

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'article 1798 du Code civil

HENROTTE, Laurent-Olivier; Cruquenaire, Alexandre

Published in:
Droit de la construction

Publication date:
2011

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

HENROTTE, L-O & Cruquenaire, A 2011, L'article 1798 du Code civil: une action directe aux voies détournées. dans *Droit de la construction*. vol. 127, Formation Permanente CUP, vol. 127, Anthemis, Liège, pp. 121-160.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

4

L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées

Laurent-Olivier HENROTTE

avocat

assistant à l'U.Lg.

Alexandre CRUQUENAIRE

avocat

maître de conférences aux F.U.N.D.P. et chargé de cours invité à l'U.C.L.

SOMMAIRE

Introduction	123
SECTION 1	
Un rappel préalable : les éléments caractéristiques du mécanisme de l'action directe	125
SECTION 2	
Le champ d'application de l'action directe de l'article 1798 du Code civil	126
SECTION 3	
Les créances susceptibles d'être invoquées (les créances-causes)	130
SECTION 4	
Les créances constituant l'assiette de l'action directe (les créances-objets)	133

SECTION 5	
Modalités d'exercice de l'action directe	135
SECTION 6	
Les effets de l'action directe	138
SECTION 7	
Les moyens de défense du maître de l'ouvrage contre l'action directe	139
SECTION 8	
L'action directe et les situations de concours	141
SECTION 9	
Les clauses dérogatoires à l'article 1798 du Code civil	145
SECTION 10	
L'action directe dans un contexte européen	147
SECTION 11	
Quelles perspectives pour le mécanisme de l'action directe ?	154

Introduction

1. Le principe de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage est inscrit à l'article 1798 du Code civil qui dispose 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 ¹.

Suite à la modification de cet article par la loi du 19 février 1990, l'action directe s'est ouverte au bénéfice des sous-traitants ². À l'occasion d'une question préjudicielle posée par la cour d'appel de Bruxelles, la Cour constitutionnelle a rappelé l'objectif poursuivi par le législateur :

« Il résulte tant du titre que des travaux préparatoires de la loi du 19 février 1990 "complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants" que l'action directe prévue par l'article 1798 du Code civil a pour objectif de protéger le sous-traitant parce que le législateur a considéré qu'il méritait une protection particulière en tant que partie considérée comme la plus faible :

"Le sous-traitant se trouve, en effet, dans une position économique qui le rend extrêmement dépendant de l'entrepreneur général, une position qui est d'ailleurs comparable à celle qui fait l'objet de dispositions impératives visant à protéger la partie la plus faible dans le cadre de la législation du travail" (*Doc. parl.*, Chambre, 1981-1982, n° 294/3, p. 6).

Un tel objectif visait, conformément à la déclaration gouvernementale, à restaurer un climat de confiance dans le secteur de la construction et à créer des conditions pour la relance de ce secteur (*ibidem*, p. 2). La même

1. Article 1798 du Code civil tel que modifié par la loi du 19 février 1990, parue au *Moniteur belge* du 23 mars 1990.

2. Avant cette modification, l'article 1798 du Code civil n'était ouvert qu'au bénéfice des ouvriers. Pour ceux-ci, aujourd'hui comme hier, le texte a quasiment perdu toute utilité, d'autres dispositions légales offrant une meilleure protection. Pour un commentaire de l'article 1798 du Code civil dans son libellé antérieur à la loi du 19 février 1990, voy. : H. DE PAGE, *Traité*, t. IV, n° 915 ; L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », obs. sous Liège, 21 février 1964, *R.C.J.B.*, 1964, p. 34.

loi instaure également au bénéficiaire du sous-traitant un privilège spécial sur meuble »³.

2. L'article 1798 du Code civil, tel que modifié par la loi du 19 février 1990, a suscité et suscite encore de nombreuses controverses.

Il nous est apparu opportun de faire le point sur la nature, les caractéristiques et les sources de l'action directe, dans la mesure où ces questions sont susceptibles d'avoir une incidence sur les conditions de mise en œuvre de l'action directe que nous examinerons par ailleurs. Notre propos sera structuré d'une manière classique, abordant successivement : le champ d'application du mécanisme (section 2) ; les créances susceptibles d'être invoquées par le sous-traitant (section 3) ; les créances constituant l'assiette de l'action directe (section 4) ; les modalités d'exercice de l'action directe (section 5) ; les effets de l'action directe (section 6) ; les moyens de défense que le maître de l'ouvrage peut opposer à l'action directe (section 7), les situations de concours (section 8) et, enfin, les clauses dérogatoires (section 9). Les situations de sous-traitance internationale étant relativement fréquentes, nous aborderons en outre les principales questions de droit international privé (section 10).

Compte tenu des évolutions récentes de la jurisprudence en la matière, nous tenterons, en guise de conclusions, d'esquisser les perspectives d'évolution du mécanisme particulier de l'action directe (section 11).

Avant tout, nous allons rappeler les principaux éléments caractéristiques d'une action directe, afin de la mettre en perspective (section 1).

SECTION 1

Un rappel préalable : les éléments caractéristiques du mécanisme de l'action directe

3. D'une manière générale, l'action directe peut être définie comme l'action permettant « à son titulaire d'exercer à son profit une action appartenant à son débiteur et trouvant sa source dans un contrat conclu entre ce débiteur et un tiers, sous-débiteur, indépendamment de toute cession de droit »⁴.

L'action directe donne donc naissance à des relations juridiques entre trois personnes et constitue, selon la doctrine traditionnelle, une exception au principe de l'effet relatif des contrats énoncé par l'article 1165 du Code civil, dans la mesure où son titulaire peut se prévaloir d'une créance issue d'un contrat auquel il n'est pas partie⁵. En ce sens, l'action est qualifiée de « directe », car elle simplifie les procédures en autorisant le recours du créancier directement contre le débiteur du débiteur et en évitant donc deux recours successifs.

Une autre caractéristique généralement reconnue à l'action directe est qu'elle accorde un effet de préférence à son titulaire⁶. Ce dernier échappe au concours avec les autres créanciers de son débiteur relativement aux sommes qu'il percevra du débiteur de ce dernier, car « le bénéficiaire de son action ne transite pas par le patrimoine du débiteur principal ; il échoit exclusivement à son titulaire, sans être la proie des autres créanciers du débiteur intermédiaire »⁷.

Enfin, on considère que, compte tenu du caractère dérogatoire au droit commun des deux caractéristiques précitées, l'action directe doit nécessairement trouver sa source dans une disposition légale⁸. Pour le même motif, la disposition légale qui institue l'action directe ne peut recevoir ni interprétation extensive, ni interprétation analogique.

3. C. const., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 184 et s., obs. E. MONTERO, « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », pp. 186 et s.

4. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I^{er}, *Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 688. La même définition a été retenue par la Cour constitutionnelle dans son arrêt précité du 28 juin 2006 (voir note précédente).

5. R. DE BRUEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », in *Droit de la construction*, Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, 2006, p. 150 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 686 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 748.

6. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 689 ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 748 ; R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, *op. cit.*, p. 150 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Liège, CUP, vol. 63, 2003, p. 75.

7. P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 745 et 761.

8. Voyez les références citées par P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 692 ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 748.

Comme nous le verrons dans la suite de notre étude, s'il y a un consensus relativement large sur ces éléments caractéristiques d'une action directe, on peut toutefois identifier dans la jurisprudence récente plusieurs décisions qui les remettent en cause directement ou indirectement.

SECTION 2

Le champ d'application de l'action directe de l'article 1798 du Code civil

A. La notion de sous-traitant

4. La première notion déterminant le champ d'application du mécanisme est celle de « sous-traitant », qui n'a pas été définie par le législateur.

Pour se prévaloir de la qualité de sous-traitant au sens de l'article 1798 du Code civil, il faut mais il suffit que l'on se voie confier en tout ou en partie l'exécution du contrat d'entreprise conclu avec le maître de l'ouvrage⁹.

B. L'application à tout contrat de services - pas de limitation au secteur de la construction immobilière

5. Selon une doctrine et une jurisprudence dominantes, la notion de sous-traitant n'est pas limitée au secteur de la construction immobilière et concerne tout contrat de prestation de services¹⁰.

Dans un arrêt du 6 décembre 2006, la cour d'appel de Bruxelles décide le contraire, en s'appuyant sur la version néerlandaise du texte de loi¹¹. Quelques auteurs approuvent cette solution¹². Cependant, il convient, selon nous, de distinguer les deux objets de la loi du 19 février 1990 : le privilège et l'action directe. Tandis que le privilège est expressément réservé aux sous-traitants du secteur de la construction immobilière, le législateur n'a pas posé

9. Bruxelles, 17 septembre 1999, R.R.D., 2000, p. 41, obs. P. WÉRY.

10. B. KOHL, « L'action directe des sous-traitants est-elle limitée au secteur de la construction immobilière ? », *J.L.M.B.*, 2008, p. 1475. Dans le même sens, voy. : J. CAEYMAEX, « Les créances des sous-traitants », in *Le point sur le droit des sûretés*, Liège, CUP, 2000, vol. 41, p. 267 ; C. JASSOGNE, « Action directe et privilège du sous-traitant », R.R.D., 1991, p. 123 ; B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Droit des obligations et sous-traitance », in *La sous-traitance*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 64.

11. Bruxelles, 6 décembre 2006, *Entr. et dr.*, 2007, p. 257, note B. VAN LIERDE.

12. G. BAERT et V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, cités par B. KOHL, « L'action directe des sous-traitants est-elle limitée au secteur de la construction immobilière ? », *op. cit.*, p. 1475, note 2.

une telle limite concernant les bénéficiaires de l'action directe contre le maître de l'ouvrage¹³.

Il nous semble donc logique de ne pas cantonner l'action directe fondée sur l'article 1798 du Code civil au seul bénéfice du sous-traitant appartenant au secteur de la construction.

C. La sous-traitance en cascade : discrimination

6. Le champ d'application *ratione personae* de l'action directe peut poser problème lorsqu'il y a une cascade de sous-traitance dans l'exécution d'un contrat. Dans ce cas, la question suivante se pose : est-ce que le sous-traitant de deuxième degré (voire au-delà) peut invoquer le bénéfice de l'article 1798 du Code civil ?

En ce qui concerne le sous-traitant de deuxième degré (le sous-traitant du sous-traitant), l'alinéa 2 de l'article 1798 règle expressément la question en énonçant que « le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier ». Il peut donc indiscutablement invoquer l'article 1798 à l'encontre de l'entrepreneur principal¹⁴.

Plus délicate est l'extension de l'action directe au bénéfice des sous-traitants de troisième degré et au-delà. La loi n'envisage pas la problématique et la question est controversée.

