

Droit international privé et sous-traitance internationale :

Quelle place pour l'action directe du sous-traitant ?

Mémoire réalisé par
Pauline d'Argent

Promoteur
Pr. Jean-Louis Van Boxstael

Année académique 2016-2017
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* À ce sujet, voy. Notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Mes premiers remerciements vont à mon promoteur, le professeur Jean-Louis Van Boxstael, qui m'a encadrée et soutenue dans la réalisation de ce mémoire dont le sujet s'écarte quelque peu des sentiers battus de notre séminaire. Je le remercie vivement pour sa bienveillance et sa confiance.

Je voudrais également remercier les professeurs de la Faculté qui m'ont initiée au droit privé et m'en ont donné le goût, en particulier les professeurs Jean-François Van Drooghenbroeck et Patrick Wéry, ainsi que le professeur Marc Fallon et le professeur Jean-Yves Carlier qui m'ont fait découvrir le droit international privé. Par ses séances de travaux pratiques, Madame Dechamps m'a permis de mieux apprécier encore cette matière complexe ; je tiens également à l'en remercier.

« Si le droit international privé tend à une coordination des systèmes de droit privé, cette coordination est réalisée par des hommes, qu'il s'agisse des législateurs ou des juges. Dans la mesure où législateurs et juges prennent conscience de leur démarche, ils chercheront à justifier les choix qu'ils exercent entre les solutions qui s'offrent à leur esprit. Comment justifier ce choix ? »

Henri Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé* (1956), réédition présentée par Yves Lequette, Paris, Dalloz, 2002, p. 142, n°63.

Introduction

La sous-traitance est un phénomène bien connu du monde des affaires. Il y est notamment très souvent recouru dans le secteur de la construction : par contrat, un entrepreneur (appelé « entrepreneur principal ») s'engage envers une autre personne physique ou morale (appelée « maître de l'ouvrage ») à réaliser des travaux pour un prix déterminé que le maître de l'ouvrage qui commande les travaux devra payer. Ensuite, l'entrepreneur principal décide de confier à un tiers (appelé « sous-traitant ») l'exécution de certaines des obligations qu'il a contractées envers le maître de l'ouvrage : un contrat de sous-traitance est conclu à cette fin entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, lequel exécutera donc une partie des travaux qui avaient été confiés par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal¹. La prestation du sous-traitant consiste dans ce cas en une prestation de louage d'ouvrage².

Il s'agit par exemple de l'hypothèse où un maître de l'ouvrage procède à un appel d'offre pour la construction d'un centre commercial et engage à cette fin un entrepreneur principal qui, lui-même, fait appel à un entrepreneur spécialisé pour construire le parking dudit centre commercial. Dans un tel cas, l'entrepreneur spécialisé, qui, au sein de la relation contractuelle fait figure de sous-traitant au premier degré, est appelé à réaliser un ouvrage sur le lieu de l'exécution du contrat principal. Il intervient physiquement sur le chantier en cours.

Un tel enchevêtrement de contrats successifs peut se multiplier, le premier sous-traitant pouvant le cas échéant décider de confier l'exécution d'une partie de ses obligations à une entité devenant, par contrat conclu entre eux seuls, son sous-traitant (on parle alors de sous-traitant au deuxième degré, et ainsi de suite). Quel que soit le nombre de contrats successifs, ils restent distincts entre eux et ils lient des personnes différentes : le maître de l'ouvrage demeure tiers au contrat de sous-traitance, de même que le sous-traitant n'est pas lié par le contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et son propre co-contractant, à savoir l'entrepreneur principal.

La sous-traitance est monnaie courante en droit interne, entre des personnes et des entreprises relevant toutes du même ordre juridique national, pour des travaux ou des prestations qui y sont localisés. Mais la sous-traitance peut également exister entre des sujets relevant d'ordres juridiques différents, ou à propos de travaux réalisés à l'étranger. Le terme « sous-traitance internationale »

¹ F. WALSCHOT, « Nouvelles dimensions de la sous-traitance » in *La sous-traitance*, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2001, coll. Commission droit et vie des affaires, Faculté de droit de Liège, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 4.

² P. LAGARDE, « La sous-traitance en droit international privé », in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, sous la dir. de C. GAVALDA, Paris, Economica, 1978, p. 190.

est utilisé pour désigner toute opération de sous-traitance qui comporte un ou plusieurs éléments d'extranéité : il peut s'agir de la nationalité des parties, du lieu d'exécution des prestations, de l'origine de biens utilisés ou, encore, du fait que certains contrats contiennent des clauses attributives de juridiction ou de loi applicable.

Une combinaison de ces éléments d'extranéité peut bien entendu se présenter : un maître de l'ouvrage français décide de construire en Angola un hôtel de luxe clé sur porte ; il fait appel à un entrepreneur principal portugais qui va sous-traiter le gros œuvre à une société chinoise, les finitions à une société italienne et l'ameublement à un équipementier allemand ; chacun des sous-traitants conclut à son tour des contrats de fourniture avec des fabricants qui peuvent être installés dans d'autres pays encore ; chacun des contrats (le contrat d'entreprise principale, mais aussi chaque contrat de sous-traitance) peut contenir des clauses de droit applicable et/ou attributives de compétence.

La sous-traitance internationale existe depuis longtemps, mais elle s'est accentuée au cours des dernières décennies. En effet, l'économie globalisée d'aujourd'hui est faite d'une libre-circulation grandissante des marchandises, des services et des capitaux. Il en résulte une forme de division internationale du travail et de spécialisation accrue de certains fabricants ou fournisseurs de services implantés dans différents pays. Afin de réaliser des projets complexes, le recours à la sous-traitance internationale est devenu de plus en plus fréquent, les entrepreneurs principaux ayant recours à des sous-traitants étrangers hautement spécialisés ou dont les services présentent un avantage économique par rapport à des fournisseurs locaux.

C'est dans le domaine de la construction et dans celui de l'industrie que la sous-traitance internationale s'est plus particulièrement développée.

De nombreux projets internationaux de construction de grande envergure ont pu voir le jour et aboutir grâce à la sous-traitance internationale. Deux très gros chantiers, achevés tous les deux ces

dernières années, en sont une bonne illustration : l'élargissement du canal de Panama³, d'une part, et, d'autre part, la construction à Londres du gratte-ciel le plus haut d'Europe⁴.

Dans le secteur industriel, la sous-traitance est une opération qui consiste pour un industriel à exécuter une partie du programme de production d'un autre industriel (appelé maître de l'ouvrage ou donneur d'ordre)⁵. Il peut par exemple s'agir d'une livraison par une entreprise spécialisée d'un moteur destiné à être intégré dans un navire dont l'entrepreneur général, un chantier naval, poursuit la construction. Le sous-traitant est ainsi chargé de fabriquer certaines pièces de haute précision qui prendront place dans l'ensemble de l'ouvrage⁶. Dans un tel cas, le sous-traitant réalise son ouvrage dans ses locaux et c'est davantage la maîtrise technique que le sous-traitant apporte au chantier qui caractérise le contrat de sous-traitance industrielle, que son intervention physique⁷.

Il existe bien sûr des situations combinant la sous-traitance industrielle et celle de construction. Pour reprendre l'exemple de la construction du centre commercial mentionné ci-dessus, l'entrepreneur principal pourrait s'adresser à un sous-traitant pour que celui-ci, d'une part, fabrique et fournisse tous les appareils d'air conditionné et, d'autre part, procède à leur installation dans le centre commercial. Dans ce contexte-là, l'obligation du sous-traitant consiste à la fois en l'accomplissement d'une prestation et en la fourniture d'une chose fabriquée par lui.

³ Le canal de Panama est un canal maritime qui traverse l'isthme de Panama en Amérique centrale et qui relie l'océan Atlantique et l'océan Pacifique. Inauguré en 1914, son élargissement entrepris entre 2007 et 2016 fut alors l'un des plus gros chantiers de génie civil au monde : le canal fut à certains endroits élargi et approfondi, tandis qu'un système d'écluses à haute capacité fut également construit pour permettre le passage de très gros navires. Cet énorme chantier a été mené à bien par un consortium d'entreprises, à savoir la société espagnole *Sacyr Vallehermoso*, la société italienne *Salini Impreglio*, la société belge *Jan de Nul* et la société panaméenne *Constructora Urbana*. Ces sociétés ont toutes remporté l'appel d'offre international lancé par le Panama et ont, pour chacune des tâches qui leur avaient été confiées, fait appel à des entrepreneurs étrangers.

Un grand nombre de contrats ont été conclus à cette fin ; des contrats entre la République du Panama et chaque société formant le *consortium*, un contrat global liant celles-ci entre elles afin de ne former qu'une seule entité appelée *Grupo unidos por el canal (GUPEC)* et également des sous-contrats conclus individuellement par les entreprises avec des entrepreneurs spécialisés œuvrant tous pour l'élargissement du canal. De très nombreux sous-traitants venant du monde entier ont, par exemple, fourni des pièces destinées aux écluses, les ont assemblées, ont bétonné des digues, confectionné des turbines, pelleté et drainé les terrains concernés, etc.

⁴ « *The Shard* » est un immeuble situé à Londres et inauguré en 2012. Il renferme des bureaux, un hôtel, des restaurants et des appartements de luxe. Il a été conçu par l'architecte italien Renzo Piano et a été mis en œuvre par le promoteur immobilier britannique *Sellar Property Group*. L'entrepreneur *Mace* basé à Londres a été chargé des travaux. « *The Shard* » est aujourd'hui la propriété commune du Qatar et du groupe *Sellar*. L'entrepreneur *Mace* a eu recours à une myriade de sous-traitants issus d'un peu partout dans le monde pour l'assister dans tous les aspects du chantier, allant du placement des vitres à la conception et la réalisation des restaurants.

⁵ F. WALSCHOT, « Nouvelles dimensions de la sous-traitance », *op. cit.*, p. 7.

⁶ P. LAGARDE, « La sous-traitance en droit international privé *op. cit.*, p. 189.

⁷ Le navire « *Harmony of the Seas* » est le plus gros bateau de croisière au monde, inauguré en 2016. Il a été commandé par l'armateur américain *Royal Caribbean Cruise Line* au constructeur naval français *STX France* dont les chantiers se trouvent à Saint-Nazaire. Pour construire en moins de trois ans ce géant des mers qui compte (entre autres) deux murs d'escalade, une dizaine de piscines, un spa, une tyrolienne, des toboggans aquatiques et même un bar tenu par des robots..., *STX France* a mobilisé beaucoup de travailleurs, dont des sous-traitants issus tant de la région de Saint-Nazaire que de pays étrangers. Ces sous-traitants sont intervenus à la fois dans les secteurs essentiels du chantier comme le chauffage, les moteurs et la tuyauterie, auxquels ils ont apporté leur savoir-faire en fournissant des pièces et/ou en en assemblant sur place, et dans des secteurs plus particuliers comme, par exemple, la construction des murs d'escalade, le simulateur de surf, le mini-golf ou encore...le bar où servent les robots.

Ces exemples illustrent l'importance que revêt à l'heure actuelle la sous-traitance internationale. Dans le monde actuel, il est quasiment impossible qu'un chantier – même d'envergure moyenne – ne soit pas empreint d'un élément d'extranéité. La concurrence qui est assurée entre les entreprises actives au sein de l'Union européenne et les principes de libre circulation des travailleurs et de libre prestation de services sur le continent y sont pour beaucoup. Aujourd'hui, n'importe quel sous-traitant peut proposer ses services sur un chantier situé sur le territoire européen, si bien qu'en principe, le contrat sera conclu avec le contractant présentant le plus haut degré de compétences pour le prix le plus bas.

La multiplication des relations contractuelles qui caractérise en général le phénomène de la sous-traitance s'accompagne, en cas de sous-traitance internationale, d'une multiplication des ordres juridiques susceptibles de régir ces relations. Chaque contrat contribuant à la réalisation de l'objectif commun est susceptible de relever de droits nationaux différents, et de juges nationaux différents. Comme l'écrivent D. Bureau et H. Muir Watt, le droit international privé est l'« instrument de gestion de la diversité des droits » et il est le reflet des tensions qui peuvent naître entre les droits nationaux du fait des différents choix philosophiques et des préférences politiques que ceux-ci mettent en œuvre⁸. Il revient au droit international privé de tenter de coordonner les différents systèmes juridiques nationaux, et de le faire dans toute la mesure du possible de manière harmonieuse.

Parce qu'elle est constituée de contrats successifs et que l'on peut assez facilement identifier pour chacun d'entre eux le juge compétent et le droit applicable en faisant application des règles habituelles relatives aux conflits de lois et de juridictions, la sous-traitance internationale ne présente de prime abord pas de réelle difficulté en droit international privé : il suffit d'appliquer à chaque contrat des règles bien établies pour trouver le juge compétent et le droit que celui-ci devra appliquer. Une certaine complexité due à la multiplication des contrats peut bien entendu en résulter.

Toutefois, l'intérêt véritable de la sous-traitance internationale pour le droit international privé ne découle pas tellement de cette complexité due à l'enchevêtrement de contrats séparés et rattachés à différents droits nationaux. Il tient plutôt au fait que certains de ces droits entendent protéger le sous-traitant en lui accordant une « action directe » lui permettant d'exiger directement du maître de l'ouvrage le paiement de ses prestations, alors même qu'aucun contrat n'existe entre eux. Par l'action directe qui lui est reconnue par la loi, le sous-traitant qui n'est pas payé par son débiteur contractuel (l'entrepreneur principal) va pouvoir réclamer le paiement de ses prestations au maître

⁸ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Le droit international privé*, Paris, P.U.F., coll. *Que sais-je ?*, 2009, p. 4.

de l'ouvrage. L'action directe accordée au sous-traitant est l'expression d'un choix de politique économique en faveur d'une partie jugée « faible » par rapport à d'autres acteurs économiques.

Ce mémoire a pour objet d'essayer de comprendre comment et dans quelle mesure cette particularité de certains droits internes est prise en compte en droit international privé. Ceci nous permettra d'observer le fonctionnement du droit international privé par rapport à une difficulté qui défie quelque peu ses catégories habituelles.

Un premier chapitre décrira la sous-traitance en droit interne, en s'arrêtant plus particulièrement aux droits belge et français, ce qui est nécessaire pour bien comprendre le phénomène juridique étudié. Un deuxième chapitre abordera les difficultés que pose l'action directe dans le cadre du conflit de juridictions. Un troisième chapitre analysera la sous-traitance et l'action directe sous l'angle du conflit de lois. Après cette analyse, nous terminerons par une brève conclusion, mettant en perspective la discipline du droit international privé.

Chapitre I – La sous-traitance en droit interne

Ce premier chapitre analyse le phénomène juridique de la sous-traitance en tant que tel. La première section est consacrée à l'opération de sous-traitance en tant que figure contractuelle complexe en ce qu'elle résulte de l'assemblage de différents contrats qui forment un « ensemble contractuel ». Les questions que ce phénomène juridique soulève seront, à cette occasion, présentées. Ensuite, le régime belge et le régime français de la sous-traitance seront successivement étudiés.

Section 1. La sous-traitance et les ensembles contractuels

A. Les groupes de contrats et les ensembles contractuels

Le contrat de sous-traitance appartient à la catégorie dite des « groupes de contrats », qui elle-même découle d'une figure contractuelle plus englobante appelée « ensemble contractuel ».

Le terme « ensemble contractuel » est utilisé pour désigner un lot de contrats conclus afin de réaliser des opérations complexes, à l'occasion desquelles plusieurs agents sont amenés à collaborer. Comme évoqué dans notre introduction, de nos jours, de plus en plus d'opérations économiques s'organisent autour de ces constructions contractuelles complexes, au sein desquelles les parties ne

sont pas forcément identiques, et dont les contrats tendent tous vers la réalisation d'une même entreprise⁹.

Les ensembles contractuels peuvent présenter des géométries variables. Il peut s'agir de constructions relativement simples comme l'alliance d'un contrat principal et d'un sous-contrat, mais il peut également s'agir de figures plus complexes comme, par exemple, un ensemble de contrats conclus dans le cadre d'une promotion immobilière. Dans ce dernier cas, six types de contrats différents et faisant intervenir des cocontractants de toutes sortes peuvent être facilement identifiés: (1) un contrat de vente afin d'acquérir le terrain, (2) une convention d'architecte (3) un contrat permettant l'obtention d'un financement d'une banque pour réaliser les travaux, (4) un contrat d'entreprise pour y bâtir un immeuble, (5) la souscription d'un contrat d'assurance de l'immeuble, (6) la conclusion de différents baux¹⁰.

Les ensembles contractuels ne connaissent, à ce jour, pas encore de consécration législative.

La doctrine et la jurisprudence belges et françaises se sont cependant déjà beaucoup intéressées à cette forme particulière que peuvent prendre les relations contractuelles complexes.

A cette fin, un travail de catégorisation a été fourni, particulièrement du côté français.

La doctrine française¹¹ estime qu'il existe deux sortes d'ensembles contractuels ; les « chaînes de contrats », d'une part, et les « groupes de contrats », d'autre part.

L'expression « chaîne de contrats » est utilisée pour désigner un ensemble de contrats conclus entre des personnes différentes, mais ayant tous pour objet le même bien dont ils assurent successivement le transfert de la propriété¹², tandis que le concept de « groupe de contrats » désigne des contrats ayant tous des objets différents, mais qui sont liés entre eux par un objectif commun.

La doctrine belge¹³ est, en revanche, moins précise sur les catégories et utilise généralement le terme « groupe de contrats » pour désigner à la fois les ensembles contractuels en général, les

⁹ P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Chaire Francqui 2004-2005, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 13.

