. v. Glasgow City Council*, [1997] 4 All ER 641 (H.L.), dans laquelle une banque tentait d'obtenir le remboursement de sommes prêtées à la ville de Glasgow. Celle-ci ayant obtenu l'annulation du contrat la liant à la banque pour excès de compétence (doctrine de l'*ultra vires*), la banque se vit contrainte d'avoir recours à la doctrine de la 'restitution' pour demander le remboursement. La Chambre des Lords décida qu'une telle demande ne tombait ni dans la catégorie des contrats de l'article 5-1°, ni dans celle des délits de l'article 5-3°, et qu'en conséquent seuls les tribunaux écossais étaient compétents. V. P.A. MCGRATH, « *Kleinwort Benson v. Glasgow City Council* : A Simple Point of Jurisdiction », *Civil Justice Quarterly*, 1999, 41-57. La Cour de Justice a également décidé que l'article 5-1 devait être écarté lorsque le lieu d'exécution de l'obligation ne pouvait être déterminé avec certitude, cf. C.J.C.E., 19 février 2002, *Besix v. Wabag*, aff. C-256/00.

4. Existence de l'action directe

56. Malgré l'indépendance de principe, liée à la relativité des conventions, du contrat de sous-traitance par rapport à l'entreprise principale, des liens juridiques se créent par le biais de l'action directe entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Il faut dès lors se demander s'il faut rattacher l'action directe du sous-traitant à l'un ou à l'autre, voire aux deux, contrat(s) pour déterminer le droit qui lui est applicable.

Bien que la question soit tout sauf théorique, peu nombreux sont les auteurs belges qui se sont penchés sur la question. On peut distinguer plusieurs théories, qui ont été présentées de façon plus ou moins convaincante dans la doctrine. Loin de vouloir trancher de façon définitive la controverse, nous nous contenterons de présenter les différents rattachements tout en exposant leurs avantages et inconvénients. On s'inspirera également des développements consacrés à cette question par les auteurs français. S'il est vrai que l'action directe prévue par l'article 12 de la loi française du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance n'est pas en tout point identique au mécanisme prévu par l'article 1798 du Code civil belge, la similarité semble suffisante pour justifier l'attention portée aux arguments de la doctrine française.

De façon schématique, on peut distinguer trois méthodes de rattachement de l'action directe, que nous aborderons successivement.

(i) Rattachement à la *lex contractus* du contrat de sous-traitance

57. Une première solution consiste à faire régir l'action directe par la loi applicable au contrat de sous-traitance. Dans cette hypothèse, le sous-traitant disposerait d'une action directe contre le maître d'ouvrage dès lors que le droit choisi par les parties pour régir le contrat de sous-traitance ou, à défaut d'élection de droit, le droit de l'établissement principal du sous-traitant (*supra* n° 25 e.s.) prévoit une telle possibilité.

Cette solution est retenue par M. *van Houtte*, qui fait dépendre l'action directe de la *lex contractus* du contrat de sous-traitance.¹⁷⁷ Ainsi, pour citer l'exemple donné par cet auteur, le sous-traitant belge disposera d'une action directe vis-à-vis du maître de l'ouvrage allemand, et ce en vertu du droit belge applicable au contrat de sous-traitance, quand bien même l'entreprise principale serait régie par le droit allemand.¹⁷⁸

Cette solution procède du souci, louable en soi, de respecter les attentes du sous-traitant. Familier de sa propre loi nationale, celui-ci escomptera sans doute pouvoir profiter du mécanisme de l'action directe sans se préoccuper de la question de savoir si les autres lois en présence, et singulièrement celle du pays où ses prestations doivent être effectuées, connaît un mécanisme comparable. Le rattachement à la loi du contrat de sous-traitance peut en appeler à une autre justification, à savoir le fait que l'action directe constitue un

¹⁷⁷ H. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, *Entr.Dr.*, 1991, n° 16, p. 102.