7. Certains estiment que l'intention du législateur a été d'envisager toute la chaîne de sous-traitance, peu importe le niveau où l'on se situe : le sous-traitant aurait donc toujours la possibilité d'invoquer l'article 1798 du Code civil vis-à-vis de l'intervenant se situant deux échelons au-dessus de lui dans la chaîne de sous-traitance¹⁵.

Le texte de l'article 1798 du Code civil ne vise pas expressément ces situations, mais les défenseurs de cette thèse s'appuient sur la *ratio legis* de la loi du 19 février 1990, qui était de limiter les répercussions d'une faillite de l'entrepreneur principal sur la situation économique de ses sous-traitants.

13. C. JASSOGNE, *op. cit.*, p. 125.

14. P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », in *La sous-traitance*, *J.L.M.B. Opus*, n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 50.

15. Voy. not. : Bruxelles, 8 novembre 1995, *D.A.O.R.*, 1995, n° 37, p. 89 ; R. DE BRIEY et O. JAU-NIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, pp. 151-154 ; J. P. RENARD et M. VAN DEN ABEELE, « Les garanties offertes au sous-traitant en cas de défaillance de l'entrepreneur général », *Entr. et dr.*, 1997, p. 148.

La référence à la volonté du législateur constitue cependant un argument à manier avec prudence. Les éléments du contexte socio-économique sont essentiels lorsque l'on tente de reconstituer *a posteriori* l'intention du législateur¹⁶. Il convient de les prendre en considération tout en veillant à assurer la cohérence de l'interprétation de la loi avec le système juridique dans lequel cette loi s'intègre¹⁷. Le recours aux travaux parlementaires doit dès lors se faire avec discernement, car la volonté du législateur dans l'élaboration d'une loi est souvent plurielle, les discussions parlementaires exprimant des points de vue contradictoires échangés pour aboutir à un texte final¹⁸.

En l'espèce, les travaux parlementaires sont assez laconiques, de sorte qu'il est difficile d'en dégager une volonté claire du législateur¹⁹. Ainsi, on peut lire dans les développements²⁰ de la proposition initiale de loi de 1982 – qui n'a pas été adoptée, mais a été reprise²¹ et élargie pour aboutir au texte adopté en 1990 – que :

« Très souvent, on a constaté qu'en matière de construction plus encore qu'ailleurs, la faillite d'un entrepreneur général entraîne des difficultés graves pour les sous-traitants. Ceux-ci peuvent, à leur tour, être déclarés en faillite, simplement en raison de la faillite de l'entrepreneur général. Alors qu'ils ont payé leur personnel et leurs fournisseurs, ils ne sont pas payés par l'entrepreneur général. En cas de faillite de ce dernier, ils voient son actif leur échapper en tout ou en partie au bénéfice des créanciers privilégiés. Les sous-traitants sont désarmés devant cette situation ; ils ne sont en effet que créanciers chirographaires »²².

16. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 64-65.

17. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'interprétation téléologique : un objectif clair et distinct ? », in *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Association internationale de méthodologie juridique, Travaux préparatoires du congrès des 10-12 septembre 1990, vol. 1, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 315.

18. X. DJON, *Méthodologie juridique. L'application de la norme*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 58.

19. En ce sens, voy. : O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 255 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *op. cit.*, p. 133.

20. Proposition de loi complétant l'article 20 de la loi hypothécaire en vue de protéger les sous-traitants, *Développements, Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1981-1982, n° 294/1, p. 1. Le Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. VERHAEGEN contient des considérations du même ordre (n° 294/3).

21. Projet de loi complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. ARTS, n° 855/2, p. 2 (se référant explicitement à la proposition de 1982, pour en souligner les mérites et les limites).

22. Proposition de loi visant la protection de la sous-traitance, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, Commentaire des articles, n° 321/1, p. 2.

Ces éléments ne nous paraissent pas de nature à établir une volonté claire du législateur. Dans ce débat sur le but de la loi, il nous semble intéressant de faire mention d'une autre proposition de loi, n'ayant pas abouti elle non plus, qui illustre la direction voulue par l'action législative de l'époque. Dans un texte déposé à la Chambre en 1988, il était ainsi prévu d'aller beaucoup plus loin dans la protection du sous-traitant, par la mise en place d'un mécanisme de paiement direct, obligatoire pour le maître de l'ouvrage, des factures du sous-traitant. Ce mécanisme aurait été limité au sous-traitant direct (premier degré), tandis que l'action directe (article 1798 du Code civil modifié) aurait été ouverte au sous-traitant du sous-traitant. Les dispositions proposées et leur commentaire ne visent pas explicitement le sous-traitant de troisième degré (et au-delà) et ne font pas référence à des chaînes de sous-traitance. Le commentaire des articles précise que par la référence expresse au sous-traitant de second degré pour le volet « action directe » de la proposition uniquement, on a entendu limiter le volet « paiement direct » à la seule relation impliquant le sous-traitant de premier degré. Cet élément montre bien que, dans l'esprit du législateur, le sous-traitant de second degré n'est bénéficiaire de ce type de mécanisme que dans la mesure où il est expressément visé par le texte.

Compte tenu du caractère incertain de la volonté du législateur, il nous semble plus raisonnable, au nom de la cohérence de l'action législative, d'interpréter d'une manière stricte la disposition de l'article 1798 du Code civil et d'en limiter dès lors les effets au sous-traitant de second degré. Il s'agit d'une disposition dérogatoire au droit commun et, faute de volonté indiscutable du législateur d'étendre sa portée au-delà, il convient d'en privilégier une interprétation stricte²³. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 28 juin 2006 va dans le même sens, puisque la Cour y relève que « (...) l'article 1798 du code civil ne peut être interprété de manière extensive dès lors qu'une action directe est une institution dérogatoire au droit commun »²⁴. Une majorité de la doctrine se prononce également en ce sens²⁵.

B. À l'instar de certains auteurs favorables à la thèse extensive du champ d'application de l'article 1798 du Code civil, on pourrait soutenir que cette

23. En ce sens : H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », in *Arch. phil. dr.*, n° 17, Paris, Sirey, 1972, pp. 19-20 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil – Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 438-439 ; P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, p. 343.

24. C. const., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184 (point B.5), obs. E. MONTERO.

25. En ce sens : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 50 (et les nombreuses références citées).

solution, prônant une interprétation stricte de la loi, est de nature à créer une discrimination entre sous-traitants, ce qui serait contraire à la Constitution ²⁶.

SECTION 3

Les créances susceptibles d'être invoquées (les créances-causes)

A. Les créances limitées au contrat de sous-traitance

9. On peut également s'interroger sur les créances du sous-traitant susceptibles d'être invoquées à l'égard de l'entrepreneur dans le cadre de son action directe (créances-causes). Deux approches sont possibles : soit on admet seulement les créances relatives au chantier ou projet pour lequel des tâches ont été confiées dans le cadre du contrat de sous-traitance, soit on considère que le sous-traitant peut se prévaloir de toute créance quelconque à l'égard de l'entrepreneur (même sans rapport avec le projet ayant fait l'objet de la sous-traitance).

La Cour de cassation a tranché la question par un arrêt du 21 décembre 2001 dont les termes sont on ne peut plus limpides :

« Attendu que le sous-traitant ne peut agir directement contre le maître de l'ouvrage qu'à raison des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié par le maître à l'entrepreneur principal et, ensuite, par celui-ci au sous-traitant » ²⁷.

Cet arrêt consacre une vision restrictive de la portée du mécanisme, car elle en écarte l'application pour les créances du sous-traitant (vis-à-vis de l'entrepreneur) qui se rapporteraient à d'autres travaux que ceux confiés initialement par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal ²⁸. Il faut donc que l'on se situe dans le cadre d'un même projet pour que la créance puisse être prise en compte pour l'action directe.

B. Les créances certaines, exigibles et, le cas échéant, liquides

10. En outre, les créances du sous-traitant contre l'entrepreneur principal ne peuvent être invoquées à l'encontre du maître de l'ouvrage, dans le

26. En ce sens, spéc. : R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, p. 153.

27. Cass., 21 décembre 2001, *D.A.O.R.*, 2002, p. 264, obs. P. WÉRY.

28. Pour une lecture critique de cet arrêt : R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, pp. 161-162.

cadre de l'action directe, que dans la mesure où elles sont certaines et exigibles, c'est-à-dire non contestables en leur principe et non soumises à un terme ou une condition (en d'autres termes, immédiatement exécutoires) ²⁹.

Un arrêt inédit du 19 mai 2009 de la cour d'appel de Liège en offre une illustration intéressante. Le litige portait sur une facture émise quelques semaines avant la faillite de l'entrepreneur, le sous-traitant exerçant son action directe dans la foulée, sans attendre l'échéance du délai contractuel de paiement. La cour rappelle opportunément que le caractère exigible de la créance du sous-traitant s'explique par le fait que l'action directe n'est « qu'une action qui permet de réclamer à un tiers ce qui peut être réclamé au débiteur originaire » ³⁰. La cour souligne ensuite que ce caractère exigible doit être apprécié au moment de l'exercice de l'action directe et en fonction des stipulations contractuelles applicables entre le sous-traitant et l'entrepreneur :

« (...) la facture litigieuse (...) adressée à [l'entrepreneur] devait nécessairement être dressée en conformité avec les stipulations contractuelles de l'entreprise venues entre [l'entrepreneur] et [le sous-traitant]. Or lesdites conditions générales (...) prévoient que les factures "seront payées à 60 jours fin de mois" (...), ce qui implique qu'en l'espèce la facture en cause n'était pas exigible avant le prononcé de la faillite de [l'entrepreneur]. Surabondamment, la cour fait encore remarquer que lesdites conditions générales prévoyaient que "les factures seraient établies en quatre exemplaires, et, pour être recevables, accompagnées d'un mesurage contradictoire signé par notre délégué". Or, (...) ledit mesurage n'a été effectué que postérieurement à la date d'établissement de la facture et s'élevait à un montant inférieur à celle-ci. Ainsi, ladite facture n'étant pas exigible vis-à-vis de l'entrepreneur principal avant le prononcé de la faillite, les conditions d'exercice de [l'action directe] n'étaient pas non plus remplies avant la faillite. (...) force est de constater qu'avant la faillite, l'action directe ne pouvait encore être exercée et qu'après la faillite, elle ne pouvait plus l'être (...) » ³¹.

29. R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, p. 160 ; F. GEORGES, « De quelques problèmes posés par l'action directe de l'article 1798 du Code civil », note sous Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 603 ; P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 51 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *op. cit.*, p. 136, n° 87 ; P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *R.R.D.*, 1997, p. 178.

30. Liège, 19 mai 2009, 2008/R.G./1060, inédit, p. 4.

31. Sur les liens entre faillite et action directe, voy. *infra*, section 8.

11. En ce qui concerne les qualités de la créance-cause, on distingue traditionnellement les exigences à remplir selon que l'action directe est exercée à des fins conservatoires (bloquer les sommes) ou d'exécution (afin d'obtenir du maître de l'ouvrage le paiement).