¹⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹¹ B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, préface de J.-M. MOUSSERON, Paris, L.G.D.J., 1975 ; J. NERET, *Le sous-contrat*, préface de P. CATALA, Paris, L.G.D.J., 1979 ; F. LECLERC, « Les chaînes de contrats en droit international privé », *J.D.I.*, 1995.

¹² F. LECLERC, « Les chaînes de contrats en droit international privé », *op.cit.*, p. 268.

¹³ M. PITTIE, « Le principe de l'effet relatif des contrats à la lumière des législations récentes en matière d'obligations conventionnelles », *Ann. dr.*, 1997, p. 330 ; P. WERY, *Droit des obligations*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, vol. I, 2^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 68. ; P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, *op. cit.*, p. 15 ; P.-H. DELVAUX, « Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle pour autrui », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992 ; Fr. GLANSDORFF, note sous Comm. Bruxelles (réf.), 15 octobre 1990, *J.T.*, 1991, p. 218 n°8.

chaînes de contrats (souvent désignées par le vocable « groupes de contrats à structure linéaire ») et les groupes de contrats (au sens de la doctrine française) en tant que tels.

Dans une étude publiée à la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence¹⁴, M. Paul-Henri Delvaux a entrepris de catégoriser, avec pragmatisme et avec le droit belge en toile de fond, le phénomène des groupes de contrats.

L'auteur fait état de trois catégories de groupes de contrats : les groupes à structure linéaire, ceux à structure rayonnante et ceux à structure circulaire :

- Un groupe à structure linéaire se compose d'un contrat principal auquel est ajouté un sous-contrat ; il se caractérise par le fait que le débiteur du premier contrat devient créancier dans le second. L'appel à un sous-traitant spécialiste en est une bonne illustration.
- On parle de groupe à structure rayonnante lorsqu'un sujet de droit conclut, avec plusieurs autres sujets de droit, des contrats séparés mais de même type et destinés à réaliser ensemble l'objectif que le premier poursuit. L'appellation « rayonnante » est utilisée par M. Delvaux pour illustrer le fait que tous les contrats convergent vers un sujet de droit central qui en est l'initiateur et qui est le seul contractant commun à tous les autres. Il s'agit par exemple d'un propriétaire terrien qui conclut différents contrats portant sur différents terrains en vue de les faire bâtir¹⁵.
- Un groupe de contrats à structure circulaire est quant à lui composé de contrats de types différents qui se trouvent dans une « relation d'imbrication étroite et nécessaire »¹⁶, car ils participent tous à la même opération économique à laquelle ils sont indispensables. L'opération de location-financement en est un exemple.

Pour clore ces paragraphes consacrés à des questions terminologiques et de catégorisation, il doit être souligné que les ensembles contractuels ne se confondent pas avec les contrats multipartites¹⁷.

B. Les questions soulevées par les ensembles contractuels

Les ensembles contractuels soulèvent deux grandes questions¹⁸.

La première consiste à s'interroger sur le caractère interdépendant¹⁹ des contrats qui font partie du groupe et, dans un tel cas, à se demander si les défauts qui affectent l'un d'entre eux peuvent

¹⁴ P.-H. DELVAUX, « Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle pour autrui », *op. cit.*, p. 373.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 376.

¹⁷ P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸ P. WERY, *Droit des obligations*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, *op. cit.*, p. 68.

¹⁹ *Ibid.*

contaminer les autres contrats. Ainsi, par exemple, la nullité, la caducité ou encore la résolution d'un des contrats du groupe se répercutent-elles sur l'ensemble des autres contrats et mettent-elles en danger leur validité ou leur exécution ?

La seconde question concerne la possibilité pour des « cocontractants extrêmes »²⁰, c'est-à-dire ceux qui se trouvent à chaque bout de la chaîne contractuelle, d'agir les uns contre les autres par voie de recours contractuel. D'autres parties que celles signataires d'un contrat inexécuté et faisant partie de l'ensemble peuvent-elles soulever cette inexécution et invoquer un préjudice subi ? Un consommateur qui découvre que le bien qu'il vient d'acheter dans un magasin est affecté d'un défaut peut-il agir en responsabilité contractuelle contre le fabricant alors qu'il n'a jamais conclu de contrat avec lui ? Un maître de l'ouvrage peut-il agir en responsabilité contractuelle contre un sous-traitant, alors qu'ils ne sont liés entre eux par aucun contrat ?

Ces questions, outre le fait qu'elles remettent en cause un principe-clé du droit des obligations – celui de la relativité des conventions – présentent un enjeu pour la pratique commerciale actuelle.

Le principe de l'effet relatif des contrats est inscrit à l'article 1165 du Code civil qui énonce que « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

Le principe consacré par cet article est qu'un contrat ne fait naître ni droits ni dettes pour les tiers²¹.

Il ne faut cependant pas s'y méprendre : l'effet relatif n'implique pas que le contrat ne puisse jamais être opposé à un tiers car, en tant que situation de fait, un contrat peut toujours être invoqué. Ce qui est inopposable à des tiers à un contrat, c'est le « contenu obligationnel de la convention »²².

Le concept de groupe de contrats tend à mettre à mal le principe de la relativité des conventions car l'enjeu qui se cache derrière, et qui présente un avantage pour la pratique commerciale, est de parvenir à faire reconnaître que ces contrats sont liés entre eux et qu'entre les parties aux différents contrats, se sont créés des liens qui s'apparentent fortement à des liens contractuels. Ainsi, tous les acteurs du groupe pourraient agir les uns contre les autres par des recours de nature « contractuelle », lesquels offrent à celui qui s'en prévaut des fondements et des modalités juridiques moins hasardeux qu'un recours extracontractuel soumis à la démonstration de la faute, du dommage et du lien causal.

Le professeur Montero est favorable à cette façon d'aborder les relations au sein des ensembles contractuels complexes. Dans une note publiée à la *J.L.M.B.* en 2007, il soutenait que :

²⁰ P.-A. FORTIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, op. cit., p. 15.

²¹ P. WERY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 803.

²² *Ibid.*, p. 804.

« ... la notion de groupe de contrats s'imposerait comme un fondement nouveau permettant de justifier la reconnaissance d'actions contractuelles directes en responsabilité au sein des chaînes et ensembles de contrats. Tout se passe comme si les notions de *tiers* et de *parties* devaient être appréciées, 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 trouverait 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 »²³.

La loi et la jurisprudence peuvent être invoquées au soutien de cette thèse.

L'on songe par exemple à l'article 1789 du Code civil qui octroie au sous-traitant le droit d'agir directement contre le maître de l'ouvrage²⁴. On y reviendra.

Par ailleurs, et ainsi que l'a admis la Cour de cassation par un arrêt du 5 décembre 1980²⁵, l'article 1615 du Code civil offre au sous-acquéreur un recours contractuel direct contre le vendeur initial dès lors que cette disposition impose au vendeur de délivrer la chose avec ses accessoires juridiques.

A l'occasion de litiges issus du secteur de l'informatique, secteur dans lequel l'utilisateur est contraint de conclure de nombreux contrats et où « l'isolationnisme contractuel » présente souvent des désagréments à son égard²⁶, la jurisprudence belge s'est montrée encline à admettre une certaine interdépendance entre différents contrats et a, par conséquent, admis des recours entre parties qui n'avaient pas contracté les uns avec les autres²⁷.

A ce stade de l'évolution jurisprudentielle, le défi a alors consisté, pour nos cours et tribunaux, à étendre cette jurisprudence à des rapports contractuels moins spécifiques que ceux issus du domaine de l'informatique.

En 1990²⁸, le Président du Tribunal de commerce de Bruxelles siégeant en référés a rendu une ordonnance remarquée dont la motivation repose sur le concept de « groupe de contrats ».

Les faits litigieux étaient les suivants : une société de publicité avait conclu avec une ASBL qui exploitait des locaux de sports et de réunion, un contrat d'adhésion afin d'installer dans l'établissement de l'ASBL des consoles de télécommunication. Ces consoles avaient été vendues par la société publicitaire à un organisme de financement qui lui-même les louait à l'ASBL

²³ 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. n°111/2006, 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007/5, p. 192.

²⁴ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 828.

²⁵ Cass., 5 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 398.

²⁶ <http://business-assistance.be/fr/groupe-de-contrats-ensembles-contractuels/>

²⁷ J.-P. BUYLE, L. LANOYE et V. WILLEMS, « Chronique de jurisprudence sur l'informatique », *J.T.*, 1988, p. 93.

²⁸ Comm. Bruxelles (réf.), 15 octobre 1990, *J.T.*, 1991, p. 216, note Fr. GLANSDORFF.

moyennant un loyer qui était remboursé à l'ASBL par la société publicitaire²⁹. L'opération était présentée comme « blanche » pour l'ASBL, dès lors que les loyers payés lui étaient remboursés. C'était la société publicitaire qui retirait un intérêt à la construction juridique ainsi mise sur pied, puisque, d'une part, elle avait vendu les consoles à l'organisme financier et que, d'autre part, elle faisait paraître sur les consoles de la publicité pour laquelle elle était rémunérée.

Or, la société publicitaire était tombée en faillite, laissant l'ASBL dans l'obligation d'honorer les loyers à payer à l'organisme financier, alors que les consoles ne lui étaient d'aucune utilité. L'ASBL avait alors saisi le juge des référés afin d'obtenir notamment l'autorisation de suspendre provisoirement le paiement des loyers, ce qu'elle obtint³⁰.

A l'occasion de cette ordonnance, le Président du Tribunal a considéré « qu'il aurait été inconcevable de faire courir par l'utilisateur les risques financiers de l'opération »³¹ créés par le fournisseur et l'organisme financier, et que « les trois relations contractuelles étaient intimement liées et conditionnées l'une par l'autre »³². Le Président a jugé que ce lien « impliquait nécessairement que, dans l'hypothèse d'une défaillance des prestations échelonnées, le contrat de location du matériel nécessaire à ces prestations se retrouve sans objet ».

Dans une note publiée sous l'ordonnance, Fr. Glansdorff salue la décision du Président du Tribunal et se réjouit d'y voir une « heureuse application, en filigrane du moins, de la théorie dite des groupes de contrats, c'est à dire de contrats qui concourent à la réalisation d'une même opération économique »³³.

Nous abondons dans le sens de Fr. Glansdorff lorsqu'il applaudit la consécration faite par le juge de la théorie des groupes de contrats. Nous nous permettons cependant de mettre en garde le lecteur qui y verrait une consécration d'un tempérament à la relativité des conventions.

En effet, déroger à l'effet relatif des contrats consiste, en principe, à opposer à quelqu'un qui n'est pas partie à un contrat des obligations qui en sont issues. Dans l'affaire commentée, ce ne sont pas des effets d'un contrat qu'on oppose à un tiers, mais bien la *condition* d'un tiers (un état de faillite ici) qu'on oppose à des parties à une relation contractuelle à laquelle ce tiers n'est pas partie. C'est en effet l'état de faillite du fournisseur sur lequel le juge se fonde pour suspendre le contrat de location, alors que l'entreprise publicitaire en faillite n'y était pas partie.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Fr. GLANSDORFF, note sous Comm. Bruxelles (réf.), 15 octobre 1990, *J.T.*, 1991, p. 219.

Certains y verront peut-être une dérogation « en sens inverse » à l'effet relatif des contrats ; ce n'est pas un contrat qu'on impose à un tiers, c'est un tiers qu'on impose à un contrat. En ce qui nous concerne, nous n'y voyons qu'une démarche classique qui consiste à prendre en considération une réalité juridique pouvant affecter une relation contractuelle. L'état de faillite de l'agence publicitaire est un fait juridique et celui-ci peut avoir des effets sur le contrat de location.

Aussi, la forte imbrication qui existait entre les contrats, la relation triangulaire qui avait été créée, l'urgence et l'impasse dans laquelle l'ASBL s'était tout d'un coup trouvée, ont justifié l'usage fait par le juge des référés de la théorie des groupes de contrats afin d'aboutir à la solution la plus souhaitable pour la partie faible du groupe.

Ainsi, les groupes de contrats sont des constructions contractuelles hybrides et l'absence de réglementation à leur égard nous laisse aujourd'hui face à un choix : reconnaître cette nouvelle figure contractuelle qui, certes, ébranle le principe de la relativité des conventions, mais est actuellement solidement installée au cœur des relations commerciales, ou la nier car elle bouscule trop les principes fondamentaux du droit des obligations.

Dans la mesure où les groupes de contrats sont aujourd'hui une réalité indéniable du monde des affaires, il nous paraît important d'en avoir une lecture juridique cohérente permettant aux différents acteurs impliqués de disposer de solutions prévisibles, sauf à mettre à mal bon nombre de relations contractuelles qui participent à notre économie³⁴.

Un des objectifs de ce mémoire est d'esquisser une telle lecture au sujet des questions de droit international privé posées par la sous-traitance internationale, laquelle constitue un type de groupes de contrats. Les questions qui viennent d'être évoquées quant à la relativité des conventions se posent en effet avec une acuité particulière dans le secteur de la sous-traitance et se complexifient lorsque celle-ci est teintée d'extranéité. Avant d'aborder ces difficultés dans le cadre de la sous-traitance internationale, il est important de s'arrêter encore quelques instants sur certains aspects de la sous-traitance en droit interne.

Les sections qui suivent sont consacrées à l'exposé du contrat de sous-traitance en droit belge et en droit français. Sans pour autant vouloir faire œuvre de droit comparé, le choix du droit français nous a paru s'imposer dans la mesure où, contrairement à d'autres ordres juridiques nationaux, le

³⁴ Nous rejoignons le professeur Montero qui affirme que « quoi qu'il en soit, la théorie des groupes de contrats constitue une lumineuse intuition et répond incontestablement à une réalité économique » : E. MONTERO, « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », *op. cit.*, p. 194.

législateur s'y est spécifiquement intéressé afin de consacrer un régime juridique protecteur du sous-traitant.

Section 2. La sous-traitance en droit belge

En l'absence d'une définition légale, la doctrine et la jurisprudence belges définissent la sous-traitance comme étant une convention par laquelle une personne (le sous-traitant) s'engage envers un entrepreneur principal, en-dehors de tout lien de subordination, à exécuter tout ou partie du marché que ce dernier a conclu avec le maître de l'ouvrage³⁵.

Trois caractéristiques du contrat de sous-traitance découlent de cette définition :

- Il faut être en présence de deux contrats « en cascade »³⁶ c'est-à-dire un contrat second qui s'inscrit dans le cadre de l'exécution du premier. La sous-traitance suppose la présence de deux contrats d'entreprise dont le second constitue un contrat distinct du contrat d'entreprise principal.
- Si le contrat de sous-traitance ne s'explique que par l'existence du contrat principal, il n'institue cependant aucun lien de subordination juridique entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal. L'absence de lien de subordination permet de distinguer le contrat de sous-traitance du contrat de travail.
- Enfin, il découle de l'article 1797 du Code civil qui énonce que « l'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie », que l'entrepreneur principal assume vis-à-vis du maître de l'ouvrage l'entière responsabilité de la bonne exécution des travaux qu'il a confiés au sous-traitant.

Puisque la sous-traitance ne fait, en droit belge, l'objet d'aucune disposition législative particulière, le régime qui s'y applique est celui prévu par le Code civil en matière de contrat d'entreprise, ainsi que le droit commun des obligations.

Le fait que la sous-traitance fasse intervenir plusieurs prestataires sur un même projet suscite de nombreuses questions juridiques quant aux recours en responsabilité qu'il est possible de mettre en œuvre entre les parties. Nous examinerons successivement la question de la responsabilité du sous-

³⁵ Bruxelles, 17 septembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 41 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Larcier, Formation permanente C.U.P., mai 2003, vol.63, p. 75 ; O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 254.

³⁶ A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, P. WERY, *Droit des contrats spéciaux*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Kluwer, 2013, p. 375.

traitant vis-à-vis du maître de l'ouvrage (A) et celle de l'action directe du sous-traitant impayé contre le maître de l'ouvrage (B). Ces questions sont délicates au regard du principe de la relativité des conventions (article 1165 C. civ), lequel impose de considérer le contrat de sous-traitance comme indépendant et autonome vis-à-vis du contrat d'entreprise principale, même si, d'un point de vue économique, il en est le prolongement³⁷.

A. Le recours du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant

Le maître de l'ouvrage dispose à l'évidence d'un recours contractuel contre l'entrepreneur principal pour les manquements dont ce dernier se rend coupable à l'occasion de l'exécution du contrat. En outre, et par l'effet de l'article 1797 du Code civil qui prévoit que «[l']entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie », le maître de l'ouvrage peut agir contre l'entrepreneur principal lorsque sont en cause des fautes commises par un sous-traitant qui a été engagé par ce dernier et qui a assumé une obligation qui, au départ, lui incombait.

Le maître de l'ouvrage dispose donc d'un recours légal contre l'entrepreneur principal avec lequel il a contracté, et cela même si sont en cause des manquements imputables au sous-traitant. Ceci explique qu'en pratique, le sous-traitant soit rarement confronté à un recours en responsabilité initié contre lui par le maître de l'ouvrage, d'autant qu'il n'existe entre eux aucun lien contractuel. Appelé à répondre des manquements de son sous-traitant par une action dirigée contre lui par le maître de l'ouvrage sur pied de l'article 1797 du Code civil, l'entrepreneur principal pourra bien entendu, dans le cadre du litige qui l'oppose au maître de l'ouvrage, se retourner contre son sous-traitant par le biais d'une action en intervention forcée et garantie³⁸. Dans ce cas, et si des malfaçons peuvent lui être reprochées, le sous-traitant sera condamné, par le biais d'une action contractuelle, à tenir indemne l'entrepreneur principal de toute condamnation prononcée contre lui.