¹⁷⁸ Pour d'autres auteurs, MM. *Vrancken* et *Panis*, l'action directe relève de la *lex contractus*, sans que soit toutefois clairement précisé s'il s'agit de la *lex contractus* du contrat de sous-traitance et/ou de celui de l'entreprise principale : I. VRANCKEN et L. PANIS, « De onderaanneming in Belgisch en Europees verband », *Limb. Rechtsl.*, 1992, n° 47, p.132.

accessoire de la créance du sous-traitant, elle même soumise à la *lex contractus* du contrat de sous-traitance.

58. L'application de cette *lex contractus* n'est toutefois pas sans soulever quelques difficultés. Il ne faut pas en effet perdre de vue les intérêts légitimes du maître de l'ouvrage. Celui-ci ne connaît pas nécessairement le mécanisme de l'action directe, et ne s'attend donc peut être pas à être directement assigné par le sous-traitant avec lequel il n'entretient aucune relation contractuelle directe.¹⁷⁹

Au-delà du risque posé pour la prévisibilité des solutions, il faut également tenir compte du risque d'imposer au maître de l'ouvrage un *double paiement* : d'abord en vertu de l'action directe engagée par le sous-traitant, et ensuite en vertu du contrat principal au bénéfice de l'entrepreneur principal. Rien ne garantit que le droit applicable à ce dernier contrat, seul compétent pour se prononcer sur l'extinction de l'obligation de paiement existant dans le chef du maître de l'ouvrage, reconnaîtra effet au paiement effectué par ce dernier suite à l'action directe.

Si le maître d'ouvrage a effectivement été condamné suite à une procédure judiciaire engagée par le sous-traitant, il pourra sans doute exciper de l'autorité de chose jugée accordée à la décision qui l'a condamné, pour échapper à la demande de paiement de l'entrepreneur principal. Encore faut-il toutefois que l'action directe ait donné lieu à une procédure judiciaire. Paradoxalement, le maître d'ouvrage aura donc intérêt à attendre une condamnation avant de donner suite à la demande en paiement du sous-traitant.

(ii) Les hypothèses de rattachements cumulatifs

59. Devant les insuffisances du rattachement à la seule loi du contrat de sous-traitance, d'autres solutions ont été proposées.

Ainsi, pour M. *Lagarde*,¹⁸⁰ qui s'inspire des solutions consacrées à propos de l'action directe de la victime d'un accident contre l'assureur de l'auteur des dommages, il y a lieu de cumuler les deux lois. La recevabilité (l'existence) de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage dépendrait de la loi régissant la créance du sous-traitant, c'est-à-dire la loi du contrat de sous-traitance. La mise en œuvre de l'action directe – à quoi le maître de l'ouvrage est-il tenu vis-à-vis du sous-traitant ? –, devrait par contre relever de la loi de l'entreprise principale, dans la mesure où elle affecte les intérêts du maître de l'ouvrage.

Quoi qu'elle soit présentée sous la forme d'un cumul de deux lois, cette solution semble rejoindre celle préconisée par M. *van Houtte*. Il est en effet entendu que, par le biais de l'action directe, le maître de l'ouvrage ne saurait être tenu vis-à-vis du sous-traitant au-delà de ce qu'il doit à son propre contractant, l'entrepreneur principal. Toute la question est de savoir sous l'angle de quelle loi doit être examinée l'existence de principe du droit

¹⁷⁹ Ainsi il semble que ni le droit anglais, ni le droit allemand ne permettent au sous-traitant de s'adresser directement au maître de l'ouvrage pour obtenir paiement de ses prestations, cf. D. POWELL, « Sub-contracting in the United Kingdom », *Entr. & Dr.*, 1991, (47), 54-56 et W. HEIERMANN, « Onderaanneming in de Duitse Bondsrepubliek », *Entr. & Dr.*, 1991, (70), 76.

¹⁸⁰ P. LAGARDE, *l.c.*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, 186-204.

pour le sous-traitant de réclamer le paiement direct de sa créance par le maître de l'ouvrage. A cette question, tant M. *van Houtte* que M. *Lagarde* répondent que seul le droit applicable au sous-traité sera déterminant.

60. Un autre auteur français, M. *Bismuth*,¹⁸¹ va plus loin encore, en estimant qu'il y a lieu de cumuler jusqu'à trois lois.