Lorsqu'elle est utilisée en tant que mesure d'exécution, c'est-à-dire dans le but de contraindre le maître de l'ouvrage à se libérer des sommes entre les mains du sous-traitant, l'action directe requiert³² que la créance-cause soit également liquide, c'est-à-dire fixée quant à son montant³³.

C. Les créances en principal et leurs accessoires

12. Une précision, importante dans la pratique, doit encore être apportée : la créance-cause est constituée du principal et de ses accessoires, intérêts et pénalités éventuelles³⁴. La Cour de cassation l'a clairement affirmé dans un arrêt du 22 mars 2002 :

« Attendu que cette disposition, en tant qu'elle se réfère à la créance du sous-traitant pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer, est conçue en termes généraux et vise tant le prix de ces travaux que les accessoires de ce prix ;

Qu'il résulte des travaux préparatoires que le législateur s'est donné pour objectif de protéger le sous-traitant contre les risques d'insolvabilité de l'entrepreneur avec lequel il a contracté ; que la proposition de loi initiale, qui prévoyait uniquement un privilège, fut complétée par une action directe contre le maître de l'ouvrage laquelle porte tant sur le principal que sur les accessoires de la créance ;

Attendu que le moyen, qui soutient que l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire ne couvre pas les intérêts de retard ni l'indemnité due en vertu d'une clause pénale, manque en droit »³⁵.

32. Outre les exigences de caractères certain et exigible.

33. En ce sens : Liège, 23 octobre 1998, *R.R.D.*, 2000, p. 43 ; R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, pp. 160 et 164 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 756-757.

34. P. WÉRY, *op. cit.*, p. 756.

35. Cass. (1^{re} ch.), 22 mars 2002, *J.T.*, 2002, p. 447.

SECTION 4

Les créances constituant l'assiette de l'action directe (les créances-objets)

A. Les créances limitées au contrat principal

13. Les commentateurs se sont demandés si, par son arrêt du 21 décembre 2001, la Cour de cassation entendait également limiter la portée de l'action directe quant aux créances qui en constituent l'assiette. En d'autres termes, seules les créances tenant à l'exécution du contrat liant l'entrepreneur principal au maître de l'ouvrage (et dans l'exécution duquel intervient le sous-traitant) seraient visées.

Les termes précités de cet arrêt nous semblent toutefois suffisamment généraux pour que l'on doive en déduire que seules les créances existant à l'encontre du maître de l'ouvrage en vertu du contrat d'entreprise principale, dans l'exécution duquel intervient le sous-traitant, pourraient faire l'objet de l'action directe dudit sous-traitant³⁶. Il convient donc que l'on vise une créance qui se situe dans la relation triangulaire maître de l'ouvrage-entrepreneur-sous-traitant³⁷.

Une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence estime pourtant que toute créance de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage devrait pouvoir être invoquée dans le cadre de l'action directe³⁸.

Il nous semble toutefois que la Cour de cassation a confirmé l'interprétation doctrinale minoritaire dans un arrêt du 29 octobre 2004. Saisie d'un pourvoi portant sur la licéité de la condition d'exigibilité de la créance-assiette au moment de l'exercice de l'action directe, la Cour a jugé utile de rappeler :

« Que l'action directe a pour objet toutes les créances relatives à l'ouvrage visé que l'entrepreneur puise dans son contrat avec le maître de l'ouvrage »³⁹.

36. En ce sens : P. WÉRY, « L'assiette de l'action directe du sous-traitant », *D.A.O.R.*, 2002, n° 63, pp. 264 et s. Approuvant cette lecture de l'arrêt : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 52 (se référant notamment aux conclusions de l'avocat général DE RIE-MAECKER précédant l'arrêt du 22 mars 2002 de la Cour de cassation) ; O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *op. cit.*, pp. 260-261. *Contra* : B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *op. cit.*, p. 137.

37. R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, p. 166.

38. En ce sens : B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *o.c.*, pp. 140-141. Pour la position majoritaire antérieure à l'arrêt de cassation évoqué, voy les nombreuses références citées par P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, *op. cit.*, p. 52.

39. Cass. (1^{re} ch.), 29 octobre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1697.

Avec d'autres, nous estimons que cet arrêt – en dépit du fait que la question juridique posée n'était pas celle de la nature de la créance-assiette – va dans le sens d'une limitation des créances susceptibles d'être visées par l'action directe à celles que l'entrepreneur a à l'égard du maître de l'ouvrage et qui sont relatives au chantier ou projet sur lequel le sous-traitant est intervenu ⁴⁰.

B. Les créances non nécessairement liquides et exigibles pour l'effet conservatoire de l'action directe

14. Le caractère liquide et exigible n'est pas requis en ce qui concerne la créance-assiette, du moins pour l'effet conservatoire de l'action directe. La Cour de cassation l'a souligné dans un arrêt précité du 29 octobre 2004 :

« Que l'action directe a pour objet toutes les créances relatives à l'ouvrage visé que l'entrepreneur puise dans son contrat avec le maître de l'ouvrage ;

Qu'il n'est pas requis à cet effet que la créance de l'entrepreneur soit déjà exigible à ce moment ; que le maître de l'ouvrage peut, en effet, soulever l'inexigibilité des créances à l'égard de l'entrepreneur ;

(...)

Attendu que (...) les juges d'appel ont décidé (...) qu'au moment (...) de la citation (...) aucune créance "exigible" de [l'entrepreneur] (...) n'existait à l'égard (...) [du maître de l'ouvrage] (...) et en ont déduit que, dès lors, la demanderesse (...) ne pouvait (...) invoquer l'article 1798 du Code civil (...) ; qu'ainsi, ils ont violé l'article 1798 du Code civil » ⁴¹.

Selon la Cour, le refus du bénéfice de l'action directe ne peut être motivé par l'absence de créance exigible au moment de l'exercice de l'action directe. La Cour précise cependant que l'inexigibilité des créances peut être soulevée à l'égard de l'entrepreneur.

Il ne faut pas y voir de contradiction. Simplement, la Cour entend rappeler que l'exigibilité de la créance assiette n'est pas requise dans la fonction conservatoire de l'action directe mais qu'elle l'est pour exécuter le « paiement » de la créance assiette ⁴².

40. En ce sens : O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *op. cit.*, p. 261.

41. Cass. (1^{re} ch.), 29 octobre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1697.

42. W. DERIJCKE, « La créance objet de l'action directe du sous-traitant », *R.D.C.*, 2005, p. 1019.

C. La créance et ses accessoires

15. Une fois que le maître de l'ouvrage (devenu débiteur) a été sommé de payer sa dette par le sous-traitant, les intérêts sont dus sur les sommes concernées ⁴³ et ces intérêts peuvent, le cas échéant, être capitalisés ⁴⁴.

En effet, c'est la nature de la dette qui détermine l'application des règles relatives aux intérêts moratoires (articles 1153 et suivants du Code civil). L'anatocisme s'applique aux seules dettes de somme, à l'exclusion des dettes de valeur dont le *quantum* doit être estimé par le juge au moment où il statue ⁴⁵, et peut donc s'appliquer en matière d'action directe, en dépit des controverses sur la nature contractuelle ou non de l'action directe ⁴⁶.

SECTION 5

Modalités d'exercice de l'action directe

16. L'absence de précision dans le texte de l'article 1798 du Code civil quant aux modalités d'exercice de l'action directe a longtemps suscité la controverse. Pour certains, une action judiciaire était nécessaire, tandis que d'autres estimaient qu'une simple manifestation de volonté était suffisante ⁴⁷. La question était d'une importance pratique considérable, car le mécanisme est souvent utilisé dans des périodes proches de faillites.

17. Logiquement, la Cour de cassation a été amenée à trancher la question dans le cadre d'un litige dans lequel le sous-traitant avait manifesté sa volonté d'exercer l'action directe avant la faillite mais n'avait introduit de procédure judiciaire que postérieurement à cette faillite.

43. Bruxelles, 17 septembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 41, obs. P. WÉRY. Voy. aussi : P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant », *R.R.D.*, 2000, p. 51.

44. En ce sens : M.-A. et Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise, Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Collection des Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 271, n° 335 ; P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 57.

45. Cass. (1^{re} ch.), 6 janvier 2006, *J.T.*, 2007, p. 462 (voyez également les conclusions de l'avocat général).

46. En ce sens : C. ALTER, « L'anatocisme », *J.T.*, 2007, p. 460, n° 5 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) : les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, pp. 125-126, n° 214.

47. À ce propos, voy. : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 55. Sur les hésitations de la jurisprudence à cet égard, voy. également : F. T'KINT et W. DERIJCKE, « Overzicht van rechtspraak (1990-2004). Het voorrecht en de rechtstreekse rechtsoverdracht van de onderaannemer tegen de bouwheer », *R.D.C.*, 2004, pp. 860-861.

En l'espèce, le sous-traitant avait envoyé un courrier recommandé au maître de l'ouvrage (visant spécialement l'article 1798 du Code civil) avant la faillite de l'entrepreneur mais n'avait lancé citation contre le maître de l'ouvrage que postérieurement à cette faillite.

Dans un arrêt du 25 mars 2005, la Cour décide :

« Que l'exercice de cette action directe n'est soumis à aucune condition de forme ;

Attendu que les juges d'appel décident que "une lettre recommandée ne suffit pas à faire naître l'action directe de l'article 1798 du code civil" et décident sur cette base que "dans les circonstances données, l'action de la demanderesse doit être déclarée non fondée" ;

Qu'en décidant cela, l'article 1798 du code civil est violé »⁴⁸.

18. La Cour de cassation a réaffirmé sa position récemment, à l'occasion d'un pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel d'Anvers, qui avait refusé de reconnaître l'exercice d'une action directe par l'envoi d'un courrier de mise en demeure adressé par le conseil du sous-traitant.

Dans un arrêt du 10 juin 2011, la Cour de cassation censure la décision de la cour d'appel pour les motifs suivants :

« 2. L'exercice de cette action directe n'est soumis à aucune exigence de forme ;

3. Le juge d'appel a décidé que l'action directe exige une demande formulée dans une citation ou un acte de comparution volontaire et a refusé, pour ce motif, de considérer que l'action directe avait été exercée par le courrier du conseil de la demanderesse du 6 décembre 1996 par lequel ce dernier demandait paiement au second défendeur.

4. En jugeant ainsi, le juge d'appel a violé l'article 1798, alinéa 1^{er}, du code civil »⁴⁹.

Il est important de préciser que l'arrêt attaqué avait été rendu par la cour d'appel d'Anvers le 25 novembre 2004, soit antérieurement à l'arrêt de principe de la Cour de cassation que nous avons évoqué ci-avant.