En l'absence de lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, seule l'action en responsabilité délictuelle semble être à la portée du maître de l'ouvrage pour agir directement contre le sous-traitant.

La Cour de cassation³⁹ conditionne cette action à la démonstration classique de l'existence d'une faute, qui doit nécessairement consister en la violation d'une règle générale de prudence⁴⁰ (et non pas d'une disposition contractuelle), d'un dommage spécifique et d'un lien de causalité entre les deux. Ces exigences imposées par la jurisprudence rendent difficile la mise en cause de la

³⁷ A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, P. WERY, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 375.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Cass., 7 décembre 1973, *Entr. et dr.*, 1975, p. 181 ; Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155 ; Cass., 26 avril 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1017.

⁴⁰ Fr. BALON, « Relations maître de l'ouvrage/sous-traitant », in *La sous-traitance*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 87.

responsabilité non-contractuelle du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, si bien qu'on considère aujourd'hui que le sous-traitant bénéficie, en droit belge, d'une quasi-immunité⁴¹ à l'égard du maître de l'ouvrage.

Par un arrêt du 14 mai 2004⁴², la Cour de cassation belge a confirmé qu'un maître de l'ouvrage ne disposait que d'un recours de nature extracontractuelle contre le sous-traitant. Un maître de l'ouvrage avait commandé la construction d'un immeuble à un entrepreneur. Celui-ci avait fait appel à un sous-traitant spécialisé en toiture. Quelques années plus tard, des malfaçons s'étaient révélées dans le toit. Le maître de l'ouvrage avait alors décidé d'agir contractuellement contre son entrepreneur et contre le sous-traitant. La cour d'appel de Liège avait retenu la responsabilité contractuelle du sous-traitant au motif que la faute de conception qui était reprochée au sous-traitant avait été commise dans le cadre de la mission contractuelle qui lui avait été confiée et que, par conséquent, la responsabilité du sous-traitant ne pouvait être invoquée que dans un cadre contractuel.

La Cour de cassation cassa l'arrêt en indiquant que l'absence de lien contractuel entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage empêchait ce dernier d'actionner directement le sous-traitant en responsabilité contractuelle.

Le recours possible du maître de l'ouvrage envers le sous-traitant est donc, en droit belge, exclusivement de nature quasi-délictuelle.

B. L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage

L'action directe peut être définie comme un mécanisme qui permet « 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 »⁴³.

L'article 1798 du Code civil constitue la base légale de l'action directe dont le sous-traitant dispose vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Cette disposition a été insérée dans le Code civil par la loi du 19 février 1990⁴⁴ qui était motivée par la volonté du législateur de protéger le sous-traitant en tant que partie faible au contrat.

⁴¹ R. de BRIEY 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, pp. 132-146.

⁴² Cass., 14 mai 2004, *Res. jur. imm.*, 2005, vol. 1, p. 31.

⁴³ C.A., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184, obs. E. MONTERO.

⁴⁴ Loi du 19 février 1990 complétant l'article 20 de la loi hypothécaire (L.16 décembre 1851) et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, *M.B.*, 24 mars 1990, p. 5561.

L'article 1798 prévoit que :

« [L]es 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 ».

Etant donné l'objectif de protection poursuivi par cette disposition, celle-ci est considérée comme impérative, de sorte que toute clause contractuelle qui écarterait la possibilité d'exercer une action directe doit être considérée comme nulle⁴⁵.

Le mécanisme de l'action directe est exclusivement à la portée des sous-traitants, et jamais à celle des maîtres d'ouvrage. L'action directe existe au bénéfice de tous les sous-traitants à l'égard du débiteur de leur débiteur, quel que soit leur degré dans la chaîne contractuelle⁴⁶ : non seulement le premier sous-traitant (ou « sous-traitant au premier degré ») peut agir directement contre le maître de l'ouvrage et, comme le dit le texte de l'article 1798, le sous-traitant du premier sous-traitant (« sous-traitant au deuxième degré ») peut agir contre l'entrepreneur principal, mais encore le sous-traitant du deuxième sous-traitant (c'est-à-dire le « sous-traitant au troisième degré ») peut agir directement contre le sous-traitant au premier degré – et ainsi de suite.

L'existence d'une action directe au bénéfice du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage contraste avec la quasi-immunité dont le sous-traitant bénéficie face au maître de l'ouvrage⁴⁷. Une question préjudicielle a à ce propos été posée à la Cour d'arbitrage, laquelle n'y a pas décelé de discrimination inconstitutionnelle préjudiciable au maître de l'ouvrage, car la différence de traitement est, selon la Cour, justifiée par des éléments objectifs⁴⁸. Les principales justifications invoquées par la Cour sont, d'une part, que le sous-traitant se trouve « dans une position économique généralement plus fragile compte tenu de sa situation de dépendance vis-à-vis de l'entrepreneur principal »⁴⁹ et, d'autre part, que les obligations en cause sont de natures différentes. En effet, c'est l'inexécution d'une obligation de somme qui pousse le sous-traitant à intenter une action directe tandis que, dans le chef du maître de l'ouvrage, l'obligation inexécutée est une obligation de faire qui incombait à l'entrepreneur.

⁴⁵ L.-O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE, « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées », in *Droit de la construction*, Formation permanente C.U.P., vol. 127, Liège, Anthemis, 2011, p. 145.

⁴⁶ C. Const., 2 février 2012, n°12/2012, *M.B.*, 30 mars 2012, p. 20461.

⁴⁷ A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, P. WERY, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 380.

⁴⁸ C.A., 28 juin 2006, n°111/2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184, obs. E. MONTERO.

⁴⁹ *Ibid.*

Reste à savoir sur quoi repose l'action directe du sous-traitant. D'une part, quelles sont les créances qu'un sous-traitant peut espérer recouvrer par l'exercice d'une telle action ? Et, d'autre part, quelles créances peut-il puiser dans le contrat d'entreprise principale pour soutenir son action directe ⁵⁰?

La Cour de cassation s'est exprimée sur la teneur de la créance-cause dans un arrêt du 21 décembre 2001 en affirmant 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 » ⁵¹. La Cour exige par-là que la créance invoquée dans l'action directe trouve sa source dans une chaîne de contrats à laquelle le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ont pris part ⁵².

En ce qui concerne la nature de la créance-objet ⁵³, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 29 octobre 2004, indiqué 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 » ⁵⁴.

Notre Cour suprême reste donc très cohérente dans ses enseignements : seules les créances relatives au chantier sur lequel le sous-traitant est intervenu sont susceptibles d'être visées par l'action directe ⁵⁵.

Quand le maître de l'ouvrage est confronté à une action directe, il dispose de deux moyens de défense. Il peut opposer toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer à l'entrepreneur, car le sous-traitant s'immisce dans le contrat d'entreprise et exerce les droits de son débiteur à sa place et pour son profit direct. Il ne peut donc en dépasser les limites ⁵⁶.

Le maître de l'ouvrage peut également opposer toutes les exceptions que l'entrepreneur principal aurait pu opposer au sous-traitant car ce dernier ne peut réclamer au maître de l'ouvrage plus que ce qu'il aurait pu réclamer à son cocontractant direct ⁵⁷.

En outre, l'action directe s'accompagne de deux effets, l'un négatif et l'autre positif.

⁵⁰ A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, P. WERY, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 381.

⁵¹ Cass., 21 décembre 2001, *D.A.O.R.*, 2002, p. 264, obs. P. WERY.

⁵² A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, P. WERY, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 381.

⁵³ P. WERY, « L'assiette de l'action directe du sous-traitant », note sous Cass., 21 décembre 2001, *D.A.O.R.*, 2002, n° 63, p. 264.

⁵⁴ Cass., 29 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1697.

⁵⁵ O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *op. cit.*, p. 261.

⁵⁶ P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », in *La sous-traitance*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 53.

⁵⁷ P. WERY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *R.R.D.*, 1997, p. 180.

Le premier est un effet « conservatoire » qui opère sur les créances que l'entrepreneur détient à l'égard du maître de l'ouvrage et qui les rend indisponibles. Cet effet est qualifié de « négatif » car il implique que le maître de l'ouvrage ne peut plus espérer se libérer en payant directement l'entrepreneur⁵⁸. L'autre effet est celui « d'exécution ». Il est perçu comme « positif » car il permet au sous-traitant d'exiger que les créances lui soient payées. Le maître de l'ouvrage se trouve obligé de s'exécuter⁵⁹.

Section 3. La sous-traitance en droit français

Exposer le régime français de la sous-traitance permet d'aborder plusieurs questions particulières : celle de savoir dans quelle mesure la théorie des groupes de contrats peut être utilisée afin d'admettre un recours contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant (A) et celle du statut de la loi française sur la sous-traitance en tant que loi de police (B). Ce statut nous amènera à nous interroger sur les clauses de « *if and when* » insérées dans les contrats de sous-traitance internationale (C).

En France, la sous-traitance est régie par une loi. Celle-ci date du 31 décembre 1975 et a également été adoptée dans un souci de protection des sous-traitants.

L'article 1^{er} de la loi définit la sous-traitance comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».⁶⁰

La sous-traitance française connaît également le mécanisme de l'action directe. L'article 12 de la loi indique en effet que :

« Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.

Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite (...) ».

⁵⁸ A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, P. WERY, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 384.

⁵⁹ Cet effet amène certains auteurs à percevoir l'action directe comme une mesure d'exécution qui s'apparente, selon eux, à une saisie-arrêt mais plus rapide et plus efficace. Voy. à cet égard : Ph. GERARD et J. WINDEY, « Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire : à contre-courant », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 399.

⁶⁰ L. 31 décembre 1975, *J.O.R.F.*, 3 janvier 1976, p. 148

Le législateur français a pris soin d'indiquer l'étendue de l'action directe⁶¹. L'article 13 de la loi prévoit que l'action n'est valable que pour le paiement des prestations prévues dans le contrat de sous-traitance et dont le maître de l'ouvrage est effectivement bénéficiaire, et que les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal.

Après ces brefs développements introductifs quant à la sous-traitance française, penchons-nous sur les trois délicates questions évoquées plus haut.

A. Le recours du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant

La sous-traitance fait naître une relation entre trois parties distinctes : le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Même si au sein de cette relation tripartite les rapports sont étroits, le contrat de sous-traitance demeure, en vertu du principe de la relativité des conventions, autonome par rapport à celui conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur.

Il est cependant indéniable que la raison d'être et l'objet du contrat de sous-traitance sont contenus dans le contrat principal et qu'il prend place au sein d'un ensemble de relations contractuelles plus complexes qui forment un groupe de contrats. Ce constat a amené plusieurs auteurs aussi bien en France⁶² qu'en Belgique⁶³, à se prononcer en faveur d'un recours pour le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant.

Ce courant a rapidement été contrecarré en France par un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 1991⁶⁴, par lequel la Cour a affirmé que les maîtres d'ouvrage ne disposaient pas de recours contractuels contre les sous-traitants de leurs cocontractants.

Les faits à l'origine de l'arrêt étaient les suivants : un maître de l'ouvrage avait chargé un entrepreneur de surveiller et d'organiser pour lui la construction d'un immeuble. L'entrepreneur principal avait passé un sous-contrat de construction avec un plombier. Les travaux de plomberie exécutés par le sous-traitant s'étaient par la suite révélés être défectueux et le maître de l'ouvrage avait décidé d'assigner le sous-traitant en responsabilité délictuelle.

⁶¹ Alors qu'en Belgique, c'est notre Cour de cassation qui a dû définir ce que couvraient la créance cause et la créance objet (Voy. *supra*).

⁶² Le professeur français Jacques Ghestin considérait encore en 1992 que « dans la sous-traitance, (...) le principe de la relativité des contrats conduit (...) à traiter les différents intervenants, qu'il s'agisse de responsabilité ou de paiement du prix, comme des tiers les uns par rapport aux autres, mais il est difficile de faire complètement abstraction de ce que l'ensemble des contrats conclus l'a été en vue de la réalisation d'une même opération économique et qu'une certaine solidarité ne peut manquer d'exister entre les divers participants » : J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers. Introduction », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 9-10.

⁶³ Fr. GLANSDORFF, « Réflexions complémentaires au sujet de l'action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant et plus généralement au sein des groupes de contrats », *R.G.A.R.*, 1990, n° 11.596.

⁶⁴ Cass. fr., 12 juillet 1991, *Bull.* 1991, A.P. n°5, p. 7.

La Cour d'appel de Nancy⁶⁵ avait rejeté cette action car elle estimait que le maître de l'ouvrage ne détenait qu'une action contractuelle contre le sous-traitant. Les juges d'appel considéraient en effet que « quand le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette dernière que d'une action nécessairement contractuelle »⁶⁶.

La Cour de cassation estima que par sa décision, la cour d'appel avait violé l'article 1165 du Code civil qui consacre le principe de la relativité des conventions. Elle cassa l'arrêt et conclut que le sous-traitant n'était pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage⁶⁷, et que le maître de l'ouvrage ne disposait que d'un recours extracontractuel contre le sous-traitant.

Comme nous d'avons dit plus haut (Section 2, point C, 1.(A)), sur ce point, le droit français et le droit belge se rejoignent⁶⁸.

B. La loi du 31 décembre 1975 en tant que loi de police

« Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement »⁶⁹.

Les lois de police sont des dispositions de droit privé issues d'ordres juridiques nationaux dont les législateurs entendent assurer un « effet territorial »⁷⁰. Ces dispositions s'appliquent à toute situation présentant un lien de rattachement avec le territoire sur lequel ces lois s'appliquent.

La Cour de cassation française a, dans un arrêt du 30 novembre 2007⁷¹, affirmé que la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, était une loi de police⁷².

Les faits ayant donné lieu à cet arrêt de principe étaient les suivants : une société française (la société

⁶⁵ Nancy, 16 janvier 1990, n°14/00115.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Cass. fr. (ass. plén.), 12 juillet 1991, *D.*, 1991, p. 519.

⁶⁸ Cass., 14 mai 2004, *Res. jur. immo.*, 2005, vol. 1, p. 31.

⁶⁹ Article 9§1 du Règl. (C.E.) n° 593/2008, 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), *J.O.C.E.* n° L177, 4 juillet 2008, p. 6.

⁷⁰ Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 136.

⁷¹ Cass. fr. (ch. mixte), 30 novembre 2007, *Bull. civ.* n° 12, *Rapport de la Cour de cassation 2007*, p. 481.

⁷² Depuis une dizaine d'années environ, aussi bien en France qu'en Belgique, des auteurs plaidaient pour que les règles relatives à l'action directe soient qualifiées de lois de police. Voy. sur à ce sujet : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1983, n°605 et M. FALLON, « La responsabilité des constructeurs dans les relations internationales. Rapport belge » in *La responsabilité des constructeurs, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XLII, Journées égyptiennes, Paris, Litec, 1993, n° 247.

Bassel) avait confié à un entrepreneur allemand (la société *SAB*) la réalisation d'un immeuble à usage industriel en France. L'entrepreneur allemand avait sous-traité le lot « tuyauterie » à une société française (la société *Agintis*). Dans chaque contrat, les parties avaient inséré une clause désignant le droit allemand. Victime de non-paiement, le sous-traitant français avait, dans un premier temps, mis en demeure l'entrepreneur principal de le payer. Face à l'inaction de ce dernier, *Agintis* avait engagé une procédure arbitrale afin d'obtenir les sommes que son cocontractant *SAB* lui devait. L'entrepreneur allemand fut condamné par le Tribunal arbitral au paiement de ce qu'il devait à son sous-traitant. La société *SAB* avait entretemps fait l'objet d'une procédure collective régie par le droit allemand à laquelle la société *Agintis* avait produit sa créance. Le maître de l'ouvrage *Bassel* avait, à la suite de la faillite et de la sentence arbitrale, refusé les paiements réclamés par la société *Agintis* aux motifs que le marché principal et les sous-traités étaient régis par la loi allemande et qu'il n'avait pas accepté *Agintis* en qualité de sous-traitant.

Ce dernier avait alors décidé d'assigner le maître de l'ouvrage en paiement et en indemnisation sur le fondement des articles 12 et 14§1 de la loi du 31 décembre 1975. Son action reposait également sur une base extracontractuelle. Il estimait en effet que la passivité du maître de l'ouvrage était constitutive d'une faute, laquelle l'avait privé de la possibilité de sauvegarder ses droits par voie de saisie conservatoire avant que *SAB* ne soit mise en faillite.

La société *Bassel* s'était défendue en contestant la recevabilité de l'action au motif que les contrats étaient régis par la loi allemande et que celle-ci ne connaissait pas le mécanisme de l'action directe.

La Cour de cassation française confirma l'arrêt de la cour d'appel en indiquant que « s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police (...) »⁷³ et que, dès lors, les clauses de choix de loi en faveur de la loi allemande devaient être laissées sans effet⁷⁴.

La portée de cette décision est non négligeable car elle implique que pour tout chantier se déroulant en France et quelle que soit la nationalité des intervenants, le juge français doit admettre l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage. Nous reviendrons plus loin, dans le chapitre III consacré au conflit de lois, sur la problématique des lois de police et la critique doctrinale qui a été adressée à cet arrêt de principe.