En invoquant la *fonction* de l'action directe, à savoir garantir le paiement des sommes dues par l'entreprise principale au sous-traitant, l'auteur estime légitime, comme MM. *van Houtte* et *Lagarde*, de soumettre cette garantie à la loi du contrat de sous-traitance générateur de ladite créance.¹⁸²

Ensuite, en qualifiant l'action directe du sous-traitant de sûreté réelle, résultant en une cession forcée de créance, M. *Bismuth* soumet les rapports que l'action directe vient ainsi nouer entre le sous-traitant (cessionnaire) et le maître de l'ouvrage (débitéur cédé) à la loi qui régit le marché principal. Par ce biais, on évite que la situation juridique du maître de l'ouvrage ne se trouve aggravée à la suite de l'action directe/cession forcée de créance.¹⁸³ Il n'en demeure pas moins que, même si le maître de l'ouvrage ne sera pas tenu au-delà de ce qu'il doit à l'entrepreneur principal, il reste susceptible d'être surpris par un mécanisme, l'action directe, que son propre droit ne (re)connaît pas, aux contours inconnus pour lui, avec le risque qu'en fin de compte, il soit tenu à un double paiement.

Comme MM. *Lagarde* et *van Houtte*, M. *Bismuth* soumet donc l'existence ou la recevabilité de l'action directe à la loi du contrat de sous-traitance, tout en stipulant que le maître de l'ouvrage ne pourra pas être poursuivi au-delà des obligations mises à sa charge par la loi de son propre contrat.

A cela, M. *Bismuth* ajoute en troisième lieu la loi du domicile du maître de l'ouvrage. En effet, estimant que l'action directe a pour résultat d'entraîner une cession forcée de créance, où l'on peut discerner selon lui une « saisie-arrêt expéditive simplifiée », le sous-traitant devrait également se soumettre aux exigences de forme auxquelles la loi du domicile du maître de l'ouvrage, en tant que lieu de la saisie, subordonne la mise en œuvre de l'action directe. Cette solution présuppose, selon M. *Bismuth*, que la loi du domicile du maître de l'ouvrage connaisse et régleme l'institution de l'action directe.¹⁸⁴ Mais, si en vertu de l'adage *locus regit actum*, on peut souscrire à la règle selon laquelle la loi du domicile du maître de l'ouvrage édicte les formalités à respecter pour la mise en œuvre de l'action directe, ne serait-il pas plus correct de dire qu'en l'absence de toute formalité prescrite par la loi, la forme est libre, sous peine de transformer une règle formelle en une règle matérielle ?

61. Les variations sur le thème du cumul des lois en présence sont nombreuses. Outre celles déjà évoquées, l'on pourrait également envisager de n'autoriser l'action directe que pour autant et dans la mesure où les lois des deux contrats concernés le permettent.

¹⁸¹ J.-L. BISMUTH, « Le contrat international de sous-traitance », *R.D.A.I.*, 1986, 535-598.

¹⁸² J.-L. BISMUTH, *Idem*, n° 45, p.559-560.

¹⁸³ *Idem*, n° 50, p.561-563.

¹⁸⁴ *Idem*, n° 51, p.563-565.

Le cumul (total ou partiel) de plusieurs lois permet d'évacuer la difficile question de la qualification. Il ne va toutefois pas sans poser de sérieuses difficultés. Le rattachement cumulatif aboutit, on le sait, à l'application de la loi la plus stricte. En ce sens, il pourrait priver le sous-traitant d'une action directe que lui accorde la loi applicable à son propre contrat. Or, pourquoi faudrait-il pénaliser le sous-traitant pour la seule raison que l'entreprise à laquelle il collabore revêt une dimension internationale ?

L'application cumulative de plusieurs lois impose également de définir rigoureusement le domaine d'application de chaque loi, ce qui ne va pas sans peine. Enfin, certains présupposés utilisés pour justifier le rattachement cumulatif ne peuvent être retenus. Ainsi l'assimilation de l'action directe en paiement à une cession de créance à laquelle procède M. *Bismuth* ne saurait convaincre. Si cette assimilation peut faciliter une meilleure compréhension de l'institution, il n'en demeure pas moins que l'action directe en paiement n'est pas une cession de créance, ce qui est illustré par le fait qu'en cas de pluralité d'actions directes, il sera procédé au partage au marc le franc.