Cette confirmation de la jurisprudence de la Cour ne doit donc pas être lue comme la manifestation d'une volonté de la Cour d'étouffer une résistance des juges du fond par rapport à la position de principe qu'elle avait adoptée antérieurement.

48. Cass. (1^{re} ch.), 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1040.

49. Cass. (1^{re} ch.), 10 juin 2011, C.10.0465.N, inéd. (traduction libre des auteurs).

19. Comme le souligne le Professeur Wéry, l'efficacité du mécanisme de l'action directe s'accommode mal d'exigences de type formaliste, de sorte que la volonté du législateur d'imposer de telles conditions doit être certaine⁵⁰. La solution retenue par la Cour de cassation est donc logique et cohérente avec la volonté du législateur⁵¹.

20. Une simple manifestation de volonté du sous-traitant est donc suffisante pour l'exercice de l'action directe, pour autant que le sous-traitant se prévale d'une manière non-équivoque de son droit⁵². Il convient en outre, selon la Cour de cassation, que cette manifestation de volonté ait été portée à la connaissance du maître de l'ouvrage ou, à tout le moins, que ce dernier ait raisonnablement pu en prendre connaissance⁵³.

D'un point de vue pratique, cela signifie que, même en cas de judiciarisation du litige, l'instant clé n'est pas l'introduction de la procédure en justice mais le moment où le sous-traitant a porté à la connaissance du maître de l'ouvrage sa volonté d'exercer le droit reconnu par l'article 1798 du Code civil⁵⁴.

À partir de ce moment, le maître de l'ouvrage devra se libérer directement auprès du sous-traitant et devra, le cas échéant, supporter les éventuels intérêts de retard⁵⁵. Il ne pourra, par contre, plus se libérer valablement auprès de l'entrepreneur.

50. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., pp. 750 et 755.

51. Pour une critique de la position retenue dans l'arrêt (sur la base du fait que l'article 1798 du Code civil vise *in fine* le « moment où leur action est intentée », ce qui ne pourrait, aux yeux de ces auteurs, que renvoyer à une action judiciaire), voy. cependant : J. P. RENARD, « Heurs et malheurs de l'action directe », *Entr. et dr.*, 2005, p. 252. Sur les autres arguments contraires, voy. : O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », op. cit., p. 256.

52. P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., p. 750. Antérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation, voy. : P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », op. cit., pp. 174-176.

53. Cass. (1^{re} ch.), 18 mars 2010, R.G. n° C.09.0136.N, inéd.

54. O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », op. cit., p. 257.

55. P. HENRY, « Action directe du sous-traitant : deux nouvelles précisions importantes », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1042.

SECTION 6

Les effets de l'action directe

21. Comme nous l'avons déjà souligné, il convient de bien distinguer deux effets à l'action directe de l'article 1798 du Code civil : l'effet conservatoire et l'effet d'exécution.

L'action directe a tout d'abord pour effet de rendre indisponibles les créances de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage. Cela a pour conséquence que le maître de l'ouvrage ne peut plus payer valablement l'entrepreneur.

Ensuite, l'action directe implique qu'une fois la créance devenue certaine, liquide et exigible, l'exécution ne peut se faire valablement qu'entre les mains du sous-traitant, à concurrence des sommes qui lui sont dues (montant en principal et accessoires).

22. L'effet conservatoire est immédiat, dès que le maître de l'ouvrage a connaissance de la volonté du sous-traitant d'exercer son droit. La Cour de cassation l'a indiqué dans un arrêt du 18 mars 2010 :

« L'exercice de l'action directe a pour conséquence, tout comme une saisie-arrêt, que l'action exercée par l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage devient indisponible.

Cette indisponibilité ne naît que lorsque le maître de l'ouvrage a eu connaissance de l'exercice de l'action directe ou qu'il a pu raisonnablement en avoir connaissance »⁵⁶.

La Cour de cassation applique ici une logique identique à celle de la théorie de la réception en matière de formation du contrat entre absents, l'élément décisif étant la possibilité de prendre connaissance de la volonté de l'autre partie et non la prise de connaissance effective⁵⁷.

La solution est pragmatique et doit être approuvée. Rappelons que l'écrit n'est pas formellement requis, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation écartant toute exigence de forme pour l'exercice de l'action directe⁵⁸. Il n'en demeure pas moins que c'est au sous-traitant d'apporter la preuve que sa manifestation de volonté d'exercer l'action directe a été portée à la connaissance du maître de l'ouvrage, ce qui, *de facto*, l'oblige à procéder par un écrit, afin de prévenir toute contestation quant à la réalité, au moment et/ou au caractère non équivoque de cette manifestation de volonté.

56. Cass. (1^{re} ch.), 18 mars 2010, R.G. n° C.09.0136.N, inéd.

57. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., pp. 153 et 154.

58. Voy. la jurisprudence évoquée ci-avant : Cass. (1^{re} ch.), 10 juin 2011, C.10.0465.N, inéd. ; Cass. (1^{re} ch.), 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1040.

23. L'obligation de payer au sous-traitant dépend, quant à elle, du caractère exigible, liquide et certain de la créance. Cela n'est donc pas nécessairement immédiat.

SECTION 7

Les moyens de défense du maître de l'ouvrage contre l'action directe

A. Les exceptions tirées des deux rapports contractuels

24. Une jurisprudence et une doctrine dominantes considèrent que le maître de l'ouvrage peut opposer à l'action directe du sous-traitant toutes les exceptions que l'entrepreneur aurait pu y opposer ainsi que les exceptions qui sont propres à la créance-assiette (exceptions tirées de la relation maître de l'ouvrage – entrepreneur dans ce dernier cas)⁵⁹.

25. Il est logique que le maître de l'ouvrage puisse opposer à l'action du sous-traitant toutes les exceptions que l'entrepreneur aurait pu opposer à la demande de paiement du sous-traitant. L'action directe n'est en effet ouverte au sous-traitant qu'en fonction de sa créance envers le débiteur intermédiaire (l'entrepreneur) et dans ses limites⁶⁰.

26. L'opposabilité des exceptions propres à la relation entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur est également logique. Le sous-traitant, par le jeu de l'action directe, exerce les droits de l'entrepreneur principal à la place de celui-ci et à son profit. Dès lors, il ne peut y avoir d'obligation pour le maître de l'ouvrage de payer le sous-traitant lorsque des exceptions tirées de l'exécution du contrat entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage permettent de contester les créances de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage⁶¹. Raisonner autrement reviendrait à permettre au sous-traitant d'exercer des

59. P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », op. cit., p. 180.

60. J.-P. BRULS, « La loi du 19 février 1990 complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du code civil en vue de protéger les sous-traitants, une réforme d'efficacité limitée », *Act. dr.*, 1991, p. 777. Dans le même sens, voy. not. : Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 595 ; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise : chronique de jurisprudence (1990-2000)*, op. cit., p. 267, n° 331 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », op. cit., p. 147.

61. En ce sens : O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », op. cit., p. 262 ; P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », op. cit., p. 53 ; P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant », op. cit., p. 53.

droits que l'entrepreneur lui-même n'aurait pu exercer, ce qui serait absurde et contraire à la logique du mécanisme de l'action directe.

B. Les exceptions antérieures à l'exercice de l'action directe – Le sort particulier de l'exception d'inexécution

27. Les exceptions précitées ne seront cependant opposables au sous-traitant, dans le cadre de son action directe, que dans la mesure où elles ont une cause antérieure à l'exercice de l'action directe⁶².

Les modalités d'exercice de l'action directe prennent ici toute leur importance, car elles vont déterminer le moment où se cristallisera la situation du maître de l'ouvrage.

Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation qui écarte toute exigence de forme, on doit conclure que l'appréciation de l'antériorité des exceptions doit se faire au moment où, pour la première fois, le sous-traitant a porté à la connaissance du maître de l'ouvrage sa volonté d'exercer son droit⁶³.

Ce n'est donc pas le moment d'introduction d'une procédure judiciaire qui déterminera l'appréciation des antériorités opposables au sous-traitant.

28. Une précision essentielle a été apportée par la Cour de cassation sur ce point. Dans un arrêt du 25 mars 2005, elle énonce ainsi :

« Attendu que le maître de l'ouvrage contre lequel une action directe est introduite par le sous-traitant ne peut opposer à cette action que les exceptions dont il dispose au moment de l'introduction de l'action directe ; Que, toutefois, l'exception d'inexécution d'une obligation qui est fondée sur l'interdépendance des obligations réciproques des parties, est inhérente à la nature du contrat synallagmatique, en sorte qu'elle préexiste à l'inexécution elle-même et à l'exercice de l'action directe ; Attendu que l'arrêt décide que la demanderesse ne peut faire valoir l'exception d'inexécution de son obligation qu'elle a invoquée contre son entrepreneur, à l'égard de la défenderesse par le motif que "l'exception d'inexécution (...) n'a été opposée qu'après la faillite et est postérieure à l'exercice de l'action directe" ;

Que, dès lors, l'arrêt viole les articles 1798 du Code civil, ainsi que le principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution en matière de contrats synallagmatiques ainsi que les articles 1102, 1134 et 1184 du Code civil »⁶⁴.

62. B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », *op. cit.*, p. 147.

63. P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant », *op. cit.*, p. 53.

64. Cass. (1^{re} ch.), 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1039, note P. HENRY.

En d'autres termes, le maître de l'ouvrage pourra toujours se prévaloir des fautes dans l'exécution du contrat d'entreprise, même s'il n'avait pas encore formulé de réclamation au moment de l'exercice de l'action directe, car l'exception d'inexécution participe de l'essence du contrat synallagmatique, de sorte qu'elle est réputée exister dès la conclusion de celui-ci et dès avant l'inexécution dénoncée. Elle devra donc toujours être prise en compte, comme étant antérieure à l'exercice de l'action directe du sous-traitant.

SECTION 8

L'action directe et les situations de concours

A. Position de la question

29. L'action directe de l'article 1798 du Code civil offre-t-elle réellement un droit de préférence en situation de concours entre les créanciers ?

Il faut assurément répondre par l'affirmative lorsque l'action directe a été mise en œuvre par le sous-traitant avant la naissance du concours⁶⁵.

Par contre, qu'en est-il lorsque l'action directe est exercée après la naissance de la situation de concours, c'est-à-dire lorsque le bénéficiaire de l'article 1798 du Code civil est le plus utile au sous-traitant⁶⁶ ?

B. La faillite et la liquidation

30. Contrairement à l'opinion majoritaire⁶⁷, la Cour de cassation a refusé de reconnaître un droit de préférence tiré de l'article 1798 du Code

65. R. DE BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », *op. cit.*, p. 169 et les références citées par les auteurs, not. : E. DIRIX, « Het voorrecht en de direkte vordering van de onderaannemer », *R.W.*, 1989-1990, p. 1235 ; P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 183. Voyez encore : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 57.