⁷³ Cass. fr. (ch. mixte), 30 novembre 2007, *Bull. civ.* n° 12, *Rapport de la Cour de cassation 2007*, p. 481.

⁷⁴ *Ibid.*

C. Les clauses de « *if and when* » en droit français

Une clause de « *if and when* » est une clause par laquelle les parties à un contrat de sous-traitance prévoient que les sommes dues par l'entrepreneur principal au sous-traitant sont subordonnées à l'encaissement effectif des paiements que le maître de l'ouvrage doit à l'entrepreneur⁷⁵.

Des clauses de ce genre sont fréquemment insérées dans les contrats internationaux de sous-traitance et sont défavorables aux sous-traitants car elles leur font supporter, aux côtés de l'entrepreneur principal, les inconvénients liés aux retards de paiement du maître de l'ouvrage ainsi que son éventuelle insolvabilité. La loi de 1975 impose cependant à l'entrepreneur principal de payer directement son sous-traitant alors même que lui-même n'aurait pas été payé par le maître de l'ouvrage⁷⁶.

La validité d'une telle clause au regard de la loi française est problématique et il en est de même à l'échelle internationale puisque la loi du 31 décembre 1975 a acquis le statut de loi de police. Ainsi, chaque fois qu'un chantier se situe en France et qu'une clause de « *if and when* » est insérée dans un contrat de sous-traitance international, celle-ci doit être considérée comme nulle car contraire à la loi impérative française sur la sous-traitance⁷⁷.

*

L'action directe du sous-traitant est le produit de la juxtaposition de deux contrats : celui du maître de l'ouvrage avec l'entrepreneur principal et celui de l'entrepreneur principal avec le sous-traitant⁷⁸. Lorsque celle-ci est mise en œuvre dans un contexte international, beaucoup de questions viennent à se poser : quel est le tribunal compétent pour connaître de l'action directe et quel sort doit être réservé aux clauses d'élection de for et aux clauses d'arbitrage insérées dans les contrats ? Ou encore, pour que le sous-traitant dispose d'une action directe vis-à-vis du maître de l'ouvrage, faut-il que son contrat soit soumis à un droit qui connaît ce mécanisme (le droit belge par exemple) ou faut-il que le contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal soit (également ?) soumis au droit belge ?

⁷⁵ H. SLIM « La portée de la liberté contractuelle dans le domaine de la sous-traitance », in *1975-2015, De quelques aspects contemporains de la sous-traitance*, Colloque organisé à Tours, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 7.

⁷⁶ Article 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

⁷⁷ H. SLIM, « La portée de la liberté contractuelle dans le domaine de la sous-traitance », *op. cit.*, p. 7.

⁷⁸ P. WAUTELET, « La sous-traitance internationale : questions choisies », in *La sous-traitance*, Commission droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 38 de la contribution tirée à part.

Les chapitres qui suivent sont consacrés à la question du conflit de juridictions (Chapitre II) et à la question du conflit de lois (Chapitre III) dans la sous-traitance internationale. Dans les deux cas, une attention particulière sera portée à la problématique de l'action directe du sous-traitant.

Chapitre II – Conflit de juridictions, sous-traitance et action directe

Lorsqu'un juge est saisi d'un litige qui comporte des éléments d'extranéité, il doit d'abord vérifier s'il est compétent pour en connaître. Pour ce faire, il doit par priorité appliquer les règles internationales ou supranationales auxquelles son pays a souscrit. En l'occurrence, pour le juge belge et les autres juges des Etats membres de l'Union européenne, il s'agit du Règlement Bruxelles *Ibis*⁷⁹ sur la compétence judiciaire dont les critères de rattachement permettent de désigner les juridictions compétentes. Le Règlement indique que, dans le cadre de l'appréciation de sa compétence, le juge doit toujours prioritairement avoir égard aux accords de compétence qui auraient été conclus entre les parties et que, si ceux-ci sont valides, il doit y donner effet⁸⁰. En revanche, si aucun accord n'a été conclu au préalable ou que celui-ci n'est pas valable, le juge doit faire application des règles de compétence ordinaire contenues dans le Règlement.

Dans le présent chapitre, la première section est consacrée aux règles de compétence ordinaire ainsi qu'à l'exposé du problème de « qualification » du rapport juridique que l'application de celles-ci suscite. La deuxième et la troisième sections sont, quant à elles, consacrées au sort qui doit être réservé aux accords sur la compétence auxquels le sous-traitant ou le maître de l'ouvrage auraient souscrit. Les clauses d'élection de for (section 2) et les clauses d'arbitrage (section 3) seront ainsi successivement examinées.

Section 1. Les règles de compétence ordinaire

Le Règlement Bruxelles *Ibis* contient deux chefs de compétence : un chef de compétence général qui désigne les juridictions de l'état du domicile du défendeur⁸¹, et des chefs de compétences spéciales contenus à l'article 7 du Règlement. La mise en œuvre des chefs de compétences spéciales soulève une question préalable de qualification car les fors désignés varient selon que le litige relève de la matière contractuelle ou de la matière délictuelle⁸².

⁷⁹ Règl. (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles *Ibis* »), *J.O.U.E.* n° L 351, 20 décembre 2012, p. 1-32.

⁸⁰ Voy. Article 2 du Règlement Bruxelles *Ibis* « Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un Etat membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, ».

⁸¹ Article 4 du Règlement Bruxelles *Ibis*.

⁸² P. WAUTELET, « La sous-traitance internationale : questions choisies », *op. cit.*, p. 41.

A. Problème de qualification

En droit interne, la qualification juridique est reconnue pour être l'une des opérations intellectuelles les plus fondamentales de la science du droit⁸³. Elle consiste à « prendre en considération un fait (supposé établi dans sa matérialité) pour le revêtir intellectuellement de la qualité juridique qui va lui faire produire ses effets de droit »⁸⁴.

La qualification est un des thèmes les plus discutés en droit international privé⁸⁵. Il s'agit de la première étape à laquelle le juge doit s'atteler pour mettre en œuvre une règle de conflit de juridiction ou de conflit de loi étant donné qu'elles connaissent toutes des champs d'application matériels différents⁸⁶.

L'opération de qualification consiste donc pour le juge confronté à une question de droit à « faire entrer cette question dans le champ d'application de la règle de conflit »⁸⁷.

En principe, la qualification se fait *de lege fori* c'est à dire que le juge qualifie la question qui lui a été posée à partir des conceptions en vigueur au sein de l'ordre juridique auquel il appartient⁸⁸. Le juge doit vérifier si les concepts qui, dans son ordre juridique, désignent la situation concrète correspondent aux concepts délimitant la norme⁸⁹.

Cette « opération de recherche d'équivalence entre le concept conventionnel et la situation concrète »⁹⁰ est une sorte de préalable à l'opération de qualification en elle-même.

Si le procédé semble simple en théorie, sa mise en œuvre l'est beaucoup moins.

La première difficulté réside dans le fait que rares sont les concepts contenus dans les conventions internationales à propos desquels les Etats membres se sont accordés pour en donner une définition unique. Par conséquent, les juges doivent, en amont de la question de qualification, fournir un travail d'interprétation *de lege fori* de ces concepts empruntés au droit civil (biens, contrats, statut personnel, délits) mais qui ont vocation à appréhender des situations internationales.

⁸³ E. FOHRER-DEDEURWAERDER, « Qualification en droit international privé », *JurisClasseur Civil*, Fasc. 130-70 (17 août 2015), p. 2.

⁸⁴ G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Paris, L.G.D.J., 13e éd. 2007, spéc. n° 194, p. 107.

⁸⁵ Erik JAYME, *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1995, t. 251, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 9.

⁸⁶ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Le droit international privé*, *op. cit.*, p. 82.

⁸⁷ Cette formule particulièrement appropriée provient d'un site d'enseignement en ligne : <http://www.cours-de-droit.net/qualification-et-controle-de-qualification-en-droit-international-a121609846>

⁸⁸ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Le droit international privé*, *op. cit.*, p. 82.

⁸⁹ R. BOUKHARI, « La qualification en droit international privé », *Les Cahiers de droit* 511/2010, p. 159.

⁹⁰ E. FOHRER-DEDEURWAERDER, « Qualification en droit international privé », *op. cit.*, p. 2.

En outre, l'opération de qualification se révèle encore plus ardue lorsque la question qui est posée au juge provient d'une institution inconnue du droit du for⁹¹ et « qu'elle ne trouve aucune institution susceptible de lui correspondre »⁹². Par exemple, la *kafala* en droit marocain correspond-elle à l'institution belge de l'adoption ?

A côté de la qualification *lege fori*, il existe deux autres types de qualifications : la qualification *lege causae* et la qualification universelle.

La méthode de qualification *lege causae* consiste à qualifier la demande sur le fondement de la loi désignée par la règle de conflit. Cette méthode est cependant rarement utilisée car elle contient une certaine artificialité ; la qualification se fait sur base de la loi applicable, or celle-ci ne peut être identifiée que par la mise en œuvre préalable du procédé de qualification.

Les qualifications « universelles » ou « internationales » sont celles faites en référence aux définitions élaborées par la Cour de Justice en application de sa compétence interprétative.

Lorsqu'un juge est saisi, dans le cadre d'un litige international, d'une demande d'action directe, il doit, dans un premier temps, la qualifier afin de la rattacher à l'un des champs d'application du Règlement Bruxelles Ibis. En effet, celui-ci possède un double champ d'application : il porte à la fois sur la matière contractuelle et sur la matière délictuelle. Ces notions ne sont pas définies dans le Règlement qui se borne à énumérer ce qui n'entre pas dans son champ d'application⁹³. La Cour de Justice a cependant été amenée à définir, à l'occasion de litiges sur la compétence, les notions de « matière contractuelle » et de « matière délictuelle ». Dès lors, les juges peuvent se servir de ces définitions pour qualifier les demandes dont ils sont saisis.

En ce qui concerne l'action directe du sous-traitant, le juge doit donc se demander si, compte tenu des définitions données par la Cour et de la façon dont son propre ordre juridique perçoit le mécanisme de l'action directe, la demande du sous-traitant relève plutôt de la « matière contractuelle » ou de la « matière délictuelle ».

Le premier problème auquel le juge va être confronté lors de la qualification de l'action directe est qu'en réalité, celle-ci n'est ni contractuelle, ni délictuelle mais a une nature « légale ». Aussi, la qualification s'avèrera d'autant plus difficile si l'ordre juridique dont le juge est issu ne connaît pas le mécanisme légal de l'action directe.

⁹¹ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Le droit international privé*, op. cit., p. 83.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Article 1er du Règlement Bruxelles Ibis.

Les prochains paragraphes sont consacrés à la délicate question de qualification de la demande d'action directe et à l'identification des juridictions compétentes selon que l'action directe est envisagée comme étant une action contractuelle ou délictuelle.

B. L'action directe est-elle de nature contractuelle ?

L'article 7§1 a) du Règlement Bruxelles Ibis indique que lorsque le litige relève de la matière contractuelle, l'affaire doit être portée devant « la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ».

La matière contractuelle a été définie par la Cour de Justice dans l'arrêt *Handte* du 17 juin 1992⁹⁴ à l'occasion duquel la Cour était appelée à se prononcer sur le caractère contractuel ou non de l'action directe d'un sous-acquéreur contre le fabricant d'une chose viciée. La Cour répondit que cette action était nécessairement extracontractuelle étant donné que pour qu'une relation soit contractuelle, il faut qu'il existe un « engagement librement assumé d'une partie envers une autre »⁹⁵.

La jurisprudence relative à l'action directe du sous-acquéreur peut être transposée lors de la qualification de l'action directe du sous-traitant car le maître de l'ouvrage n'assume en effet aucun engagement librement assumé envers le sous-traitant. Le for contractuel ne pourrait donc être retenu pour l'action directe étant donné que la relation entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ne relève pas de la « matière contractuelle » telle que définie par la Cour.

Ce raisonnement paraît simple et logique. Il n'a cependant pas été retenu à l'occasion d'une affaire de sous-traitance internationale particulièrement intéressante soumise aux juridictions belges à laquelle il y a lieu de consacrer quelques développements.

En 2014, le Tribunal de commerce d'Anvers (division Hasselt)⁹⁶ fut saisi d'une action directe mise en œuvre par un sous-traitant néerlandais qui avait participé à une opération de sous-traitance internationale. À l'occasion de ce jugement – à notre connaissance, le plus récent à avoir été rendu par les juridictions belges en matière de sous-traitance internationale et à avoir été publié à l'heure actuelle – le juge statua à la fois sur sa compétence internationale et sur la loi applicable au litige.

⁹⁴ C.J.C.E., 17 juin 1992, (*Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*), C-26/91, *Rec.*, 1992, p. 3990.

⁹⁵ C.J.C.E., 17 juin 1992, (*Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*), C-26/91, *Rec.*, 1992, p. 3990. La Cour fournit en réalité une définition par la négative : « La notion de matière contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de la Convention, ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre ».

⁹⁶ Comm. Anvers (div. Hasselt), 8 octobre 2014, *R.A.B.G.*, 2015/12, p. 897 note B. VOLDERS, « De rechtstreekse vordering in het internationale privaatrecht », pp. 900-903 et *R.D.C.*, 2015, vol. 1, p. 113 ; selon les informations du greffe, le jugement n'a pas fait l'objet d'un appel.

Les faits à l'origine du jugement étaient les suivants : un maître de l'ouvrage (*C*) avait contracté avec un entrepreneur (*T.S.*) pour la construction d'un parc éolien off-shore. *T.S.* avait fait appel à un entrepreneur néerlandais (*T*) pour qu'il exécute les travaux d'infrastructure marine et électrique. *T* avait quant à lui sous-traité le travail de dragage à l'entreprise belge *B.B.* qui elle-même avait eu recours aux « diving services » d'un sous-traitant néerlandais (*B*).

Le contrat conclu entre *T* et *B.B.* était, en vertu d'une clause de choix de loi, soumis au droit belge et il y était expressément prévu que l'entrepreneur pourrait faire appel à des sous-traitants, d'autant que l'entrepreneur ne possédait pas l'expertise suffisante pour réaliser seul tout ce à quoi il s'était engagé, ce que le maître de l'ouvrage savait.

Le contrat de sous-traitance conclu entre *B.B.* et *B.* était quant à lui soumis au droit néerlandais.

A la suite du non-paiement des prestations qu'il avait effectuées en Belgique, le sous-traitant néerlandais (*B*) décida d'agir directement contre le maître de l'ouvrage néerlandais (*T*) et porta son action devant le juge du Tribunal de commerce d'Anvers, division Hasselt.

Le juge fut, dans un premier temps, amené à vérifier sa compétence, avant de pouvoir désigner la loi applicable à l'action directe du sous-traitant.

Dans ses conclusions, le sous-traitant invoquait deux justifications à la compétence du juge. A titre principal, il soutenait que le juge était compétent en application de l'article 23 du Règlement Bruxelles I⁹⁷ car la clause d'élection de for contenue dans les conditions générales de l'entrepreneur belge *B.B.* désignait les juridictions belges. A titre subsidiaire, il estimait que le juge belge était compétent en vertu de l'article 5§1 point b) du Règlement Bruxelles I⁹⁸ car les services qu'il avait fournis étaient localisés sur le territoire belge.

Dans le jugement, le juge belge réfuta sa compétence sur base de l'article 23 du Règlement Bruxelles I, car la clause d'élection de for contenue dans les conditions générales de *B.B.* faisait partie du contrat signé entre le maître de l'ouvrage *T.* et l'entrepreneur *B.B.*, et ne constituait pas une clause émise en faveur des tiers sur laquelle le sous-traitant *B.* aurait pu se fonder pour justifier la compétence du juge belge (voy. sur cette question, la section 2 ci-dessous consacrée aux clauses d'élection de for). En revanche, il se déclara compétent sur la base de l'article 5§1 point b) du même Règlement. Il justifia le rattachement de l'action directe au recours contractuel en indiquant que :

« Wanneer de wetgever in een mechanisme van rechtstreekse vordering voorziet, verleent hij aan een derde persoon bij een overeenkomst een eigen en persoonlijk recht dat die

⁹⁷ Aujourd'hui article 25 du Règlement Bruxelles *Ibis*. La procédure ayant été introduite avant le 10 janvier 2015, le Règlement Bruxelles I était, en vertu de l'article 66 du Règlement Bruxelles *Ibis*, encore d'application à ce litige.

⁹⁸ Aujourd'hui article 7§1 b) du Règlement Bruxelles *Ibis*.

persoon uit die overeenkomst put en uitoefent ten aanzien van de schuldenaar van zijn eigen schuldenaar⁹⁹. De rechtstreekse vordering behelst dus steeds de uitoefening door een derde van een recht dat voortspuit uit een overeenkomst. Het voorwerp van de vordering van B. is de contractuele prestatie die T. aan BB. verschuldigd is. In die zin gaat het om *contractuele verbintenissen* »¹⁰⁰.

Selon le juge, il était donc justifié de rattacher l'action directe au contrat principal et de la qualifier d'action contractuelle car, sans ce contrat, l'action directe est impossible.

Pour qualifier l'action directe, le juge belge est parti de la définition donnée à celle-ci par le législateur. Cette démarche est tout à fait naturelle : le juge part de son droit national pour appréhender la situation qui lui est soumise. Il a ensuite remarqué qu'étant donné que l'action directe consistait à aller puiser, dans le contrat d'entreprise principale, une créance qui normalement appartient à l'entrepreneur, l'action directe était intrinsèquement liée au contrat principal et était, par conséquent, contractuelle.