(iii) Rattachement à la loi du contrat principal

62. C'est une solution diamétralement opposée à celles évoquées jusqu'à présent que défend M. *Heuzé*.¹⁸⁵

Dans un premier temps, cet auteur fait remarquer que l'action directe en paiement du sous-traitant se justifie par des préoccupations sociales qui n'ont, selon lui, pas lieu d'être dans les rapports internationaux. En d'autres mots, l'action directe ne devrait se concevoir que dans les seules opérations de sous-traitances internes.¹⁸⁶ S'il est vrai que le législateur, belge ou français, ne semble pas avoir abordé ou envisagé les problèmes liés à la sous-traitance internationale, une telle affirmation paraît trop absolue et manque de fondement dans la loi pour pouvoir être suivie.

Ensuite, M. *Heuzé* estime que la raison d'être du droit international privé demeure la nécessité de respecter la diversité des solutions législatives, de sorte que son objectif premier reste de déterminer à quelles relations chacune de ces solutions législatives doit ou mérite d'être déclarée applicable. A cette fin, il doit, selon M. *Heuzé*, être tenu compte des légitimes prévisions des parties, des attentes raisonnables des tiers et des intérêts en général. Et M. *Heuzé* de conclure « *or il n'est pas douteux qu'en matière d'actions directes, le premier de ces trois facteurs ne peut qu'être très largement prédominant : dans la mesure où ces actions ont pour objet d'étendre au demandeur [le sous-traitant] le bénéfice d'une obligation contractée envers un tiers [l'entrepreneur principal] par le défendeur [le maître de l'ouvrage], les prévisions de celui-ci quant à l'étendue de cette obligation ne sauraient être contrariées sans d'impérieux motifs. Il s'ensuit que l'on doit certainement reconnaître ici à la loi du contrat conclu par le défendeur une compétence de principe* ». ¹⁸⁷

¹⁸⁵ V. HEUZÉ, « La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale », *R.C.D.I.P.*, 1996, 243-266.

¹⁸⁶ V. HEUZÉ, *loc. cit.*, n°3, p.247. Dans le même sens : J.-G. BETTO, « Sous-traitance internationale: comment écarter la loi française de 1975 », *R.D.A.I.*, 1999, 413 : « *La loi de 1975 répond en effet à des objectifs internes qu'il n'est pas nécessaire de protéger dans le cadre des marchés internationaux de construction* ».

¹⁸⁷ V. HEUZÉ, *loc. cit.*, n°15, p.256.

63. Pour cet auteur, c'est donc le droit applicable au *contrat principal* qui doit déterminer si, et dans quelle mesure, le sous-traitant dispose d'une action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage.

La loi du contrat d'entreprise principale déciderait donc de l'existence au non, d'une action directe en paiement en faveur du sous-traitant.

Ainsi, lorsque l'entreprise principale est soumise au droit belge, le sous-traitant disposerait de l'action directe instituée en sa faveur en vertu de l'article 1789 du Code civil, quand bien même son propre contrat serait soumis à un droit étranger.¹⁸⁸ Si, par contre, l'entreprise principale n'est pas soumise au droit belge, le maître de l'ouvrage ne pourrait pas être inquiété par une action directe en paiement du sous-traitant. Il en irait ainsi même si le sous-traité était soumis au droit belge. Dans ce cas de figure, le sous-traitant pourrait toutefois disposer de la protection offerte par le privilège du sous-traitant, si la loi du domicile du maître de l'ouvrage reconnaît ce privilège (cfr. *supra* n° 42 e.s.).

En d'autres mots, si en admettant que l'action directe puisse être intentée après la faillite de l'entrepreneur principal,¹⁸⁹ on s'est parfois posé la question de l'utilité d'avoir instauré à la fois un privilège et une action directe, un élément de réponse pourrait être trouvé dans le fait que ces deux institutions ont, dans un contexte international, des conditions d'application différente. Ou encore, en admettant que la recevabilité de l'action directe dépende de la loi applicable à l'entreprise principale, le droit international privé permettrait en quelques sorte au privilège et à l'action directe de se compléter et de fournir une protection plus étendue au sous-traitant. Celui-ci disposerait en effet d'au moins une protection supplémentaire dès l'instant où soit son propre contrat de sous-traitance (privilège), soit celui de l'entreprise principale (action directe) sont soumis au droit belge.