66. J. P. RENARD, « Heurs et malheurs de l'action directe », note sous Cass., 27 mai 2004 et 25 mars 2005, *Entr. et dr.*, 2005, pp. 242 et s.

67. X. DIEUX et J. WINDEY, « Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers, à la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et ses premières applications », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 337 et s. ; E. DIRIX, « Het voorrecht en de direkte vordering van de onderaannemer », *op. cit.*, pp. 1232 et s. ; F. GEORGES, « Le privilège et l'action directe du sous-traitant », *Droit des faillites et du concordat*, CUP, 1996, pp. 279 et s. ; C. JASSOGNE, « Action directe et privilège du sous-traitant », *op. cit.*, pp. 124 et s. ; L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 34, n° 6 ; P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 169.

civil, tant en matière de faillite qu'en matière de liquidation, dans deux arrêts prononcés le 23 septembre 2004 :

- « La faillite a pour effet de rendre indisponible la créance de l'entrepreneur failli sur le maître de l'ouvrage, de sorte qu'à partir du jugement déclaratif, l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil ne peut plus être intentée » ;
- « Dès la mise en liquidation d'une société, les droits réciproques des créanciers dont la créance est née avant la mise en liquidation sont déterminés de manière irrévocable. Ce principe fait obstacle, dès ce moment, à l'intentement par un sous-traitant de l'action directe visée par l'article 1798 du Code civil »⁶⁸.

À l'instar d'une doctrine autorisée, nous pensons que le fait que deux arrêts aient été prononcés simultanément, d'une part, en matière de liquidation et, d'autre part, en matière de faillite, devrait permettre de déduire que la Cour de cassation entend appliquer cette solution à toutes les situations de concours⁶⁹.

C. La réorganisation judiciaire

31. On observera toutefois que la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, qui abroge le concordat en le remplaçant par la réorganisation judiciaire, prévoit en son article 33, alinéa 3, que le sursis, tel que défini à l'article 2, ne fait pas obstacle à l'action directe de l'article 1798 du Code civil. La Cour de cassation et le législateur ne seraient donc plus sur la même longueur d'ondes...

D. La saisie-arrêt

32. Cette divergence entre les dispositions législatives récentes et la jurisprudence semblerait se confirmer suite à un arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2010 qui évoque incidemment la question de la saisie-arrêt.

La Cour de cassation semblerait suivre l'opinion minoritaire⁷⁰ selon laquelle la saisie-arrêt rend la créance indisponible en sorte qu'elle ne peut plus faire l'objet d'aucun paiement, y compris au profit du titulaire d'une

68. Cass., 23 septembre 2004, R.G.D.C., 2005, pp. 634 et s.

69. P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 59.

70. Voyez not. : E. DIRIX, « Het voorrecht en de direkte vordering van de onderaannemer », *op. cit.*, p. 1235 ; J. WINDEVY et T. HURNER, « L'action directe en cas de faillite », note sous Cass., 27 mai 2004, R.D.C., 2004, p. 908, n° 14.

action directe. Dans un arrêt prononcé le 18 mars 2010, la Cour de cassation⁷¹ a ainsi jugé :

« L'action directe ne peut plus être introduite après la faillite de l'entrepreneur, dès lors que cette action ne peut être exercée que lorsque la créance de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage est encore disponible dans le patrimoine de l'entrepreneur.

L'exercice de l'action directe a pour conséquence, tout comme une saisie-arrêt, que l'action exercée par l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage devient indisponible.

Cette indisponibilité ne naît que lorsque le maître de l'ouvrage a eu connaissance de l'exercice de l'action directe ou qu'il a pu raisonnablement en avoir connaissance.

En vertu de l'article 16, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le failli, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens. Cette indisponibilité prend cours à compter de l'heure zéro du jour du jugement déclaratif de la faillite.

(...) En décidant que l'action directe de la seconde défenderesse a été exercée en temps utile, c'est-à-dire avant la faillite de la société privée à responsabilité limitée V., dès lors que pour la détermination du moment de l'exercice de l'action il y a lieu de tenir compte uniquement du moment où cette action est exercée sans devoir tenir compte du moment où le maître de l'ouvrage en prend connaissance, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision.

Le moyen est fondé ».

Si telle est la position de la Cour de cassation, le droit même d'exercer une action directe après une saisie-arrêt serait remis en cause.

Cette position serait quelque peu surprenante, car, comme le soulignent plusieurs auteurs⁷², une saisie ne confère à celui qui la pratique aucun privilège et ne fait pas obstacle à l'exercice de leurs droits par d'autres créanciers, sauf à respecter les règles du concours de sorte que le titulaire de l'action directe peut exercer une action directe nonobstant la saisie. En effet, la saisie-arrêt n'implique jamais le transport de la créance saisie au profit du saisissant, de sorte que l'on ne peut l'assimiler à une cession de créance.

71. Cass., 18 mars 2010, R.G. n° C.09.0136.N, www.juridat.be.

72. En ce sens : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *op. cit.*, p. 59 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1^{er}, Sources des obligations, *op. cit.*, p. 725.

E. Conclusion en ce qui concerne le droit de préférence

33. Compte tenu de cette évolution jurisprudentielle, peut-on encore considérer que la reconnaissance d'un droit de préférence constitue une caractéristique du mécanisme de l'action directe ?

La réponse nous paraît devoir être négative, car la Cour de cassation refuse un droit de préférence au sous-traitant lorsqu'il exerce une action directe après faillite ou mise en liquidation de son débiteur. Or, c'est spécialement en ces hypothèses de concours que l'action directe aurait présenté une réelle utilité.

La Cour de cassation ne reconnaît pas davantage de droit de préférence à l'action directe lorsque celle-ci est exercée après une saisie-arrêt et ce, sur la base d'un raisonnement fort discutable.

Relevons toutefois que les travaux préparatoires de la loi du 19 février 1990 avaient fait référence à la doctrine de Kluyskens selon laquelle « si d'autres créanciers de l'entrepreneur ont fait une saisie arrêt sur la créance de celui-ci à l'égard du propriétaire, les ouvriers ne pourront plus être payés directement ; mais dans ce cas, ces derniers pourraient naturellement, en leur qualité de créanciers de l'entrepreneur, faire à leur tour une saisie-arrêt sur la créance de manière à se placer en concours avec les premiers saisissants (*Begin-selen van Burgelijk recht, vierde deel – De contracten*, n° 369, édition de 1952) »⁷³.

Le 31 janvier 2009, le législateur a donc, quant à lui, pris une direction radicalement opposée en matière de réorganisation judiciaire. La solution législative nous paraît justifiée mais s'inscrit en totale contradiction des solutions jurisprudentielles relatives à l'exercice de l'action directe en situation de concours.

Une intervention législative plus large serait souhaitable à cet égard, afin d'assurer une plus grande cohérence dans l'application du mécanisme de l'action directe.

73. Projet de loi complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. ARTS, n° 855/2, p. 4.

SECTION 9

Les clauses dérogatoires à l'article 1798 du Code civil

34. L'objectif du législateur de protéger le sous-traitant considéré comme *partie faible*⁷⁴ est confirmé par la Cour constitutionnelle, qui observe qu'il « résulte tant du titre que des travaux préparatoires de la loi du 19 février 1990 “complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du code civil en vue de protéger les sous-traitants” que l'action directe prévue par l'article 1798 du code civil a pour objectif de protéger le sous-traitant parce que le législateur a considéré qu'il méritait une protection particulière en tant que partie considérée comme la plus faible »⁷⁵.

35. Peut-on dès lors déroger à une législation de ce type ? La question renvoie à la distinction classique entre lois supplétives, lois impératives et lois d'ordre public⁷⁶.

La loi impérative présente trois caractéristiques majeures⁷⁷ : les contractants ne peuvent y déroger ; elle ne protège que des intérêts privés et n'est dès lors pas d'ordre public ; la dérogation n'entraîne que la nullité relative de la convention contraire (la renonciation ou la confirmation étant possible aux conditions du droit commun et, le cas échéant, aux conditions fixées par la loi concernée).

En l'espèce, la loi du 19 février 1990 vise, nous l'avons précisé, à renforcer la protection d'une partie considérée comme faible et doit donc être considérée comme impérative en faveur de ladite partie⁷⁸.

74. Voy. not. : Projet de loi complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. ARTS, n° 855/2, pp. 1-2 ; Proposition de loi complétant l'article 20 de la loi hypothécaire en vue de protéger les sous-traitants, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. VERHAEGEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1981-1982, n° 294/3, p. 1 (« les sous-traitants, qui sont particulièrement exposés aux effets de la crise économique, bénéficieraient [par la proposition de loi] d'une protection particulière »).

75. C. const., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 184-185 (point B.2).

76. Sur cette distinction, voy. spéc. : M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 65-67.

77. A. MEEÛS, « La notion de la loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass. (3^e ch.), 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, p. 510, n°13 (se référant à la jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis un arrêt du 6 décembre 1956).

78. En ce sens : A. MEEÛS, « La notion de la loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », *op. cit.*, pp. 505 et 514-516.

36. Compte tenu de cette nature impérative des dispositions de la loi ayant étendu le bénéfice de l'action directe au sous-traitant, les clauses contractuelles du contrat de sous-traitance par lesquelles les parties réduiraient (en tout ou en partie) la portée de cette action directe seront nulles.

37. Dans le cadre du contrat d'entreprise conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal, les clauses tendant à réduire la portée de l'action directe consacrée par l'article 1798 du Code civil ne pourront avoir aucun effet. Ces dispositions sont tout simplement inopposables au sous-traitant, en vertu du principe de la relativité des conventions⁷⁹.

38. Par contre, le caractère impératif jouant seulement en faveur du sous-traitant, rien n'empêche les parties d'étendre la portée de l'action directe au-delà de ce que permet la disposition de l'article 1798 du Code civil⁸⁰. À notre sens, cela supposerait toutefois un double montage contractuel.

D'une part, il conviendrait que le contrat de sous-traitance – conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant – comporte une acceptation expresse par l'entrepreneur des effets du mécanisme. L'extension de l'action directe a en effet potentiellement une incidence sur la possibilité pour l'entrepreneur de réclamer le paiement de ses créances vis-à-vis du maître de l'ouvrage.

D'autre part, il conviendrait que le contrat d'entreprise – conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur – comporte une forme de stipulation pour autrui en faveur du sous-traitant, dans la mesure où le maître de l'ouvrage accepterait, au-delà des hypothèses découlant d'une application de l'article 1798 du Code civil, d'être tenu de payer directement le sous-traitant lorsque celui-ci exercerait cette action directe conventionnelle.