Toujours dans la partie du jugement sur la compétence, le juge examina ensuite si son raisonnement était conforme à la jurisprudence européenne en faisant référence à deux arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Le juge concéda qu'on pouvait déduire de la définition donnée par la Cour de la matière contractuelle dans l'arrêt *Handte*¹⁰¹, que pour qu'une action relève de la matière contractuelle, il fallait une identité entre les parties au contrat et celles au procès, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Le juge fit cependant remarquer que cette exigence n'était pas reprise dans l'arrêt *Frahuil*¹⁰². Au paragraphe 25 de cet arrêt, la Cour concède en effet que ce n'est pas parce que les parties au procès ne sont pas les mêmes que celles au contrat que leur rapport est nécessairement délictuel, et qu'il revient à la juridiction saisie d'examiner la nature de ce rapport¹⁰³. Le juge en conclut que l'application de l'article 5§1^{er} du Règlement Bruxelles I pouvait être étendue aux recours intentés

⁹⁹ « Lorsque le législateur prévoit un mécanisme d'action directe, il accorde à une tierce partie à une convention un droit propre et personnel que cette partie puise de cette convention et exerce contre le débiteur de son propre débiteur ».

¹⁰⁰ « L'action directe suppose donc toujours l'exercice par un tiers d'un droit qui découle d'un contrat. L'objet de la demande du sous-traitant est la prestation que le maître de l'ouvrage doit fournir à l'entrepreneur principal. En ce sens, il s'agit d'obligations contractuelles ».

¹⁰¹ C.J.C.E., 17 juin 1992, (*Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*), C-26/91, *Rec.*, 1992, p. 3990.

¹⁰² C.J.C.E., 5 février 2004, (*Frahuil SA c. Assitalia SpA*), C-265/02, *Rec.*, 2004, p. 1546.

¹⁰³ *Ibid.*, §25 : « À cet égard, il est constant que, dans l'affaire au principal, Frahuil n'a pas été partie au contrat de cautionnement par lequel Assitalia s'est engagée à garantir le paiement des droits de douane par Vegetoil. Toutefois, il apparaît que Frahuil avait chargé Vegetoil de procéder aux formalités de dédouanement. Il appartient, dès lors, à la juridiction de renvoi d'examiner le rapport juridique entre Frahuil et Vegetoil pour établir si celui-ci autorisait ou non Vegetoil à conclure, pour le compte de Frahuil, un contrat tel que le contrat de cautionnement en cause au principal ».

par des tiers lorsque ces recours découlaient du contrat principal, pour autant cependant que l'intervention de ces tiers ait été prévisible dans le chef des parties au contrat principal.

Le juge ajouta qu'en outre, le maître de l'ouvrage savait ou aurait dû savoir qu'un tiers interviendrait dans l'opération, étant donné que l'entrepreneur n'était pas capable de réaliser tous les travaux lui-même et qu'il avait même été expressément autorisé à recourir à des sous-traitants. Le juge pointa de plus que le maître de l'ouvrage pouvait s'attendre à la mise en œuvre d'actions directes, étant donné que le contrat d'entreprise principale était soumis au droit belge. Le juge en conclut qu'il y avait là un engagement librement assumé et qu'étant donné que les services avaient été fournis en Belgique, il avait été valablement saisi¹⁰⁴.

C. *L'action directe est-elle de nature (quasi-)délictuelle ?*

Certains auteurs ne doutent pas de cette qualification¹⁰⁵.

L'article 7§2 du Règlement indique que lorsque le litige relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, l'affaire doit être portée devant « la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».

La Cour de justice a défini la notion de matière délictuelle comme étant une « catégorie résiduelle comprenant toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la notion de matière contractuelle (...) »¹⁰⁶.

Pour retenir la qualification de « matière délictuelle » en ce qui concerne l'action directe du sous-traitant, il faut donc vérifier si celle-ci « met en jeu la responsabilité » du maître de l'ouvrage. Or, la notion de responsabilité n'a pas encore été définie par la Cour de Justice, mais certains rapprochements peuvent cependant être faits avec un autre type d'action : l'action paulienne, à propos de laquelle la Cour a affirmé qu'elle n'était pas de nature à mettre en cause la responsabilité du défendeur¹⁰⁷.

L'action paulienne est un mécanisme prévu à l'article 1167 du Code civil¹⁰⁸ qui permet aux créanciers de s'insurger contre les actes de leurs débiteurs lorsque ceux-ci ont été accomplis en fraude de leurs droits¹⁰⁹. Grâce à cette action, les actes accomplis par le débiteur sont déclarés

¹⁰⁴ Comm. Anvers (div. Hasselt), 8 octobre 2014, *R.A.B.G.*, 2015/12, p. 900.

¹⁰⁵ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, Paris, P.U.F., 2007, p. 362.

¹⁰⁶ C.J.C.E., 27 septembre 1988, (*Kalfelis c. Schröder*), C-189/97, *Rec.*, 1988, p. 1988, §17.

¹⁰⁷ C.J.C.E., 26 mars 1992, (*Mario Reichert, Hans-Heinz Reichert et Ingeborg Kockler c. Dresdner Bank AG*), C-261/90, *Rec.*, 1992, p. 2175.

¹⁰⁸ « Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ».

¹⁰⁹ I. BANMEYER, « L'action paulienne et la tierce complicité », in *La théorie générale des obligations*, Liège, Formation permanente C.U.P., vol. 27, 1998, p. 243.

inopposables au créancier lésé et le patrimoine du débiteur – gage général de ses créanciers – est préservé¹¹⁰. L'action paulienne est toujours dirigée contre le tiers qui a traité avec le débiteur frauduleux¹¹¹. Pour obtenir gain de cause, le créancier doit prouver, en autres, la complicité du tiers contre lequel il agit¹¹².

La circonstance que cette action soit étrangère à toute circonstance fautive dans le chef du tiers a amené la Cour à considérer que l'action paulienne n'était pas de nature à mettre en cause la responsabilité d'un défendeur¹¹³.

Toujours dans le cadre de l'opération de qualification auquel les juges sont confrontés, un parallélisme pourrait être fait entre l'action directe et l'action paulienne. En effet, l'action directe est elle aussi dirigée contre un tiers (le maître de l'ouvrage) par rapport à l'obligation qui lie le créancier (le sous-traitant) à son débiteur (l'entrepreneur principal)¹¹⁴. Et cette action est également mise en œuvre alors que le maître de l'ouvrage n'a, *a priori*, commis aucune faute. Dès lors qu'aucune faute n'est reprochée au maître de l'ouvrage lors de la mise en œuvre de l'action directe, ce n'est pas la responsabilité de ce dernier que le sous-traitant cherche à faire sanctionner. Il désire seulement obtenir le paiement des prestations qu'il a fournies sur le chantier. Sous cet angle, et à défaut de « mettre en jeu » à proprement parler la « responsabilité » du maître de l'ouvrage, le litige issu de l'action directe ne pourrait dès lors être rattaché à la « matière délictuelle »¹¹⁵.

Il est cependant facile d'imaginer la faute qui pourrait être reprochée au maître de l'ouvrage (par exemple une certaine négligence de sa part) ainsi que le dommage subi par le sous-traitant (il demeure impayé). Toutefois, le troisième élément qui doit être présent pour qu'il y ait un cas de responsabilité au sens de l'article 1382 du Code civil fait défaut : il paraît en effet impossible de prouver que cette négligence est en lien causal avec le dommage puisque c'est plutôt le défaut de paiement du sous-traitant par l'entrepreneur principal qui est la cause du dommage du premier.

*

Il ressort de ce qui précède que l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage paraît n'appartenir, selon les critères établis par le droit international privé, ni à la matière contractuelle – sauf à admettre le raisonnement du Tribunal de commerce d'Anvers (division Hasselt) – ni à la matière délictuelle. Par conséquent, ni le paragraphe premier ni le deuxième de l'article 7 du

¹¹⁰ P. WERY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 872.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 874.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ C.J.C.E., 26 mars 1992, (*Mario Reichert, Hans-Heinz Reichert et Ingeborg Kockler c. Dresdner Bank AG*), C-261/90, *Rec.*, 1992, p. 2181, points 19 et 20.

¹¹⁴ P. WAUTELET, « La sous-traitance internationale : questions choisies », op. cit., p. 43.

¹¹⁵ *Ibid.*

Règlement Bruxelles *Ibis* ne sont applicables pour désigner la juridiction compétente pour connaître du litige, car l'action directe ne semble pas « entrer » dans leurs champs d'application et ce alors même que la Cour de Justice les a définis.

Faute de compétence spéciale, c'est donc le critère général du domicile du défendeur contenu à l'article 4 du Règlement Bruxelles *Ibis* qui doit être mis en œuvre. Ainsi, le sous-traitant devra saisir les juridictions de l'Etat membre où le maître de l'ouvrage est domicilié. Cette solution est le fruit de la stricte classification qu'imposent les règles européennes¹¹⁶ et démontre que la règle de compétence générale occupe encore une place importante au sein du Règlement puisqu'elle assure qu'un juge sera toujours compétent pour connaître d'un litige qui n'aurait pas été envisagé par les rédacteurs du Règlement.

Section 2. Les clauses d'élection de for

Les parties à des contrats internationaux recourent souvent à des clauses d'élection de for (ou d'arbitrage : voy. ci-dessous section 3) car celles-ci permettent d'anticiper les litiges sur la compétence et surtout de désigner des juridictions qui, selon les parties contractantes, seront les mieux placées pour juger d'un différend qui pourrait naître entre elles¹¹⁷.

Les clauses de choix de juridiction ont pour but de créer de la sécurité juridique au sein des rapports contractuels, et d'y faire une place relativement importante à l'autonomie de la volonté.

Ces accords procéduraux ont potentiellement deux effets : d'une part, un effet prorogatoire en ce qu'ils donnent compétence à un juge qui, sans cet accord, n'aurait pas nécessairement été compétent en application des règles normales en matière de conflit de juridiction, et d'autre part, un effet dérogatoire puisqu'ils peuvent priver de sa compétence un juge compétent selon ces mêmes règles.

Quel sort doit-on réserver aux clauses d'élection de for contenues, d'une part, dans les contrats de sous-traitance : celles-ci sont-elles opposables aux maîtres d'ouvrage ? Et, d'autre part, à celles contenues dans les contrats d'entreprises principales : sont-elles opposables aux sous-traitants ?

La question de l'opposabilité des clauses de juridictions à des parties tierces est fortement liée au principe de la relativité des conventions.

¹¹⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, L.G.D.J., 2002, 170, n° 211.

¹¹⁷ M. DECHAMPS, « L'établissement d'un régime général de l'opposabilité des clauses de juridiction aux tiers : mission impossible ? – Commentaire de l'arrêt Refcomp », note sous C.J.U.E., 7 février 2013, *R.D.C.*, 2015, p. 35.

Cela étant, ce qu'impose une clause d'élection de for – à savoir devoir se présenter devant un certain juge – s'apparente davantage à une charge qu'à une obligation qui est une « performance à fournir »¹¹⁸. Dès lors, le principe de la relativité des conventions est-il mis à mal lorsqu'on oppose une clause d'élection de for à quelqu'un qui ne l'a pas conclue ?

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne que les clauses de juridiction sont inopposables aux parties tierces. Cette jurisprudence sera retracée à travers les arrêts « *Tilly Russ* » (A.) et « *Refcomp* » (B.) et appliquée à la question de l'action directe. La problématique des clauses de juridiction dans le cadre d'actions en garantie sera enfin abordée, en lien avec la concentration du contentieux (C.)

A. Arrêt « *Tilly Russ* »

A l'occasion de l'arrêt *Tilly Russ* du 19 juin 1984¹¹⁹, la Cour a déclaré qu'une clause de juridiction conclue entre un transporteur de marchandises et un chargeur, était opposable au tiers porteur d'un connaissement à condition que cette clause soit valide au sens de l'article 23 du Règlement Bruxelles I (article 25 aujourd'hui) et que, conformément au droit national applicable désigné, le tiers porteur succède aux droits et obligations du chargeur.

Les faits à l'origine de l'arrêt *Tilly Russ* étaient les suivants : une société anonyme belge « *Goeminne Hout* » avait acheté du bois à une firme américaine. Cette dernière avait ensuite chargé la maison d'armement maritime allemande « *Tilly Russ* » d'effectuer le transport du bois de Toronto à Anvers. Ce transport fut couvert par deux connaissements.

Au moment de la remise du chargement à Anvers, la société belge remarqua que deux lots de bois étaient endommagés et qu'il manquait une dizaine de planches.

La société belge saisit les juridictions anversoises afin d'obtenir des dommages et intérêts à charge de la société de transport *Tilly Russ*.

En première instance, les défendeurs soulevèrent une exception d'incompétence des juridictions belges en invoquant une clause d'élection de for insérée dans les connaissements établis lors du chargement, et qui désignait les juridictions de Hambourg.

La Cour de cassation belge fut alors amenée à poser une question préjudicielle sur l'interprétation à donner à l'article 23 du Règlement Bruxelles I en cas de litige impliquant un tiers à une clause

¹¹⁸ P. WERY définit l'obligation civile comme « un lien de droit à caractère patrimonial, entre (au moins) deux personnes, appelées respectivement créancier et débiteur, en vertu duquel la première peut exiger – s'il le faut en justice – de la seconde l'accomplissement d'une prestation » : P. WERY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 15.

¹¹⁹ C.J.C.E., 19 juin 1984 (*Tilly Russ c. Nova*), C-71/83, Rec., 1984, p. 2418.

d'élection de for à laquelle on voulait donner effet. La Cour de Justice répondit qu'en l'espèce, la clause insérée dans le connaissance était opposable au demandeur étant donné que, d'une part, la clause était valable et que, d'autre part, la société belge s'était, conformément au droit belge et par l'effet du connaissance, substituée au transporteur *Tilly Russ*. Les juridictions belges étaient donc sans compétence.

Dans cet arrêt, la Cour conclut certes à l'opposabilité de la clause au tiers, mais il ne faut cependant pas généraliser cet enseignement car c'est en raison de la substitution qui s'est opérée entre les parties contractantes, et qui était due au connaissance maritime, que la Cour a décidé de conclure à l'opposabilité de la clause.

B. Arrêt « Refcomp »

La Cour de Justice est entretemps revenue, dans une certaine mesure, sur cette jurisprudence à l'occasion de l'arrêt *Refcomp* du 7 février 2013¹²⁰.

Les faits à l'origine de l'arrêt étaient les suivants : une société française, maître d'ouvrage, la société *Doumer*, avait fait exécuter des travaux de rénovation d'un complexe immobilier. Dans le cadre de ces travaux, des groupes de climatisation avaient été installés. Ceux-ci avaient été fournis et mis en place par la société française *Emerson*. Cette dernière avait contracté avec une société d'assemblage italienne, la société *Climaveneta*, chargée de lui fournir des groupes de climatisation prêts à être installés.

Dans le cadre de son activité d'assemblage, *Climaveneta* avait contracté avec une autre société italienne, la société *Refcomp* chargée quant à elle de fabriquer et de lui vendre les compresseurs mis en œuvre dans les groupes de climatisation.

Des dysfonctionnements étaient par la suite survenus et une expertise avait démontré que les pannes provenaient d'un défaut de fabrication des compresseurs.

Axa Corporate, l'assureur de *Doumer*, subrogé dans les droits de la société, avait assigné devant les juridictions françaises le fabricant (*Refcomp*) et l'intermédiaire (*Climaveneta*). Les défenderesses avaient toutes les deux contesté la compétence du juge saisi. *Climaveneta* avait en effet invoqué une clause d'arbitrage insérée dans le contrat qui la liait à la société *Emerson*. *Refcomp* quant à elle avait invoqué une clause de choix de juridiction insérée dans le contrat de vente conclu avec *Climaveneta*, et qui désignait les juridictions italiennes.

¹²⁰ C.J.U.E., 7 février 2013, (*Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autres*), C-543/10, *Rec.*, 2013, p. 62.

Le juge français reconnut son incompetence par rapport au défendeur *Climaveneta*, en vertu du principe de la transmission automatique des clauses d'arbitrage dans les chaînes de contrats translatifs de propriété¹²¹. En revanche, il rejeta l'exception d'incompétence soulevée par *Refcomp* au motif que la clause n'était pas opposable à l'assureur subrogé, étant donné que leur relation était de nature délictuelle¹²² et que la clause n'avait pas été acceptée par le sous- acquéreur *Doumer*¹²³.

L'affaire fut portée jusque devant la Cour de cassation française, laquelle décida de poser la question préjudicielle suivante à la CJUE :

« Une clause attributive de juridiction qui a été convenue, dans une chaîne communautaire de contrats, entre un fabricant d'une chose et un acheteur en application de l'article 23 du Règlement (...) produit-elle ses effets à l'égard du sous- acquéreur et, dans l'affirmative, sous quelles conditions ? »

Dans son arrêt, la Cour commença par affirmer que, conformément à l'article 23 du Règlement Bruxelles I, une clause de choix de juridiction n'est opposable à un tiers que s'il y a effectivement consenti¹²⁴.

La Cour reconnut ensuite que, dans sa jurisprudence antérieure, certaines dérogations à l'effectivité de ce consentement avaient été admises, mais elle précisa que cela était dû à la nature du contrat initial, ainsi qu'à la substitution qui avait pu s'opérer entre les co-contractants¹²⁵. La Cour indiqua ensuite les raisons pour lesquelles elle avait été amenée à considérer que la clause d'élection de for était inopposable en l'espèce.