64. Cette solution séduit. Elle a le mérite de ne pas troubler les attentes du maître de l'ouvrage. De plus, le contrat de sous-traitance étant la plupart du temps conclu *après* le contrat d'entreprise principale, le sous-traitant pourra s'assurer au préalable de l'existence d'une action directe en consultant le droit applicable au contrat principal.

Il n'en reste pas moins que l'application de la seule loi du contrat principal peut conduire à des difficultés, notamment lorsque le droit applicable à la sous-traitance ne connaît pas l'action directe rendue possible par le droit du contrat principal. Dans ce cas, il sera nécessaire d'adapter le mécanisme de l'action directe pour permettre son application dans le contexte du droit qui régit la sous-traitance. Plus fondamentalement, on peut se demander s'il appartient à la *lex contractus* du contrat principal de modifier les relations entre sous-traitant et entrepreneur principal en conférant une possibilité d'action supplémentaire à ce dernier.

¹⁸⁸ M. Heuzé (*l.c.*, 258) ajoute que les prétentions du sous-traitant seraient repoussées « si le contrat principal contenait une clause, valable selon la loi régissant celui-ci, prohibant tout recours à la sous-traitance par l'entrepreneur principal ». Autre chose serait toutefois pour le maître de l'ouvrage d'exclure l'action directe d'un sous-traitant. L'on sait qu'en droit belge, une telle clause n'est pas admise (A. CUYPERS, « De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer », *R.W.*, 1997-98, n°14, p.797).

¹⁸⁹ Voir l'intéressante étude de J. KOKELENBERG, « Artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek bij faillissement en gerechtelijk akkoord : een steriele discussie of een Babylonische spraakverwarring? », *R.G.D.C.*, 1999, 166-184.

65. On le voit, le rattachement de l'action directe du sous-traitant soulève d'épineuses difficultés. On ne peut dès lors que conseiller la plus grande prudence aux entrepreneurs lorsqu'ils acceptent une mission de sous-traitance. S'ils constatent qu'un des droits potentiellement applicables ne prévoit pas de mécanisme comparable à l'action directe, il s'impose de tenir compte de cette donnée lors des négociations – au besoin en exigeant une garantie supplémentaire de la part de l'entrepreneur principal ou même du maître de l'ouvrage.

5. L'exception d'ordre public international et les lois de police

66. Que l'on retienne le rattachement à la *lex contractus* du sous-traité ou à celle de l'entreprise principale, il n'est pas exclu que droit déclaré applicable ne (re)connaisse pas l'action directe en paiement.

Dans ce cas, les plaideurs pourraient néanmoins avoir recours à l'exception d'ordre public international et/ou au concept des lois de police du for.

(i) L'exception d'ordre public international

67. L'exception dite d'ordre public international permet d'exclure l'application en Belgique d'une règle de droit étranger déclarée applicable suivant les règles ordinaires de rattachement, lorsque l'application concrète de la règle litigieuse énerverait par trop les principes fondamentaux sur lesquels repose la société belge.¹⁹⁰

La question se pose dès lors de savoir si le juge belge pourrait sur cette base écarter l'application du droit étranger qui ne conférerait pas au sous-traitant la possibilité d'agir directement contre le maître de l'ouvrage .

Selon la définition consacrée par notre Cour de Cassation, une loi n'est d'ordre public international que si « *par les dispositions de cette loi, le législateur a entendu consacrer un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique* ». ¹⁹¹

En droit interne, l'article 1798 relève pour M. *Cuypers* probablement du droit impératif.¹⁹² Pour M. *Simont*, il était difficile de voir dans l'article 1798 du Code civil (ancienne mouture) une disposition « *qui fixe dans le droit privé les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société* ». ¹⁹³

Quoique les Cours et Tribunaux ne se soient pas encore prononcés sur la question, l'action directe ou, plus largement encore, la protection des sous-traitants contre la faillite de leur contractant immédiat, ne nous semblent pas devoir être considérées comme

¹⁹⁰ Cfr. article 16 de la Convention de Rome précitée.