79. En ce sens : L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », *op. cit.*, p. 42.

80. En faveur de cette faculté pour les parties contractantes, voy. not. : P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *o.c.*, pp. 54-55 ; E. MONTERO, « L'article 1798 du code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », *J.L.M.B.*, 2007, p. 189 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *o.c.*, p. 733 (citant comme exemple de stipulation pour autrui « la clause d'un contrat d'entreprise prévoyant, en faveur d'un fournisseur, un droit direct au paiement par le maître de l'ouvrage »).

SECTION 10

L'action directe dans un contexte européen

39. La coexistence de deux contrats – celui du maître de l'ouvrage avec l'entrepreneur principal et celui de l'entrepreneur principal avec le sous-traitant – suscite, une fois encore, un certain nombre de questions dans la mise en œuvre de l'action directe dans un contexte international. Quel est le tribunal compétent ? Quelle est la loi applicable ? Quel sort faut-il réserver aux clauses attributives de compétence ou relatives au droit applicable ? Nous examinons ci-après ces questions, limitées au cadre européen.

A. Le tribunal compétent

40. La matière est régie par le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement « Bruxelles I »)⁸¹.

1. Les clauses attributives de compétence

41. En cas d'exercice d'une action directe dans le contexte d'une relation internationale de sous-traitance, se pose naturellement la question de l'effectivité des clauses d'élection de for. Suivant l'article 23 du Règlement, si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, ont désigné un tribunal d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal est compétent. Ces conventions attributives de juridiction doivent être conclues par écrit ou sous une forme qui soit conforme aux habitudes établies entre les parties ou, dans le commerce international, sous une forme conforme à un usage dont les parties ont eu connaissance.

42. Dans le contexte de la sous-traitance, la difficulté réside, comme indiqué ci-avant, dans la coexistence de deux contrats. Si tous les contrats en présence élisent le 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 – l'ensemble du contentieux pourra être porté à la connaissance des tribunaux d'un même État membre. Pour favoriser une telle jonction, les clauses d'élection de for peuvent imposer à

81. Règl. (CE) n° 44/2001, du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, n° L012, du 16 janvier 2001.

toutes les parties concernées une obligation d'intervention et de garantie dans la première procédure engagée.

En pratique, toutefois, il est fréquent qu'un ou plusieurs des contrats en présence ne contiennent pas de clause d'élection de for ou que les différents contrats désignent des tribunaux différents.

À défaut de for commun, il faut alors rappeler l'autonomie juridique du contrat de sous-traitance par rapport aux relations contractuelles nouées entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. V. Van Houtte, R. Vermeersch et P. Wautelet⁸² relèvent à cet égard la jurisprudence de la Cour de justice qui, dans son arrêt *Tilly Russ* du 19 juin 1984⁸³, a consacré le principe de la relativité des clauses attributives de juridiction, privant celles-ci de tout effet vis-à-vis des tiers au contrat, sauf dans l'hypothèse de la succession par une partie dans les droits d'une autre⁸⁴.

Il s'impose dans ce cas de vérifier les règles de compétence ordinaire définies par le Règlement⁸⁵.

2. Les clauses attributives de compétence et les prorogations de compétences

43. La tentation existe, pour le sous-traitant, d'utiliser les compétences dérivées prévues par l'article 6 du Règlement de Bruxelles afin d'éviter le jeu de la clause de juridiction contenue dans le contrat de sous-traitance.

En effet, l'article 6 prévoit qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite :

- « 1) s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par 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 ;
- 2) s'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande en intervention, devant le tribunal saisi de la demande originaire, à moins qu'elle

n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé ».

La stratégie du sous-traitant pourrait être de citer le maître de l'ouvrage dans le for de celui-ci et de citer conjointement ou postérieurement l'entrepreneur principal en paiement devant le même juge sur la base de la compétence dérivée prévue par l'article 6 et ce, afin de contourner la clause de juridiction applicable entre lui-même et l'entrepreneur principal.

44. Ce procédé n'a néanmoins pas été accepté par la jurisprudence européenne qui consacre généralement la primauté de la clause d'élection de for sur les fors dérivés⁸⁶. Un récent arrêt du tribunal de commerce de Gand⁸⁷ a par ailleurs confirmé que la clause de juridiction couvrait également les appels en garantie sans qu'il soit nécessaire que la clause les vise expressément. Dans ce cas, à défaut de précision des parties, l'on se doit de considérer que celles-ci ont entendu donner la portée la plus large à leur accord.

La solution découle notamment de l'article 23 du Règlement de Bruxelles qui dispose que le tribunal élu par la clause de juridiction jouit d'une compétence exclusive⁸⁸, sauf dérogation des parties.

86. C.J.C.E., 14 décembre 1976 (*Galerías Segoura s.p.r.l.c. Société Rahim Bonakdarian*), 25/76, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1851 ; C.J.C.E., 17 janvier 1980 (*Siegfried Zelger. Sebastiano Salinitri*), 56/79, *Rec. C.J.C.E.*, p. 89 ; C.J.C.E., 19 juin 1984 (*Tilly Russ et Ernest Russ c. N.V. Haven- & Venoebedrijf Nova et N.V. GoeminneHout*), 71/93, *Rec. C.J.C.E.*, p. 2417 ; Liège (2^e ch.), 30 décembre 2004, inéd., R.G. 0203/02, cités par C. DE BOUYALSKI, « L'espace judiciaire européen en matière civile. Vérification de compétence, prorogation de compétence et incidents de litispendance et de connexité dans le Règlement de Bruxelles I », *Ann. dr. Louvain*, vol. 69, 2009/1, p. 44, n° 46.
87. Comm. Gand, 13 juin 2006, inéd., A.R. : 04/02100 cité par C. DE BOUYALSKI.
88. Ce caractère en principe exclusif de la compétence élue avait déjà été consacré sous l'empire de la Convention de Bruxelles. Dans l'affaire *Zelger*, la Cour de justice avait arrêté à ce propos que : « L'article 5, n° 1, inséré dans la section 2 de la convention intitulée "compétences spéciales" fonde une compétence dérogatoire à la règle de compétence générale posée à l'article 2 de la convention ; les dispositions de cet article 5 qui permettent d'attraire en matière contractuelle le défendeur domicilié sur le territoire d'un état contractant devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée, introduisent un critère de compétence, dont le choix dépend d'une option du demandeur et qui est justifié par l'existence d'un lien de rattachement direct entre la contestation et le tribunal appelé à en connaître. Par contre, l'article 17 inséré dans la section 6 de la convention intitulée "prorogation de compétence", qui prévoit la compétence exclusive du tribunal désigné par les parties selon les formes prescrites, écarte ainsi les règles de compétence tant générales – prévues à l'article 2 de la convention – que spéciales – prévues à l'article 5 – et fait abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné ». Voyez également à ce sujet : N. WATTE, 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, p. 167, n° 16.

82. V. VAN HOUTTE, R. VERMEERSCH et P. WAUTELET, *La sous-traitance internationale : questions choisies*, Commission Droit et vie des affaires, Faculté de droit de Liège, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 283.
83. C.J.C.E., 19 juin 1984 (*Tilly Russ et Ernest Russ c. N.V. Haven- & Venoebedrijf Nova et N.V. Goeminne Hout*), 71/93, *Rec. C.J.C.E.*, p. 2417.
84. Hypothèse que nous considérons, contrairement aux auteurs, non dénuée de tout fondement en l'espèce depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006 (voy. *infra*).
85. En ce compris l'article 29 du Règlement.

Les dispositions de l'article 6 du Règlement, qui visent notamment l'intervention en garantie, ne peuvent dès lors pas être utilisées dans le but de contourner une clause d'élection de for.

Dans un arrêt du 13 juillet 2006, la Cour de justice précise que l'article 6 ne peut davantage être mis en œuvre dans le seul but d'échapper à la compétence du tribunal du domicile de celui que l'on veut attirer :

« (...) il convient de rappeler que la règle de compétence spéciale énoncée à l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001 ne saurait être interprétée de telle sorte qu'elle puisse permettre à un requérant de former une demande dirigée contre plusieurs défendeurs à la seule fin de soustraire l'un de ceux-ci aux tribunaux de l'État membre où il est domicilié (voir, en ce qui concerne la convention de Bruxelles, arrêts du 27 septembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, *Rec.*, p. 5565, points 8 et 9, ainsi que *Réunion européenne e.a.*, précité, point 47). Cependant, il ne semble pas que tel soit le cas dans l'affaire au principal »⁸⁹.

3. Les clauses attributives de compétence et les cessions, subrogations ou chaînes de contrats

45. Comme nous l'avons souligné, le Règlement consacre la primauté de l'autonomie de la volonté. Conformément au principe de la relativité des conventions, il prive par ailleurs les clauses attributives de juridiction de tout effet vis-à-vis des tiers, sauf dans l'hypothèse de la succession d'une partie dans les droits d'une autre.

Toutefois, si les arrêts *Tilly Russ*⁹⁰ et *Coreck Maritime*⁹¹ confirment les principes précités d'autonomie et de relativité, ceux-ci reconnaissent l'opposabilité de la clause au tiers lorsque celui-ci succède aux droits et obligations du cédant ou du subrogé en vertu du droit national applicable.

Or, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006⁹² rendu en matière de contrat d'entreprise, une action directe de nature contractuelle (et non *sui generis* sur une base légale) fondée sur les droits et obligations du débiteur intermédiaire contre le sous-débiteur est possible dans certains cas (contrat

89. C.J.C.E., 13 juillet 2006 (*Reisch Montage AG c. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*), C-103/05, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-06827.

90. C.J.C.E., 19 juin 1984 (*Tilly Russ et Ernest Russ c. N.V. Haven- & Vervoerbedrijf Nova et N.V. Goeminne Hout*), 71/93, *Rec. C.J.C.E.*, p. 2417.

91. C.J.C.E., 9 novembre 2000 (*Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV e.a.*), C-387/98, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-09337.

92. Cass., 18 mai 2006, C050097N, www.juridat.be.

d'entreprise – contrat de vente) et, à tout le moins, envisageable dans les autres (contrat d'entreprise – contrat d'entreprise)⁹³.

Cette thèse pourrait néanmoins se heurter à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle l'action dirigée par une personne contre le contractant de son propre cocontractant n'est pas de nature contractuelle. Le principe fondateur a été dégagé par la Cour à l'occasion d'un arrêt *Handte*⁹⁴ : la notion de matière contractuelle, qui doit être interprétée d'une manière autonome, suppose l'existence d'un « engagement librement assumé d'une partie envers l'autre »⁹⁵. La Cour avait mis en œuvre ce principe en décidant, notamment, que la notion ne comprend pas le litige relatif à l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant, ni l'action en responsabilité précontractuelle. Dans l'arrêt *Frahuil* du 5 février 2004⁹⁶, la Cour a retenu la même solution à propos de l'action de la caution dirigée contre une partie qui n'est pas partie au contrat de cautionnement lorsque cette partie n'a pas autorisé la conclusion du contrat.