La première raison était le fait qu'une clause de choix de juridiction n'est valable que si elle porte sur un rapport de droit déterminé¹²⁶. Or, dit la Cour :

« Dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, le rapport de succession entre l'acquéreur initial et le sous-acquéreur ne s'analyse pas dans la transmission d'un contrat unique (...). Dans une telle hypothèse, les obligations contractuelles des parties peuvent

¹²¹ Ph. GUEZ, « L'inopposabilité de la clause attributive de juridiction au sous-acquéreur dans les chaînes européennes de contrats », *La Semaine Juridique - édition générale*, 2013 n° 516, p. 883.

¹²² C.J.C.E., 19 juin 1984 (*Tilly Russ c. Nova*), C-71/83, *Rec.*, 1984, p. 2418.

¹²³ C.J.U.E., 7 février 2013, (*Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autres*), C-543/10, *Rec.*, 2013, p. 62, pt. 27.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ La Cour dit en effet : « C'est en considération de ce rapport de substitution entre le porteur du connaissance et le chargeur que la Cour a considéré que, par l'effet de l'acquisition du connaissance, le porteur se trouve lié par la prorogation de compétence. Inversement, lorsque le droit national applicable ne prévoit pas un tel rapport de substitution, la juridiction saisie doit vérifier la réalité du consentement de ce tiers à la clause attributive de juridiction ».

¹²⁶ Règlement Bruxelles Ibis, article 25 §1 : « pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé »

varier d'un contrat à l'autre, de sorte que les droits que le sous-acquéreur peut faire valoir à l'encontre de son vendeur immédiat *ne sont pas nécessairement les mêmes* que ceux que le fabricant a assumés dans ses relations avec le premier acheteur »¹²⁷.

Reconnaître l'opposabilité d'une clause de choix de juridiction dans une chaîne de contrats dont l'objet est la transmission de la propriété d'une chose reviendrait à admettre qu'une clause de choix de juridiction puisse concerner un rapport de droit non encore établi, et une telle manœuvre serait en totale contradiction avec l'article 25 du Règlement.

La seconde raison tenait à la diversité des droits nationaux sur cette question, à l'inverse de leur convergence en matière de connaissance maritime¹²⁸. La Cour constata en effet que :

« la concordance des ordres juridiques nationaux quant aux effets de la cession du connaissance¹²⁹ à un tiers ne se retrouve pas dans le domaine des contrats translatifs de propriété, où il apparaît que les rapports entre fabricant et sous-acquéreur sont appréhendés de manière différente dans les États membres (...) [d]ans de telles circonstances, renvoyer au droit national (...) l'appréciation de l'opposabilité au sous-acquéreur de la clause attributive de juridiction incluse dans le contrat initial entre le fabricant et le premier acquéreur générerait des solutions divergentes entre les États membres, de nature à porter atteinte à l'objectif d'unification des règles de compétence judiciaire que poursuit le Règlement, ainsi que cela ressort du considérant 2 de ce dernier. Un tel renvoi au droit national serait également facteur d'incertitudes incompatibles avec le souci de garantir la prévisibilité en matière de compétence judiciaire, qui est, ainsi que le rappelle le considérant 11 du Règlement, l'un des objectifs de celui-ci »¹³⁰.

Au vu de ces considérations, la Cour jugea que l'article 23 du Règlement Bruxelles I concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, devait être interprété

« en ce sens qu'une clause attributive de juridiction convenue dans le contrat conclu entre

¹²⁷ C.J.U.E., 7 février 2013, (*Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autres*), C-543/10, *Rec.*, 2013, §37.

¹²⁸ L. IDOT, « Clause attributive de juridictions et chaîne de contrats. Confirmation de l'opposition de la Cour de justice à la théorie de la chaîne de contrats translatifs de propriété : une clause attributive de juridiction conclue entre un vendeur et l'acquéreur initial est inopposable au tiers sous-acquéreur, s'il n'a pas donné son consentement effectif à ladite clause », note sous C.J.U.E., 7 février 2013, *Actualité du droit de l'Union européenne*, 2013, n° 4, p. 38.

¹²⁹ La Cour ne souhaite pas étendre la solution d'opposabilité de *Tilly Russ* car cette opposabilité est uniquement due au fait que les ordres juridiques nationaux s'accordent pour assimiler à la cession d'un connaissance une substitution de parties.

¹³⁰ C.J.U.E., 7 février 2013, (*Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autres*), C-543/10, *Rec.*, 2013, §38.

le fabricant d'un bien et l'acquéreur de celui-ci ne peut pas être opposée au tiers sous-acquéreur qui, au terme d'une succession de contrats translatifs de propriété conclus entre des parties établies dans différents États membres, a acquis ce bien et veut engager une action en responsabilité à l'encontre du fabricant, sauf s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à l'égard de ladite clause dans les conditions énoncées à cet article ».

L'opposabilité à un tiers à un contrat d'une clause de juridiction, contenue dans ce contrat faisant lui-même partie d'une chaîne internationale de contrats translatifs de propriété, est ainsi conditionnée au consentement effectif de ce tiers.

L'arrêt *Refcomp* peut être approuvé pour plusieurs raisons.

Tout d'abord parce que la règle matérielle créée est un facteur de stabilité¹³¹ dans le sens où, d'une part, le principe de l'effet relatif des contrats est préservé et que, d'autre part, l'acceptation de la clause demeure une condition primordiale de son opposabilité¹³².

Une règle matérielle de droit international privé est une règle qui « complète le système de conflit de lois »¹³³ lorsque celui-ci vient à désigner des dispositions « dont le contenu ne rencontre pas nécessairement de manière adéquate l'originalité de certaines situations en raison de la dispersion des éléments de localisation »¹³⁴. Une règle matérielle permet donc de saisir le phénomène de dispersion des éléments de rattachement mais « au lieu de déduire de la localisation de ceux-ci l'application de telle ou telle règle de droit privé matériel, elle détermine directement l'effet juridique qui s'y attache »¹³⁵. En l'occurrence, la règle matérielle que la Cour crée consiste à conditionner l'opposabilité à un tiers d'une clause de juridiction, au consentement effectif de ce tiers.

L'opportunité d'établir une règle matérielle qui s'imposerait aux juges des États membres ne faisait d'ailleurs plus aucun doute. En effet, le Parlement européen avait, lors des travaux de refonte du Règlement Bruxelles I, déjà attiré l'attention sur la nécessité d'édicter une telle règle¹³⁶.

Ensuite, consacrer l'opposabilité des clauses de juridiction aurait été source d'insécurité dans le

¹³¹ Ph. GUEZ, « L'inopposabilité de la clause attributive de juridiction au sous-acquéreur dans les chaînes européennes de contrats », *op. cit.*, p. 885.

¹³² J. MOURY, « Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », *D.* 2002, p. 2744.

¹³³ Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 83.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ V. LEGRAND, « Inopposabilité des clauses d'élection de for dans les chaînes de contrats communautaires : La CJUE a tranché ! », *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique*, 2013 n°72 p. 6.

chef du sous-acquéreur, alors qu'il n'est pas du tout certain que le défendeur à l'action, qui souhaiterait invoquer la clause de juridiction, mérite davantage de protection. Il s'agit en effet très souvent d'un professionnel averti contre lequel agit un consommateur qui se trouve en bout de chaîne¹³⁷. En outre, pour s'assurer de l'opposabilité d'une clause, le professionnel pourrait très bien obliger les autres contractants de la chaîne à répercuter la clause d'élection de for dans leurs contrats¹³⁸.

Enfin, la solution proposée par la Cour permet d'éviter le recours à l'ancienne méthode qui consistait à effectuer un détour par les règles de conflit de loi, avant de statuer sur la compétence¹³⁹. En effet, dans sa jurisprudence en matière de connaissance maritime, la Cour avait admis l'opposabilité de la clause à un tiers pour autant que ce dernier se soit, en vertu du droit national applicable, substitué à l'une des parties. Le droit applicable au contrat devait être recherché en amont pour contrôler si une substitution avait pu avoir lieu.

*

Examinée sous l'angle de l'action directe, cette jurisprudence implique qu'un sous-traitant souhaitant mettre en œuvre une action directe ne sera pas tenu, ni ne pourra se prévaloir à l'égard du maître de l'ouvrage, d'une clause de juridiction contenue dans le contrat qui le lie à l'entrepreneur principal et encore moins de celle contenue dans le contrat d'entreprise principale. De même, un maître de l'ouvrage ne pourra pas opposer à un sous-traitant qui mettrait en œuvre une action directe contre lui, la clause d'élection de for issue du contrat d'entreprise principale ni se prévaloir d'une clause insérée dans le contrat conclu entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant¹⁴⁰. Le sous-traitant, lorsqu'il met en œuvre une action directe, ne peut donc se voir imposer la saisine d'un for déterminé que si l'on prouve qu'il y a consenti ou s'il a conclu, avec le maître de l'ouvrage, une convention d'élection de for.

C. Clauses d'élection de for, appel en garantie et concentration du contentieux

La question de l'(in)opposabilité des clauses d'élection de for contenues dans des contrats liés entre eux par leur objectif commun et formant une chaîne de contrats ne se pose pas seulement sous

¹³⁷ M. DECHAMPS, « L'établissement d'un régime général de l'opposabilité des clauses de juridiction aux tiers : mission impossible ? – Commentaire de l'arrêt Refcomp, *op. cit.*, p. 41.

¹³⁸ Ph. GUEZ, « L'inopposabilité de la clause attributive de juridiction au sous-acquéreur dans les chaînes européennes de contrats », *op. cit.*, p. 886.

¹³⁹ F. LECLERC, « Les chaînes de contrats en droit international privé », *op. cit.*, p. 267.

¹⁴⁰ Comm. Liège, 10 mars 1993, *R.D.C.*, 1995, p. 395. Le juge y affirme qu'une clause d'élection de for contenue dans le marché de sous-traitance avenant entre l'entrepreneur et le sous-traitant est, pour le maître de l'ouvrage qui invoquait son application à son égard, une *res inter alio acta*, dont il ne peut se prévaloir. Voy. également : Comm. Anvers (div. Hasselt), 8 octobre 2014, *R.A.B.G.*, 2015/12, p. 897 discuté sous la section 1, B du présent chapitre.

l'angle de l'exercice de l'action directe du sous-traitant, mais aussi, de manière plus générale, lorsque l'un des sous-traitants voit sa responsabilité mise en cause, souvent à l'occasion d'une action en intervention forcée en garantie.

Deux affaires, une belge et une française, permettent d'illustrer cette hypothèse.

Avant que l'arrêt *Refcomp* ne soit rendu, la Cour d'Appel de Liège avait été saisie en 2009¹⁴¹ d'un litige issu d'une opération de sous-traitance internationale à l'occasion duquel elle avait été amenée à statuer sur l'opposabilité à un tiers d'une clause de juridiction.

Les faits précédant la saisine du juge étaient les suivants : une entreprise française (*A.M.M.*) avait confié à une société belge (*P.M.*) la réfection d'un haut-fourneau à Fos-sur-Mer en France. L'entrepreneur belge avait sous-traité la réalisation des viroles à une entreprise allemande (*I.M.*) et une clause d'élection de for en faveur des tribunaux liégeois avait été insérée dans leur contrat. *I.M.* avait également fait appel à un sous-traitant – allemand lui aussi (*J.K.*) – pour qu'il réalise une des quatre viroles commandées. Ce sous-contrat contenait quant à lui une clause de juridiction désignant les tribunaux allemands.

En août 2009, l'entrepreneur belge avait assigné son sous-traitant devant le Tribunal de commerce de Liège afin d'obtenir la résiliation du contrat aux torts du contractant allemand. En novembre 2009, ce dernier avait réagi en assignant son propre sous-traitant (*J.K.*) en intervention forcée et garantie et avait, en marge de sa demande de condamnation au procès, demandé que des mesures avant dire droit soient prononcées¹⁴².

La question de la compétence des juridictions belges à l'égard de la demande en intervention forcée se retrouva alors au centre du litige. En effet, *J.K.* contestait leur compétence en raison de la clause d'élection de for désignant les juridictions allemandes qui avait été insérée dans son contrat et dont il réclamait qu'il soit fait application. Il refusait de devoir subir une clause (celle qui désignait les juridictions liégeoises) à laquelle il n'avait pas souscrit.

Le Tribunal de commerce se déclara compétent pour connaître de la demande principale et la déclara recevable. Il accorda également la demande avant dire droit relative à la désignation d'un expert. En revanche, il fit droit aux arguments de *J.K.* et constata son incompétence à l'égard de l'action en garantie.

¹⁴¹ Liège, 9 septembre 2010, publiée sur le site www.ipr.be, Revue de 2010, n° 4, pp. 118-129.

¹⁴² Ces mesures consistaient à ce que l'entrepreneur belge soit condamné au paiement d'un montant provisionnel et qu'un expert soit désigné.

Le premier sous-traitant (*I.M.*), interjeta alors appel contre le dernier volet de la décision et plusieurs arguments furent avancés afin de convaincre le juge d'appel qu'il était également compétent pour connaître de l'action en garantie.

L'article 6,2° du Règlement Bruxelles I¹⁴³, qui prévoit qu'une demande en garantie peut être introduite devant le tribunal déjà saisi par la demande originaire¹⁴⁴ fut d'abord invoqué.

Le « sous sous-traitant » répondit, en s'appuyant sur l'article 23 du Règlement Bruxelles I¹⁴⁵ et sur la jurisprudence *Estatiss Salotti* de la Cour de Justice¹⁴⁶ qu'une clause d'élection de for devait l'emporter sur le souci de concentration du contentieux¹⁴⁷.

Le demandeur répliqua qu'en cas de conflit entre l'article 23 et l'article 6-2°, il fallait appliquer l'article 28¹⁴⁸ qui traite de la connexité.

La Cour d'appel refusa de reconnaître qu'il s'agissait d'un cas de connexité car une condition essentielle n'était pas remplie. En effet, le mécanisme exige que les deux demandes soient pendantes devant des tribunaux différents or, en l'occurrence, il n'y avait, à ce stade, qu'une seule procédure ; celle pendante devant les juridictions belges.

I.M. soutenait également que le contraindre à saisir les juridictions allemandes (comme cela était prévu par la clause) pour que celles-ci constatent la connexité et soient, par conséquent, contraintes de se dessaisir, était constitutif d'un abus de droit.

Les juges d'appel avaient alors tempéré cet argument en indiquant qu'il n'était pas du tout acquis que les juridictions allemandes constateraient cette connexité et, qui plus est, se dessaisiraient du litige, car cette décision devait être prise en considération des critères de bonne administration, de fonctionnement harmonieux de la justice, de loyauté et de célérité. Par conséquent, et compte tenu du caractère fuyant de ces critères, aucune décision en provenance des juridictions allemandes ne pouvait être anticipée.

Enfin, et à titre subsidiaire, le sous-traitant allemand *I.M.* avait avancé que si d'aventure la Cour d'appel se déclarait sans juridiction à l'égard de l'action en garantie, elle pouvait tout de même accorder l'expertise et étendre celle-ci au « sous sous-traitant » *J.K.* car l'article 31 du Règlement

¹⁴³ Aujourd'hui article 8§2 du Règlement Bruxelles Ibis.

¹⁴⁴ Sauf si celle-ci a été formée uniquement pour traduire, hors de son tribunal, celui qui a été appelé en garantie.

¹⁴⁵ Aujourd'hui article 25 du Règlement Bruxelles Ibis.

¹⁴⁶ C.J.C.E., 14 décembre 1976, (*Estatiss Salotti c. Rüwa*), C-24/76, *Rec.* 1976, p. 1832, Voy. §7 de l'Arrêt à propos de l'article 23 du Règlement Bruxelles I : « que les conditions d'application de cette disposition doivent être interprétées à la lumière de l'effet de la prorogation de compétence, qui est d'exclure tant la compétence déterminée par le principe général consacré par l'article 2 que les compétences spéciales des articles 5 et 6 de la convention ».

¹⁴⁷ Qui justifie la prorogation de compétence prévue à l'article 6§2 du Règlement I.

¹⁴⁸ Aujourd'hui article 30 du Règlement Bruxelles Ibis.

Bruxelles I¹⁴⁹ admet, pour des raisons de célérité, que des mesure provisoires et conservatoires puissent être accordées par un autre juge que celui saisi de la demande principale (ici l'action en garantie).

La Cour d'appel répondit à ce dernier argument en indiquant que l'exception contenue à l'article 31 du Règlement Bruxelles I était conditionnée par l'existence d'un rattachement réel entre l'objet des mesures sollicitées et le juge auquel on voulait les soumettre afin d'éviter un contournement de compétence. Les juges d'appel relevèrent que ce lien n'existait pas en l'espèce car l'expertise demandée avait pour but d'établir les responsabilités en cause. Or, l'établissement des responsabilités était beaucoup trop lié à la compétence sur le fond qui, elle, revenait aux juridictions allemandes en raison de la clause d'élection de for contenue dans le sous-contrat.

Comme le premier juge, la Cour se déclara donc incompétente à l'égard de l'action en garantie dirigée contre *J.K.* en raison du fait qu'elle considérait – déjà avant l'enseignement Cour de Justice en 2013 – que les clauses de juridictions étaient inopposables aux parties tierces.

La Cour d'appel de Rouen a également été amenée à statuer sur la question de l'opposabilité d'une clause de juridiction insérée dans un contrat faisant partie d'un ensemble contractuel¹⁵⁰.