¹⁹¹ Cass., 17 décembre 1990, *Pas.*, I., 1990, 380.

¹⁹² A. CUYPERS, *loc. cit.*, n°14, p. 797.

¹⁹³ L. SIMONT, « Contribution à l'article 1798 du Code civil », note sous Liège, 21 février 1964, *R.C.J.B.*, 1964, n°8, p.43.

essentielles à l'ordre moral, politique ou économique de la Belgique. On conçoit d'autant plus difficilement qu'un tribunal belge écarte une disposition de droit étranger pour la simple raison qu'elle ne connaît pas le mécanisme de l'action directe, que cette opération ne viserait pas tant à 'censurer' cette disposition qu'à regretter que le droit étranger ignore un mécanisme connu du droit belge. L'effet véritablement *positif* que l'on cherche à faire jouer à l'exception d'ordre public montre bien que la question intéresse plutôt la matière des dispositions d'application immédiate.

(ii) L'action directe du droit belge constitue-t-elle une loi de police ?

68. La qualification de l'action directe introduite par l'article 1798 C. Civ. comme loi d'application immédiate pourrait fournir un autre correctif, ou échappatoire, au rattachement de l'action directe à la loi du contrat de sous-traitance ou à celle du contrat d'entreprise principale.

On sait que les tribunaux sont tenus d'appliquer les lois de police de leur propre droit, sans tenir compte du résultat auquel aboutit la règle de rattachement. En matière contractuelle, cette obligation a été consacrée par l'article 7(2) de la Convention de Rome précitée. Le premier paragraphe de cette disposition permet même de donner effet aux dispositions impératives d'une autre juridiction que la juridiction saisie avec laquelle la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat.

La difficulté traditionnelle en matière de loi de police consiste à identifier les dispositions dont on peut présumer que le législateur a entendu imposer l'application directe et nécessaire même dans les situations présentant un élément d'extranéité. La question se pose avec acuité pour l'action directe, puisque le législateur ne s'est pas prononcé sur le champ d'application qu'il entendait donner à l'article 1798 dans la sphère internationale.

Pour l'heure, la doctrine et la jurisprudence belges sont restées muettes sur la question.

En France, par contre, les auteurs rejettent la qualification de l'action directe comme loi de police.¹⁹⁴

Il faut toutefois retenir que l'introduction d'une loi d'application nécessaire vise notamment à protéger au mieux la partie la plus faible à une opération.¹⁹⁵ Sachant que le législateur a par le biais de l'action directe justement voulu assurer la protection d'une catégorie de contractants jugés moins bien armés que d'autres, les sous-traitants, l'on ne saurait exclure que nos Cours et Tribunaux confèrent un jour la qualification de loi de police à l'action directe du sous-traitant. Dans la mesure où le sous-traitant n'intervient évidemment pas dans le choix du droit applicable à l'entreprise principale, cette tentation pourrait à notre sens être d'autant plus grande si l'on admet que l'action directe du sous-traitant est attachée à la *lex contractus* de l'entreprise principale.

¹⁹⁴ J.-G. BETTO, *loc. cit.*, 418-419; P. LAGARDE, *loc. cit.*, 198.

¹⁹⁵ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, 2^e éd. 1993, Bruxelles, Larcier, n°1280, p. 515-516; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *o.c.*, n° 367, p. 183.

Si l'action directe prévue par le droit belge devait être élevée au rang de règle d'application immédiate, encore faudrait-il préciser son champ d'application territorial. Il nous paraît que l'on ne saurait étendre celui-ci au-delà des prestations effectuées sur le territoire belge. En d'autres termes, la loi de police ne pourra être invoquée que pour autant que le sous-traitant exécute ses prestations sur le territoire belge. Une application plus étendue nuirait par trop à l'intégrité du raisonnement conflictualiste qui doit rester la base dans cette matière.

* *
* *