Toutefois, cette jurisprudence *Handte* et *Frahuil* de la Cour de justice concerne la détermination de la compétence ordinaire et non l'opposabilité d'une clause de juridiction qui est reconnue, dans l'arrêt *Tilly Russ*, en cas de cession de droit en vertu du droit national.

4. Les règles de compétence ordinaire

46. Malgré l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006, toutes les controverses au sujet de la nature de l'action directe ne sont certainement pas éteintes, loin s'en faut.

Dans l'hypothèse où le créancier ne peut se prévaloir d'une cession de droit ou en l'absence de clause d'attribution de compétence, il importe d'examiner les règles de compétence ordinaire.

Certes, le sous-traitant pourra assigner le maître de l'ouvrage devant les tribunaux du domicile de ce dernier en vertu de la règle générale prévue à l'article 2 du Règlement.

La question de la possibilité pour le sous-traitant d'invoquer les règles de compétence spéciales prévues à l'article 5 (5.1 ou 5.3) renvoie à la question

93. Voy. *infra*, section 11.

94. C.J.C.E., 17 juin 1992 (*Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*), C-26/91, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-3967.

95. N. WATTE, A. NUYTS et H. BOULARBAH, « Chronique de droit international privé européen », *J.T.-dr. eur.*, 2006, p. 297.

96. C.J.C.E., 5 février 2004 (*Frahuil S.A. c. Assitalia SpA*), C-265/02, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-1543.

de la qualification de l'action directe, dès lors que l'article 5.1 vise la matière contractuelle tandis que l'article 5.3 vise la matière délictuelle ou quasi délictuelle ⁹⁷.

L'article 5 est en effet libellé comme suit :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraitée, dans un autre État membre :

1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :

- pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

- pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ;

c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas ;

...

3) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».

L'action directe est-elle une action contractuelle ? L'arrêt précité de la Cour de cassation du 18 mai 2006 pourrait permettre de le soutenir. La jurisprudence précitée *Handte* et *Frahuil* de la Cour de justice exclut cependant cette solution.

Si l'action directe n'est pas contractuelle, est-elle quasi-délictuelle ? Certains auteurs ⁹⁸ répondent à nouveau par la négative sur la base notamment de l'arrêt *Reichert II* ⁹⁹ de la Cour de justice du 26 mars 1992 aux termes duquel :

« la notion de "matière délictuelle ou quasi délictuelle" comprend 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 ».

Dès lors que l'action directe du sous-traitant ne met pas en jeu la responsabilité du maître de l'ouvrage (puisqu'il s'agit d'une action en paiement), le

97. V. VAN HOUTTE, R. VERMEERSCH et P. WAUTELET, *La sous-traitance internationale : questions choisies*, op. cit., p. 323.

98. V. VAN HOUTTE, R. VERMEERSCH et P. WAUTELET, op. cit., pp. 324 et s.

99. C.J.C.E., 26 mars 1992 (*Mario Reichert, Hans-Heinz Reichert et Ingeborg Kockler c. Dresdner Bank AG*), C-261/90, Rec. C.J.C.E., p. 2149.

sous-traitant ne peut justifier la compétence sur la base de l'article 5.3 du Règlement de Bruxelles.

En conclusion, faute de compétence spéciale, c'est donc sur la base de l'article 2 du Règlement (la règle de compétence générale) que la question de la compétence liée à l'exercice de l'action directe sera réglée.

B. La loi applicable

47. La question est importante puisque du droit applicable peut dépendre la reconnaissance même de l'action directe par le droit de l'État désigné.

La question de la qualification contractuelle ou non de l'action directe resurgit également lors de l'analyse du droit applicable.

La matière est donc susceptible d'être régie, selon le cas, par le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I ») ou par le Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

Cette distinction de qualification a, jusqu'à présent, été principalement opérée par la Cour de justice dans le cadre de la délimitation des hypothèses d'application respective des articles 5.1 et 5.3 de la Convention de Bruxelles puis du Règlement de Bruxelles. À cette occasion, la Cour a conféré un rôle subsidiaire ¹⁰⁰ à la matière délictuelle en considérant que relève de la matière non contractuelle toute situation qui ne repose pas « sur un engagement librement assumé d'une des parties envers l'autre » ¹⁰¹.

La notion fait l'objet d'une interprétation autonome par la Cour.

À suivre la jurisprudence de l'arrêt précité *Handte* du 17 juin 1992 de la Cour de justice, ce sera dès lors systématiquement le Règlement de Rome II qui devrait s'appliquer à l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage. Toutefois, il ne peut à nouveau être exclu du débat la jurisprudence *Tilly Russ* de la Cour qui reconnaît l'opposabilité de la clause (certes d'« attribution de juridiction » dans le cadre de la Convention de Bruxelles) en cas de cession de droit en vertu du droit national, ce qui nous renvoie une

100. C.J.C.E., 27 septembre 1988 (*Athanasios Kalfelis c. Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, et autres*), 189/87, Rec. C.J.C.E., p. I-1993.

101. C.J.C.E., 17 juin 1992 (*Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*), C-26/91, Rec. C.J.C.E., p. I-3967. À ce propos, voy. : S. FRANCO, « Le règlement de Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », in *Actualités de droit international privé*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 78.

nouvelle fois à l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006. En application de cette dernière jurisprudence, ce serait dès lors le règlement de Rome I qui trancherait la question du droit applicable sur la base du rapport contractuel entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal.

L'examen de ces dispositions débordent notre propos¹⁰². Nous attirons seulement l'attention sur l'article 14 du Règlement de Rome I intitulé « Cession de créances et subrogation conventionnelle » qui prévoit que :

« 1. Les relations entre le cédant et le cessionnaire ou entre le subrogeant et le subrogé se rapportant à une créance détenue envers un tiers ("le débiteur") sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, s'applique au contrat qui les lie.

2. La loi qui régit la créance faisant l'objet de la cession ou de la subrogation détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire ou subrogé et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession ou subrogation au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

3. La notion de cession au sens du présent article inclut les transferts de créances purs et simples ou à titre de garantie, ainsi que les nantissements ou autres sûretés sur les créances ».

SECTION 11

Quelles perspectives pour le mécanisme de l'action directe ?

48. L'évolution jurisprudentielle entourant l'application de l'article 1798 du Code civil nous interpelle à bien des égards et nous conduit à nous interroger, au-delà, sur certains dogmes propres au mécanisme de l'action directe.

49. Nous avons souligné ci-avant (section 1) qu'une action directe devait nécessairement trouver sa source dans une disposition légale en raison de son caractère profondément dérogatoire au droit commun.

Or, la Cour de cassation a prononcé, en date du 18 mai 2006, un arrêt susceptible de remettre en cause cette vision légaliste de l'action directe¹⁰³.

Le moyen de cassation reposait entièrement sur l'affirmation que, dans le cas d'une entreprise de travaux, combinée avec une entreprise de livraison de biens, l'obligation de garantie du vendeur contre les vices cachés ne peut être

102. Voyez not. sur les Règlements de Rome I et II : P. WAUTELET, S. FRANCO, S. SAROLEA et C. HENRICOT, *Actualités de droit international privé*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009.

103. Cass., 18 mai 2006, C050097N, www.juridat.be.

transférée d'un acheteur à son commettant auquel la chose viciée a finalement été livrée après l'exécution des prestations convenues.

La Cour de cassation a répondu au moyen en ces termes :

« Le droit à garantie de l'acheteur initial à l'égard du vendeur constitue un accessoire de la chose, qui est vendu avec la chose aux acheteurs successifs. La circonstance que la chose viciée est livrée par un entrepreneur à son commettant dans le cadre d'un contrat d'entreprise ne dispense pas le vendeur initial de son obligation de garantie à l'égard de cet usager final.

Le commettant, tout comme le sous-acquéreur, dispose de tous les droits et actions liés à la chose qui appartenait à l'acheteur initial.

Le moyen qui, en cette branche, repose sur l'affirmation contraire, manque en droit ».

Comme le souligne Julien Cabay dans une contribution fouillée¹⁰⁴, la Cour de cassation a ainsi répondu par l'affirmative à la question longtemps controversée de savoir si le maître de l'ouvrage dispose d'une action contractuelle directe en garantie à l'encontre d'un fournisseur de son entrepreneur.

Pour appliquer cette solution au contrat d'entreprise, la Cour doit bien abandonner le recours à l'article 1615 du Code civil, propre à la vente, pour se référer au principe plus général suivant : l'accessoire suit le principal.

Certes, l'hypothèse envisagée n'est pas celle de l'action directe de l'article 1798 du Code civil. Certes, le fondement de cette action directe est des plus controversés¹⁰⁵.

Il doit cependant être remarqué, même si cela bouscule les certitudes, qu'une action directe a ainsi été reconnue – créée ? – de manière prétorienne, sans qu'une loi intervienne pour en consacrer l'existence, les contours ou modalités d'exercice¹⁰⁶.

104. J. CABAY, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.*, 2009, pp. 765 et s.

105. Nous y reviendrons *infra*. Ont notamment été invoqués la stipulation pour autrui, l'article 1122 du Code civil, la théorie de l'accessoire etc. Voyez déjà J. CABAY, *op. cit.*, pp. 768-769.

106. On peut d'ailleurs se demander si, ce faisant, la Cour de cassation n'a pas (entr)ouvert la porte à une future reconnaissance prétorienne d'une action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. La question déborde notre propos mais mérite assurément d'être posée, en dépit de la position négative de la Cour constitutionnelle sur le sujet (voy. C. const., 28 juin 2006, J.L.M.B., 2007, pp. 184 et s., obs. E. MONTERO).

Quel est l'intérêt pratique de cette évolution en l'espèce puisque l'action directe du sous-traitant est déjà reconnue légalement par l'article 1798 du Code civil ?

Les effets de l'abandon de la thèse légaliste de l'action directe seraient multiples.

Ainsi, l'article 1798 du Code civil ne devrait plus être limité par une interprétation stricte.

Cela conduirait, par exemple, à donner plus de poids aux défenseurs de l'existence d'une action directe aux sous-traitants du troisième degré.

Nous avons déjà évoqué la question de la reconnaissance éventuelle d'une action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant et ce, en dehors de toute intervention législative. Nous revenons encore ci-après sur le sujet.

Des implications sont également possibles en matière de droit international privé dont les solutions diffèrent selon qu'on retient la qualification contractuelle ou délictuelle de l'action directe.

50. L'arrêt du 18 mai 2006 de la Cour de cassation retient également notre attention quant au principe de la relativité des conventions et aux limites dans lesquelles on peut y déroger.