Un entrepreneur avait introduit une action contractuelle directe contre une pluralité de sous-traitants qu'il avait chargés du contrôle technique de matériaux à livrer. Il y avait parmi ces sous-traitants une société allemande qui avait pourtant obtenu l'insertion, dans son contrat, d'une clause attributive de juridiction en faveur des juridictions allemandes. Lorsque celle-ci fut assignée dans le cadre de l'action contractuelle directe, elle contesta la compétence des juridictions françaises et invoqua la clause.

La Cour d'appel de Rouen fut donc amenée à statuer sur l'effet à donner à cette clause de juridiction dans le cadre du litige multipartite dont elle avait été saisie.

La Cour admit l'opposabilité de principe de la clause car celle-ci était valable au sens de l'article 23 du Règlement Bruxelles I¹⁵¹. Cependant, et vu le caractère indivisible du litige, elle fut amenée à considérer que les demandes formées devant elle contre les sous-traitants étaient liées par un rapport si étroit qu'il y avait intérêt à les instruire et à les juger en même temps pour éviter tout

¹⁴⁹ Aujourd'hui article 35 du Règlement de Bruxelles *Ibis*.

¹⁵⁰ Rouen (ch. civ. et comm.), 16 mai 2013, *JurisData* n°2013-011745, note C. BRIERE, « Indivisibilité du litige et paralysie de la clause de juridiction », *La semaine du droit en région*, édition générale, n° 36 (2 septembre 2013), p. 1586.

¹⁵¹ Aujourd'hui, article 25 du Règlement Bruxelles *Ibis*. La procédure ayant été introduite avec le 10 janvier 2015, le Règlement Bruxelles I était, en vertu de l'article 66 du Règlement Bruxelles *Ibis*, encore d'application à ce litige.

risque de contrariété des décisions¹⁵². En effet, les demandes découlaient toutes d'une seule et même action qui tendait à la réparation des manquements prétendument commis par les codéfendeurs lors de la réalisation des prestations qui leur avaient été confiées et qui participaient toutes à la même opération (le contrôle technique des matériaux à livrer).

La Cour d'appel décida d'écarter la clause de juridiction et de faire prévaloir l'article 6, 1) de Bruxelles I qui prévoit qu'un défendeur peut être attrait :

« 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 ».

Les juges de la Cour d'appel confirmèrent leur compétence en raison du fait que l'un des sous-traitants assignés était domicilié en France.

Dans une note publiée dans *La Semaine Juridique*¹⁵³, Mme Brière estime que la décision de la Cour d'appel de Rouen est contraire à la jurisprudence de la Cour de Justice et également à celle de la Cour de cassation française. En effet, la Cour de Justice a, dans son arrêt *Estatitis Salotti*¹⁵⁴ évoqué plus haut, affirmé que les clauses de juridiction avaient pour effet d'exclure à la fois la compétence générale contenue à l'article 2 de la Convention de Bruxelles¹⁵⁵ et les compétences spéciales contenues aux articles 5 et 6 de la Convention. De plus, la Cour de cassation française¹⁵⁶ a elle aussi dit pour droit qu'une clause attributive de juridiction avait pour effet d'exclure les compétences spéciales de l'article 6 du Règlement Bruxelles I.

Alors que la Cour d'appel de Liège a décidé de faire primer le principe de l'autonomie de la volonté sur celui de la concentration du litige et de l'économie des procédures, la Cour d'appel de Rouen a préféré reléguer au second plan le respect de la volonté des parties au nom de l'indivisibilité du litige, quitte à s'écarter de la jurisprudence des juridictions supérieures.

Il ne faut cependant pas chercher à savoir absolument quelle est la décision la plus adéquate. D'ailleurs, il s'agit de positions adoptées par des juges du fond qui, dès lors, ne font pas (encore)

¹⁵² Rouan (ch. civ. et comm.), 16 mai 2013, *JurisData* n°2013-011745, note C. BRIERE, « Indivisibilité du litige et paralysie de la clause de juridiction », *op. cit.*, p. 1586.

¹⁵³ C. BRIERE, « Indivisibilité du litige et paralysie de la clause de juridiction », *op. cit.*, p. 1586.

¹⁵⁴ C.J.C.E., 14 décembre 1976, (*Estatitis Salotti c. Rüwa*), C-24/76, *Rec.*, 1976, p. 1832.

¹⁵⁵ Conv. du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Convention de Bruxelles »), *J.O.C.E.* n° L 299/32, 31 décembre 1972, p. 32-42.

¹⁵⁶ Cass., (1^{ère} ch. civ.), 9 février 2011, n°10-12.000, *inédit*.

autorité au-delà des espèces tranchées. Ces décisions peuvent sembler contradictoires, mais elles étaient chacune justifiées compte tenu des circonstances de l'espèce.

En ce qui concerne l'arrêt de la Cour d'appel de Liège, celle-ci a repoussé l'argument de concentration du contentieux pour l'action en garantie car la concentration devait, conformément à la jurisprudence *Kalfelis*¹⁵⁷ de la Cour de Justice, être justifiée par une situation de connexité (ce qui n'était pas le cas en l'espèce¹⁵⁸).

De son côté, la décision de Rouen peut se justifier par le fait que les juges français – à l'instar des auteurs français qui sont pour la plupart favorables au concept d'ensemble contractuel – ont été sensibles à la forte imbrication qui existait entre les contrats conclus avec les sous-traitants. De plus, l'indivisibilité du litige était bien plus forte que dans l'affaire qui avait donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation en 2011. Cette affaire portait sur un recours exercé par un fond de titrisation contre une société française de gestion d'actifs (*O.A.M.*) et sa succursale qui, lors de son acquisition par *O.A.M.*, avait obtenu une clause d'élection de for en faveur des juges anglais et voulait l'opposer à la société demanderesse.

Les deux arrêts présentés ci-dessus illustrent la place acquise par les ensembles contractuels au sein du raisonnement juridique et les difficultés en termes de conflit de juridictions qu'ils suscitent.

Section 3. Les clauses d'arbitrage

Le recours à l'arbitrage est fréquent dans le cadre des contrats dont l'enjeu commercial est important. En effet, les parties préfèrent souvent confier leur différend à un tribunal arbitral, assurant ainsi confidentialité, célérité et spécialité dans la résolution de leur litige.

Les contrats conclus à l'occasion de la réalisation de chantiers internationaux ne font pas exception à cette habitude du monde des affaires. Les entrepreneurs généraux, soucieux de ne pas être attirés devant les juridictions étatiques de leurs cocontractants – spécialement si les maîtres de l'ouvrage sont des Etats – sollicitent l'insertion de clauses d'arbitrage dans les contrats qu'ils concluent (l'initiative de telles clauses d'arbitrage peut également venir du maître de l'ouvrage). Il n'est par ailleurs pas rare que les entrepreneurs principaux, lorsqu'ils font appel à des sous-traitants,

¹⁵⁷ C.J.C.E., 27 septembre 1988, (*Kalfelis c. Schröder*), C-189/97, *Rec.*, 1988, p. 1988 ; Voy. §22 de l'Arrêt : « Pour l'application de l'article 6, paragraphe 1, de la convention, il doit exister, entre les différentes demandes formées par un même demandeur à l'encontre de différents défendeurs, un lien de connexité, tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ».

¹⁵⁸ Voy. *supra*.

reproduisent ces clauses afin d'assurer une concentration du contentieux ou décident d'insérer d'autres clauses.

Le recours à l'arbitrage repose entièrement sur le consentement des parties ; or ce fondement contractuel est *a priori* difficilement conciliable avec l'action directe. En effet, si, pour qu'un tribunal arbitral soit compétent, il faut prouver le consentement des deux parties à être adversaires dans une procédure arbitrale, ni la clause compromissoire contenue dans le contrat conclu avec le maître de l'ouvrage ni celle contenue dans celui conclu avec le sous-traitant n'établissent ce consentement, puisque l'action directe permet au sous-traitant de s'adresser au maître de l'ouvrage avec lequel, par hypothèse, il n'a pas de lien contractuel.

D'ailleurs, même si le contrat d'entreprise principale et le sous-contrat désignent tous les deux le même tribunal arbitral, celui-ci ne sera pas non plus compétent pour connaître d'une action dirigée par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage.

Le Tribunal de commerce de Bruxelles fut confronté à ce cas de figure à l'occasion d'une action directe initiée par un sous-sous-traitant français contre un entrepreneur principal belge. Le contrat conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant et celui conclu entre le sous-traitant et le sous-sous-traitant désignaient tous les deux la Chambre de Commerce Internationale, organe privé d'arbitrage situé à Paris. Le sous-traitant soutenait que l'acceptation de la clause par le sous-sous-traitant impliquait que celui-ci avait renoncé à exercer toute action devant les tribunaux belges, y compris une éventuelle action directe contre l'entrepreneur (considéré pour les besoins de cette action comme le maître de l'ouvrage du sous sous-traitant)¹⁵⁹.

Le Tribunal de commerce estima qu'un tel raisonnement ne pouvait être accueilli. En effet, les clauses d'arbitrage n'échappent pas au principe de la relativité des conventions¹⁶⁰ et ne peuvent dès lors lier que les parties qui les ont conclues. Le Tribunal ajouta que :

« la circonstance que les mêmes clauses ont été insérées dans les deux contrats successifs n'établit nullement que le deuxième sous-traitant aurait renoncé à son droit d'agir sur base de l'article 1798 du Code civil, ni même que les parties auraient entendu soumettre cette action à la compétence du Tribunal arbitral de la C.C.I. »¹⁶¹.

*

¹⁵⁹ Comm. Bruxelles (11^{ème} ch.), 7 avril 2000, inédit, R.G. n°10.486/98 ; P. WAUTELET, « La sous-traitance internationale : questions choisies », *op. cit.*, p. 40.

¹⁶⁰ Une clause d'arbitrage est un contrat puisqu'elle est le fruit d'un accord de volonté entre les parties.

¹⁶¹ Comm. Bruxelles (11^{ème} ch.), 7 avril 2000, inédit, R.G. n°10.486/98.

Il ressort des deux précédentes sections que, dans le cadre de la mise en œuvre d'une action directe, les clauses d'élection de for et les clauses d'arbitrage contenues dans le contrat d'entreprise principale ou dans le contrat de sous-traitance, sont inopposables aux tiers à ces contrats, quand bien même ces derniers seraient-ils liés par d'autres engagements faisant partie de la chaîne contractuelle à laquelle ces contrats participent. Seules les clauses qui auraient été conclues entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant – préalablement à tout litige ou à la suite de celui-ci – peuvent s'appliquer si elles ont été valablement conclues et répondent aux conditions de l'article 25 du Règlement Bruxelles *Ibis*. Il faut cependant se rendre à l'évidence que ce n'est que très rarement qu'on verra un maître de l'ouvrage et un sous-traitant, qui ne se connaissent souvent pas, s'accorder sur une telle clause avant même qu'un litige ne survienne. Et il est d'autant plus rare de les voir s'entendre sur des questions de compétence alors qu'un différend est survenu entre eux.

Dans la plupart des cas, ce seront donc les règles de compétences ordinaires qui désigneront les juridictions compétentes.

Chapitre III – Conflit de lois, sous-traitance et action directe

Ce chapitre est consacré à la recherche de la loi applicable à l'action directe introduite par un sous-traitant, en particulier lorsque celui-ci a participé à une opération internationale de construction.

La première étape pour un juge européen saisi d'un litige transfrontalier est l'application prioritaire des règles contenues dans les instruments auxquels son pays est lié. Les dispositions de droit international privé qui s'offrent aux juges se limitent généralement à désigner l'ordre juridique applicable pour résoudre le différend qui lui est soumis. Plus rares sont les règles qui désignent directement le droit privé matériel qui permettra de résoudre le litige¹⁶². L'ordre juridique est désigné par le biais de facteurs de rattachement contenus dans les règles de conflit de lois qui ont pour effet de relier des catégories de situations à des ordres juridiques.

Les règles de conflit de lois susceptibles de s'appliquer en l'espèce sont contenues dans deux Règlements européens distincts : le Règlement Rome I qui désigne la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁶³ et le Règlement Rome II qui désigne la loi applicable aux obligations non contractuelles¹⁶⁴. La première difficulté concernant la loi applicable à l'action directe est donc de déterminer si celle-ci relève – sous l'angle de la loi applicable – de la matière contractuelle ou de la matière délictuelle. Il s'agit, à nouveau, d'un problème de « qualification »¹⁶⁵. La première section de ce chapitre est consacrée à l'analyse du problème de qualification sous l'angle de la recherche de la loi applicable. La section suivante envisagera l'action directe dans un premier temps sous l'angle de la loi applicable au contrat de sous-traitance, dans un deuxième temps sous l'angle de la loi applicable au contrat d'entreprise principale et, dans un troisième temps, sous l'angle de ces deux lois prises cumulativement. La troisième section portera sur la place qu'occupent les clauses de choix de loi dans le raisonnement conflictuel du juge saisi d'une action directe. Enfin, la manière dont l'exception d'ordre public international et les lois de police sont susceptibles d'écarter la loi normalement applicable sera étudiée dans la quatrième et dernière section.

¹⁶² J.-L. VAN BOXSTAEL, « Aspects de droit international privé », in *Guide de droit immobilier*, Bruxelles, Story-Scientia, DIMM 32 (novembre 1999), p. 2 ; Fr. RIGAUX, « Droit privé matériel et règles de conflit de lois », *R.B.D.I.*, 1991, pp. 385-397.

¹⁶³ Règl. (C.E.) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles « Rome I », *J.O.C.E.* L177, 4 juillet 2008, p. 6.

¹⁶⁴ Règl. (C.E.) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », *J.O.C.E.*, L 199, 31 juillet 2007, pp. 40-49.

¹⁶⁵ Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, op. cit., p. 282.

Section 1. Problème de qualification

Le problème de qualification a déjà été exposé précédemment à l'occasion du chapitre sur le conflit de juridictions. La même démarche doit être mise en œuvre lors de l'application des règles de conflit de lois.

Le juge doit vérifier si les concepts qui, dans son ordre juridique, désignent l'action directe correspondent aux concepts délimitant le champ d'application soit du Règlement Rome I, soit du Règlement Rome II¹⁶⁶.

Les concepts de « matière contractuelle » et de « matière délictuelle » ont déjà été définis par la Cour de Justice, mais ces interprétations furent livrées l'occasion de conflits de juridictions et non de conflits de lois. Cela signifie-t-il que la qualification pour les besoins du conflit de juridictions s'impose dans le domaine du conflit de lois ? La qualification a un caractère fonctionnel : « faire entrer »¹⁶⁷ la question soumise au juge dans le champ d'application de la règle de conflit. Or, les règles de conflit de juridictions et les règles de conflit de lois ont des objets et poursuivent des objectifs différents.

Certains auteurs¹⁶⁸ se réfèrent tout de même au critère de « l'engagement librement assumé » issu l'arrêt *Handte* pour classer l'action directe parmi les actions quasi-délictuelles. Une telle qualification, outre le fait qu'elle fait émerger la délicate question de la détermination du lieu du dommage¹⁶⁹, ne semble pas être la mieux adaptée au litige issu de l'action directe du sous-traitant et ce pour deux raisons.

D'une part, comme nous l'avons dit précédemment, c'est à l'occasion d'une question de conflit de juridictions et non de conflit de lois que la Cour a rendu l'arrêt *Handte*. Certes, une interprétation uniforme des concepts utilisés dans les règlements Bruxelles I(*bis*), Rome I et Rome II est souhaitable¹⁷⁰ mais il faut éviter tout automatisme¹⁷¹. En effet, les règles de conflit de juridictions

¹⁶⁶ R. BOUKHARI, « La qualification en droit international privé », *op. cit.*, p. 159.

¹⁶⁷ L'expression « faire entrer », qui est particulièrement appropriée, provient d'un cite d'enseignement en ligne : <http://www.cours-de-droit.net/qualification-et-control-de-qualification-en-droit-international-a121609846>

¹⁶⁸ W. BOYAULT et S. LEMAIRE, « Protection du sous-traitant en matière internationale : la Cour de cassation française fait volte-face », note sous Cass.fr. (ch. mixte), 30 novembre 2007, *D.*, 2008, p. 753 et s., point II.

¹⁶⁹ R. JAFFERALI, « Actualité jurisprudentielle dans le domaine du droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (2007-2012) », in *Actualités en droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 20 et suiv. p. 165.

¹⁷⁰ Voy. considérants n°s 7 et 17 du Règlement Rome I.

¹⁷¹ Conclusions de Mme l'avocat général V. TRSTENJAK avant C.J.U.E. (gr. ch.), 15 mars 2011, *Koelzsch*, C-29/10, *Rec.*, 2011, point 83 : « nous ne plaçons pas pour une uniformité générale de l'interprétation de l'ensemble des notions identiques ou comparables dans les conventions de Rome et de Bruxelles. Il est, selon nous, important de souligner avant tout qu'il n'est pas possible de partir d'une supposition générale que toutes les notions identiques ou comparables doivent être interprétées de manière uniforme. Il faut au contraire toujours traiter la question de l'interprétation uniforme dans le cadre de chaque cas individuel ».

et les règles de conflit de lois poursuivent des objectifs différents qui peuvent justifier qu'on interprète parfois différemment des notions voisines¹⁷².

D'autre part, l'action directe présente des liens indéniables avec les contrats en cause. Il n'existe peut-être pas d'engagement librement assumé entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage, mais ce dernier s'est en revanche volontairement engagé envers son entrepreneur. Selon M. Jafferali, cela paraît suffisant pour faire relever l'action directe du domaine de la matière contractuelle car il considère que celle-ci est un effet légal de l'engagement pris par le maître de l'ouvrage¹⁷³.