En l'absence de disposition légale reconnaissant une action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, de nombreux auteurs ont avancé diverses pistes pour combler cette lacune. D'importantes critiques se sont élevées contre les différents fondements proposés jusqu'ici pour reconnaître une action "contractuelle" au maître de l'ouvrage¹⁰⁷.

Il est objecté à l'article 1122 du Code civil, selon lequel on est censé avoir stipulé pour soi, pour ses héritiers et pour ses ayants cause, que celui-ci vise tous les ayants cause à l'exception précisément des ayants cause à titre particulier¹⁰⁸.

La stipulation pour autrui (article 1121 du Code civil) ou la cession de créance tacite sont écartées au motif qu'elles reposent sur la nécessité d'établir la volonté tacite des parties d'agir en ce sens.

107. À ce sujet, en ce qui concerne l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, voyez not. : J. CABAY, *op. cit.*, pp. 769 et s. ; H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 1964, p. 698 ; E. MONTERO, « L'article 1798 du code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », obs. sous C.A., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007/5, pp. 188 et s. En France : J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 1106 et s. ; C. JAMIN, *La notion d'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1991, n° 223 et s.

108. H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 1964, p. 698.

La théorie de l'accessoire est celle qui retient le plus grand assentiment jusqu'ici. Fondée au départ sur l'article 1615 du Code civil¹⁰⁹, une partie de la doctrine plaide pourtant depuis un certain temps déjà pour l'extension de la solution dégagée en matière de vente aux cas du fournisseur¹¹⁰ et du sous-traitant¹¹¹, en justifiant l'extension de la solution par le recours à la règle de l'article 1135 du Code civil¹¹².

L'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006 emprunte plus ou moins cette voie en ce qui concerne le fournisseur. Il se réfère non à l'article 1615 du Code civil, mais au principe (général ?) « l'accessoire suit le principal ».

Cette thèse est fondée sur l'idée d'un lien étroit entre l'action et le bien transmis qui justifierait la transmission de celle-ci *propter rem* comme un accessoire de la chose vendue ou ouvrage.

Elle est toutefois critiquée en ce qu'elle ne peut s'appliquer que « dans le seul contexte des chaînes de contrats translatives de propriété (c'est-à-dire, qui se terminent par un contrat de "transfert" de la propriété : vente + vente ou entreprise + vente) »¹¹³, soit l'acquisition par un mode dérivé, par transfert de droit. Cette théorie ne tient donc pas compte de « l'acquisition origininaire, à savoir l'accession (par incorporation des matériaux au sol) ; il acquiert

109. La jurisprudence admet depuis longtemps déjà, sur le fondement de l'article 1615 du Code civil, la transmission au sous-acquéreur des actions en garantie d'éviction et des vices cachés. La même explication justifie la transmission au maître de l'ouvrage de l'action en responsabilité décennale contre l'entrepreneur ou l'architecte, à l'acquéreur de l'immeuble, voire au client du promoteur immobilier. La Cour de cassation a cependant précisé qu'en cas de vente de l'immeuble après mise en œuvre de l'action en garantie décennale, cette action restait dans le patrimoine du propriétaire-maître de l'ouvrage, sauf cession prévue dans les conditions de la vente (Cass., 15 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 65). À ce sujet, voy. : E. MONTERO, *op. cit.*, p. 190.

110. Voyez not. : F. GLANSDORFF, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal », obs. sous Bruxelles, 28 octobre 1987, *J.T.*, 1988, pp. 668 et s. ; Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, « La responsabilité des édificateurs : état actuel de quelques problèmes et perspectives », in *Statuts et responsabilité des édificateurs*, F.U.S.L., 1989, p. 178 ; concl. av. gén. G. DUBRULLE sous Cass., 18 mai 2006, précité.

111. Voyez not. : F. GLANSDORFF, *op. cit.*, p. 668 et s. ; Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 179 ; concl. av. gén. G. DUBRULLE sous Cass., 18 mai 2006, précité.

112. Y. HANNEQUART et P. HENRY, « La responsabilité de l'architecte face aux immixtions du maître de l'ouvrage et face au promoteur », note sous Cass., 21 septembre 1979, *R.C.J.B.*, 1982, p. 514 ; A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise de construction », *Rép. not.*, t. IX, liv. III, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 208. Sur la portée de l'article 1135 du Code civil, voy. : C. DELFORGE, « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », in *Droit des obligations*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 5 et s.

113. E. MONTERO, *op. cit.*, p. 192.

en réalité un droit nouveau, pur de toute charge, mais aussi dépouillé de toute prérogative accessoire »¹¹⁴.

Par ailleurs, cette théorie lie la transmission de l'action (l'accessoire) à la transmission de la « chose », ce qui exclut les contrats de service. On pourrait alors s'interroger sur la justification de cette interprétation au regard du principe d'égalité.

Un autre fondement proposé au mécanisme de l'action directe est la notion de groupe de contrats¹¹⁵. On est d'emblée frappé par l'apparente facilité de la solution : la notion de groupe de contrats confère à l'action directe un fondement contractuel et dispense donc du débat sur le fondement de l'exception au principe de la relativité des conventions.

La notion de groupe de contrats amène à apprécier les notions de tiers et de parties, non à l'échelle du contrat mais à celle du groupe. « Le principe de la relativité des conventions formulé par l'article 1165 du code civil ne retrouverait son empire qu'au-delà des limites du groupe de contrats, obligeant les tiers "véritables" à situer leurs actions en responsabilité sur le seul terrain délictuel »¹¹⁶.

Julien Cabay voit dans l'arrêt précité du 18 mai 2006 de la Cour de cassation, une autre occasion de revenir sur ce fondement. Il souligne qu'à défaut pour le demandeur de pouvoir être considéré comme une partie contractante, seule la position de cessionnaire de créance lui permettrait de se prévaloir de cette qualité. Si on exclut le cas de la cession expresse (présumer la cession étant artificiel), seule la théorie de l'accessoire, fonctionnant sur le mécanisme de la cession de créance, permet au demandeur de devenir partie. L'auteur ajoute que « si l'on accepte l'idée que la Cour est sensible au fait que certains contrats présentent des liens particuliers entre eux, on pourrait voir dans l'arrêt du 18 mai 2006 une étape vers la consécration de la notion de groupe de contrats (...) en élargissant le champ d'application de la théorie de l'accessoire à une situation non visée par la loi »¹¹⁷.

114. *Ibid.*

115. J. CABAY, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.*, 2009, pp. 771 et s.

116. E. MONTERO, « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », obs. sous C.A., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007/5, pp. 186 et s. (se référant aux travaux de B. TEYSSIE – *Les groupes de contrat*, Paris, L.G.D.J., 1975 – et de J. NÉRET – *Le sous-contrat*, préface de P. CATALA, Paris, L.G.D.J., 1979).

117. J. CABAY, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *op. cit.*, p. 772.

Mais l'auteur ne pense pouvoir offrir ce fondement qu'aux actions directes en responsabilité dans les groupes de contrats liés par leur objet. Dans ce cas, l'action directe ne modifie en rien la situation patrimoniale du débiteur intermédiaire, de sorte qu'elle est sans incidence du point de vue des créanciers de celui-ci. Ne pourraient, par contre, être admises en dehors de toute intervention du législateur, selon lui, les actions directes en paiement qui risquent de porter atteinte au principe de l'égalité des créanciers et qui, à ce titre, ne pourraient être prévues que par la loi puisque leur mise en œuvre aboutirait à soustraire un actif du patrimoine du débiteur intermédiaire.

On pourrait ajouter que la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité aquilienne du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage pourrait être lue en ce sens, car elle revient à considérer que le sous-traitant n'est, vis-à-vis du maître de l'ouvrage, pas un tiers comme les autres¹¹⁸. La notion de groupe de contrats ne transparait-elle pas, en filigrane, de cette jurisprudence ?

Si la solution est à première vue séduisante, le concept de groupe de contrats présente d'importantes faiblesses, qui expliquent ou confortent en grande partie les réticences de la jurisprudence.

L'imprécision du concept suscite la réserve. La portée des dérogations que l'on pourrait reconnaître au principe de la relativité des conventions sur cette base est également incertaine¹¹⁹.

On rappellera qu'après avoir été consacrée dans un premier temps par la Cour de cassation de France le 21 juin 1988¹²⁰, la notion de groupe de contrats a été laminée dans un arrêt en assemblée plénière du 12 juillet 1991¹²¹ faisant suite aux vives critiques de cette brève consécration.

La notion de groupe de contrats appelle donc d'importantes réserves. Le grief fondé sur la dérogation au principe de la relativité des conventions ne nous semble cependant pas décisif.

Dans une note pénétrante, le professeur Dieux rappelle ainsi que le principe de la relativité des conventions doit être envisagé au regard de son fondement volontariste (l'autonomie de la volonté). Dès lors, il considère que l'action directe ne doit pas être vue comme une réelle dérogation à ce principe.

118. Voy. : F. BALLON, « Relations maître de l'ouvrage / sous-traitant », in *La sous-traitance*, *J.L.M.B. Opus*, n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 108.

119. À ce propos, voy. : E. MONTERO, *op. cit.*, p. 194.

120. Cass. fr. (1^{re} ch.), 21 juin 1988, *Bull. civ.*, 1988, I, n° 202, p. 141.

121. Cass. fr. (ass. plén.), 12 juillet 1991, *D.*, 1991, somm. 321.

Selon l'auteur, « l'idée est indépendante de l'origine du transfert de droits par lequel ces opérations se traduisent et, singulièrement, du caractère, volontaire ou non, de la cession dans le chef du créancier. En ce sens, l'action directe, dès lors qu'elle se traduit par un transfert, fût-ce, selon l'analyse classique, par l'effet de la loi, des droits du débiteur intermédiaire au créancier agissant, n'emporte aucune entorse au principe de la relativité des contrats »¹²². Il faut donc plutôt voir dans l'action directe et la possibilité pour le sous-traitant d'agir contre le maître de l'ouvrage, avant tout une question de détermination de la commune intention des parties contractantes concernées de créer des liens entre un tiers et elles par la reconnaissance d'un droit direct d'action au bénéfice de ce tiers.

Dans une même perspective, la notion de groupe de contrats nous paraît relever également de la détermination d'une commune intention des parties de créer des liens entre différentes conventions. Il n'y aurait donc, là non plus, pas de réelle dérogation au principe de la relativité des conventions. Cette objection souvent avancée contre la notion de groupe de contrats n'est donc pas suffisante pour en justifier le rejet pur et simple.

122. X. DIEUX, « Nature et limites du droit du titulaire d'une action directe contre un cocontractant de son débiteur », *R. C.J.B.*, 2004, pp. 9 et s.