Pour M. Jafferali, la qualification de l'action directe peut amener à considérer qu'elle n'est autre qu'un effet attaché au contrat d'entreprise principale et que, par conséquent, celle-ci est soumise au Règlement Rome I étant donné qu'elle relève de son champ d'application matériel (la matière contractuelle).

Reste encore à déterminer si l'action directe doit être examinée au regard de la loi applicable au contrat d'entreprise principale ou à celle applicable au contrat de sous-traitance, ou aux deux. En effet, le lien qui existe entre l'action directe et le contrat conclu par le maître de l'ouvrage, et qui justifie l'application du Règlement Rome I, n'implique pas que ce soit la *lex contractus* de ce contrat qui doive nécessairement s'y appliquer.

Aucune solution n'a été donnée par la Cour de Justice à l'heure actuelle¹⁷⁴. Ainsi, trois types de rattachements demeurent pertinents pour désigner la loi régissant l'action directe : le rattachement à la *lex contractus* du contrat de sous-traitance, le rattachement à la *lex contractus* du contrat d'entreprise principale et le rattachement cumulatif aux deux lois. Ces trois rattachements seront envisagés ci-après et nous tenterons de dégager le plus adéquat parmi les trois.

¹⁷² R. JAFFERALI, « Actualité jurisprudentielle dans le domaine du droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (2007-2012), *op. cit.*, p. 166.

¹⁷³ M. Jafferali définit l'action directe comme étant un effet attaché par la loi à un engagement volontairement assumé vis-à-vis d'un cocontractant immédiat.

¹⁷⁴ La question se pose avec d'autant plus d'acuité qu'en doctrine belge, on décrit l'action directe comme n'étant « ni l'action née du contrat conclu par le demandeur, ni l'action née du contrat conclu par le défendeur, mais une action hybride, qui emprunte ses limites à l'une et à l'autre » : Fr. GLANSDORFF, « Réflexions complémentaires au sujet de l'action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant et plus généralement au sein des groupes de contrats », *op. cit.*, pt. 10 et les références qu'il cite aux notes n° 33 et 34.

Section 2. Loi applicable

A. Loi du contrat de sous-traitance

Selon M. Van Houtte¹⁷⁵, aussi longtemps que le contrat de sous-traitance est régi par une loi qui connaît l'action directe, le droit français ou le droit belge par exemple, cette action est possible même si le contrat d'entreprise principale est soumis à un droit qui ne connaît pas un tel mécanisme¹⁷⁶.

Rattacher l'action directe à la loi applicable au contrat de sous-traitance permet de respecter les attentes du sous-traitant. Lorsque celui-ci conclut un contrat avec un entrepreneur principal alors qu'il est issu d'un pays dont l'ordre juridique connaît le mécanisme de l'action directe, il compte pouvoir bénéficier de ce mécanisme avec lequel il est familier. D'ailleurs, peu nombreux sont les sous-traitants qui se préoccupent de la question de savoir si la loi du pays où ils doivent fournir leurs prestations possède un mécanisme comparable¹⁷⁷.

De plus, le fait que l'action directe constitue un accessoire de la créance que le sous-traitant détient à l'égard de l'entrepreneur principal justifie également le rattachement de la revendication de cette créance à la loi du contrat de sous-traitance¹⁷⁸.

Cependant, les attentes légitimes du maître de l'ouvrage sont tout autant dignes d'être ménagées que celles du sous-traitant. En effet, celui-ci ne connaît peut-être pas le mécanisme de l'action directe et ne s'attend dès lors pas à être directement assigné par un sous-traitant avec lequel il n'a jamais signé aucun contrat.

B. Loi du contrat d'entreprise principale

Selon M. Jafferali, la fonction de l'action directe est de permettre au demandeur (le sous-traitant) de se prévaloir de droits conférés par un contrat auquel il n'est pas partie, par dérogation à l'effet relatif des conventions¹⁷⁹. Par conséquent, la loi applicable à l'action directe est le droit « compétent » pour décider si (et dans quelles limites) un tiers peut se prévaloir des effets internes d'un contrat. En l'occurrence, ces effets internes consistent à réclamer l'exécution du contrat d'entreprise principale à son profit. De ce fait, l'action directe doit, toujours selon M. Jafferali, être

¹⁷⁵ H. VAN HOUTTE, « Onderaaneming in een internationale context », *Entr. et dr.*, 1991, n° 16, p. 102.

¹⁷⁶ Comme par exemple le droit anglais, le droit allemand ou encore le droit hollandais. Voy. D. POWELL, « Subcontracting in the United Kingdom », *Entr. et dr.*, 1991, pp. 54-56 ; W. HEIREMANN, « Onderaaneming in de Duitse Bondsrepubliek », *Entr. et dr.*, 1991, p. 76.

¹⁷⁷ P. WAUTELET, « La sous-traitance internationale : questions choisies », *op. cit.*, p. 44.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ R. JAFFERALI, « Actualité jurisprudentielle dans le domaine du droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (2007-2012) », *op. cit.*, p. 168.

soumise au droit applicable au contrat principal. Les attentes légitimes du maître de l'ouvrage se trouvent ainsi préservées.

De cette façon, une action directe ne serait possible que si le droit applicable au contrat initial connaît ledit mécanisme.

Un autre auteur, M. Heuzé, préconise également le rattachement à la loi applicable au contrat principal afin de respecter les attentes légitimes du maître de l'ouvrage car celles-ci doivent prévaloir « dans la mesure où ces actions ont pour objet d'étendre au demandeur (le sous-traitant) le bénéfice d'une obligation contractée envers un tiers (l'entrepreneur principal) par le défendeur (le maître de l'ouvrage) »¹⁸⁰.

En effet, dans la mesure où le maître de l'ouvrage ne peut raisonnablement être tenu au-delà de ce qui est prévisible pour lui, c'est la loi qui régit le contrat qu'il a lui-même conclu qui doit s'appliquer à l'action directe.

Dans la décision précitée du Tribunal de commerce d'Anvers, division Hasselt¹⁸¹, au sujet de la construction du parc éolien off-shore, le juge avait également décidé que la loi applicable à l'action directe du sous-traitant néerlandais était celle du contrat d'entreprise principale – la loi belge en l'espèce. Selon le juge, étant donné que l'action directe permet de passer outre le principe de la relativité des conventions, il fallait prendre en considération les intérêts du maître de l'ouvrage et donc appliquer la *lex contractus* du contrat principal à l'action directe.

Le juge motiva cette décision en indiquant qu'ainsi les attentes légitimes du maître de l'ouvrage se trouvaient préservées d'autant plus qu'à partir du moment où il avait choisi le droit belge pour gouverner son contrat, il savait d'avance qu'il risquait d'être confronté aux actions directes du sous-traitant de son propre contractant.

Le magistrat conclut sa motivation en indiquant que son raisonnement était conforme au droit européen puisqu'il faisait application de l'article 12§1^{er} point b) du Règlement Rome I qui prévoit que les contestations découlant d'un contrat sont soumises à la loi de ce contrat. Selon le juge, le lien important qui existait entre le contrat principal et l'action directe justifiait que celle-ci soit soumise au droit belge et plus particulièrement à l'article 1798 du Code civil.

¹⁸⁰ V. HEUZE, « La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale », *R.C.D.I.P.*, 1996, pp. 243-266.

¹⁸¹ Comm. Anvers (div. Hasselt), 8 octobre 2014, *R.A.B.G.*, 2015/12, p. 897 note B. VOLDERS, « De rechtstreekse vordering in het internationale privaatrecht », *op. cit.*, p. 113.

Alors que le litige opposait deux sociétés néerlandaises, le juge se reconnut compétent car les prestations avaient été exécutées sur le sol belge, et il déclara donc l'action recevable et fondée étant donné qu'elle était conforme aux dispositions de droit belge applicables en l'espèce.

Cette décision fit l'objet d'une note¹⁸² qui fut publiée à la suite du jugement et dans laquelle M. Volders revient sur certains points de la décision du juge.

L'auteur fait d'abord remarquer qu'alors que le demandeur était de nationalité néerlandaise, et que le contrat auquel il était partie était gouverné par le droit néerlandais, le juge belge fit le choix de soumettre les questions liées à l'existence et aux conditions d'exercice de l'action directe à la loi applicable au contrat principal. Et que le fait que le droit applicable au contrat de sous-traitance, dont l'inexécution était la raison qui avait poussé le sous-traitant à mettre en œuvre l'action directe, ne connaissait pas une telle action ne semble avoir eu aucune importance aux yeux du juge.

M. Volders concède ensuite que la solution retenue par le juge a l'avantage de tenir compte des attentes légitimes aussi bien du maître de l'ouvrage que du sous-traitant.

En effet, en soumettant le contrat principal à un droit bien défini, un maître de l'ouvrage peut estimer à l'avance et de manière précise s'il va être l'objet d'une action directe ou pas, et s'il veut éviter cela, il n'a qu'à soumettre son contrat à un autre droit. L'auteur ajoute qu'un contrat de sous-traitance est généralement conclu après le contrat principal et que, dès lors, les sous-traitants peuvent anticiper s'ils détiennent ou non la possibilité d'agir directement contre les maîtres d'ouvrages. Ainsi s'ils remarquent qu'au vu de la loi applicable au contrat principal ils ne disposent pas d'une telle possibilité, ils peuvent faire modifier leurs contrats et s'assurer que des garanties supplémentaires leur soient accordées.

Nous nous permettons de faire remarquer que les adaptations contractuelles évoquées ci-dessus ne sont pas toujours possibles, et ce spécialement lorsque les contrats conclus sont des contrats d'adhésion. Parfois, c'est l'entrepreneur qui est en position de force (s'il est par exemple le seul qualifié dans le domaine). Dans ce cas, le maître de l'ouvrage n'a pas la faculté d'imposer une loi qu'il estime plus favorable pour lui. De plus, pour pouvoir identifier s'il risque d'être visé par une action directe, il faut être capable de simuler l'application des règles de droit international privé et, pour cela, l'assistance d'experts lors de la conclusion des contrats est indispensable, mais celle-ci est rarement à la portée de tous les agents économiques.

¹⁸² B. VOLDERS, « De rechtstreekse vordering in het internationale privaatrecht », *op. cit.*, pp. 900-903.

C. *Solution cumulative*

Les partisans de cette théorie¹⁸³ soutiennent qu'il faut cumuler la loi applicable à la recevabilité de l'action directe avec celle applicable à sa mise en œuvre.

La recevabilité de l'action dépendrait de la loi qui régit la créance-cause de cette action étant donné que c'est en raison du non-paiement de celle-ci que le sous-traitant agit directement contre le maître de l'ouvrage. La question de la recevabilité serait donc soumise à la loi applicable au contrat de sous-traitance.

La mise en œuvre de l'action directe dépendrait quant à elle de ce à quoi le maître de l'ouvrage est tenu à l'égard du sous-traitant : le montant de la créance-objet découlant du contrat d'entreprise principale ; c'est par conséquent conformément à la loi applicable à ce contrat que la mise en œuvre de l'action directe doit être assurée.

Le cumul a comme avantage d'évacuer la difficile question de la qualification, sous l'angle du choix du contrat pertinent¹⁸⁴. En effet, le juge ne doit pas décider si l'action directe est un mécanisme qui dépend du contrat de sous-traitance ou du contrat d'entreprise. Cependant, le rattachement cumulatif mène à l'application de la loi la plus stricte¹⁸⁵. Ainsi, un sous-traitant pourrait se voir privé de l'action directe que lui accordait pourtant la loi applicable à son propre contrat et ce uniquement parce que l'opération à laquelle il prend part revêt une dimension internationale¹⁸⁶.

Comme nous l'avons dit plus haut, la Cour de Justice n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la loi à laquelle il faut rattacher l'action directe. Par conséquent, aussi longtemps que cette question n'est pas tranchée, tant le rattachement à la loi du contrat de sous-traitance que celui à la loi du contrat d'entreprise principale sont envisageables et les juges nationaux disposent à cet égard d'une certaine latitude.

Section 3. Les clauses de choix de loi

Les parties à des contrats internationaux ont également parfois recours à des clauses de choix de loi afin d'assurer une certaine prévisibilité dans la résolution de leurs litiges. À l'instar des clauses de juridictions évoquées dans le chapitre précédent, les clauses de choix de loi applicable ont

¹⁸³ P. LAGARDE, « La sous-traitance en droit international privé », *op. cit.*, pp. 186-204.

¹⁸⁴ P. WAUTELET, « La sous-traitance internationale : questions choisies », *op. cit.*, p. 47.

¹⁸⁵ Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁸⁶ P. WAUTELET, « La sous-traitance internationale : questions choisies », *op. cit.*, p. 47.

également pour but de créer de la sécurité juridique au sein des rapports contractuels, et d'y faire une place relativement importante à l'autonomie de la volonté.

L'article 3 du Règlement Rome I fait référence à cette hypothèse de liberté de choix laissée aux parties à un contrat et les articles 10 et 11 du même Règlement énoncent les conditions de validité que leur accord doit rencontrer.

Le plus souvent, les clauses de choix de loi sont conclues par des parties qui sont engagées les unes envers les autres dans des rapports contractuels. Cependant, cette possibilité est également ouverte aux parties qui ne sont pas liées par un rapport de nature contractuelle. L'article 14, §1^{er} du Règlement Rome II prévoit en effet que :

« Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle :

a) par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage ;

ou

b) lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage.

Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers »¹⁸⁷.

Si de tels accords ont été conclus, le juge est tenu d'y donner priorité dans la résolution du litige.

En ce qui concerne un litige entre un sous-traitant et un maître de l'ouvrage, il nous semble que le seul accord qui soit envisageable est celui visé à l'article 14 §1^{er} du Règlement Rome II.

En effet, étant donné qu'aucun contrat ne les lie, l'article 3 du Règlement Rome I qui fait référence à la « loi choisie par les parties au contrat » ne semble pas approprié à l'hypothèse de l'action directe.

Cependant, la circonstance de l'existence d'un accord sur la loi applicable qui aurait été conclu entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant n'a, à notre connaissance, pas encore été rencontrée en jurisprudence. L'absence de cas illustratif s'explique en partie par le fait qu'en matière de sous-traitance internationale, il est rare de voir des maîtres d'ouvrage et des sous-traitants conclure des accords avant qu'un dommage ne survienne. En effet, ceux-ci ne se connaissent généralement pas, ne sont pas appelés à se rencontrer et, qui plus est, sont souvent de nationalités différentes. Il est encore plus rare de les voir conclure un tel accord une fois qu'un fait dommageable est survenu.

Cela s'explique surtout par le fait qu'un accord est *a priori* impossible entre eux deux étant donné qu'ils poursuivent des intérêts divergents : le maître de l'ouvrage voudra s'assurer que la loi choisie

¹⁸⁷ Article 14 §1^{er} Règlement Rome II.

ne permette pas qu'une action directe puisse être dirigée contre lui, tandis que le sous-traitant souhaitera une loi permettant justement une telle action. Ainsi, l'expression de l'autonomie de la volonté ne semble pas vouée à acquérir une place importante dans la désignation du droit applicable à l'action directe.

Enfin, il convient de s'interroger sur le sort à réserver aux clauses de choix de loi contenues dans les contrats de sous-traitance. Dans le cadre de son action directe, le sous-traitant peut-il se prévaloir de l'accord sur la loi applicable qu'il a conclu avec l'entrepreneur principal ?

La problématique de l'opposabilité des clauses à des parties tierces a déjà été abordée dans le cadre du conflit de juridiction et, faute de jurisprudence en matière de choix de loi, il semble que l'enseignement de la Cour de Justice dans l'arrêt *Refcomp*¹⁸⁸ soit transposable en l'espèce : pour qu'une clause de choix de loi soit opposable à un tiers, il faut prouver qu'il y a effectivement consenti.

Deux raisons peuvent justifier cette transposition. D'une part, l'exigence de consentement à la clause est contenue dans la disposition qui confère aux parties la possibilité de recourir aux clauses de choix de loi¹⁸⁹. Dès lors, si, pour que la clause déploie ses effets, il faut que les parties au contrat y aient consenti, il semble logique que celle qui n'est pas partie au contrat (et est donc tierce) doive également y avoir consenti. D'autre part, étant donné que les clauses de juridiction et les clauses de choix de loi poursuivent *in fine* le même objectif – créer de la sécurité et de la prévisibilité – il paraît raisonnable que la jurisprudence *Refcomp*, en partie justifiée par cet objectif, s'applique aux clauses de choix de loi.

*

Il apparaît donc que ce sont davantage les règles applicables à défaut de choix qui tendent à s'appliquer dans la désignation de la loi applicable.

Que l'on conclue à l'application de la *lex contractus* du contrat de sous-traitance ou à celle du contrat d'entreprise principale, il est possible que le droit désigné ne connaisse pas le mécanisme de l'action directe et rende alors l'action directe irrecevable.

Face à ce genre de situation, la seule solution qui se trouve à la portée du sous-traitant pour faire obstacle à l'application d'une telle loi, consiste à invoquer l'exception d'ordre public international et/ou une loi de police du for.

¹⁸⁸ C.J.U.E., 7 février 2013, (*Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autres*), C-543/10, *Rec.*, 2013, p. 62.

¹⁸⁹ L'article 3 §5 du Règlement Rome I indique que « L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13 ».

Section 4. Ordre public international et loi de police

Il existe deux types de règles de conflit de lois : les règles de rattachement (qui ont été évoquées dans les précédentes sections) et les règles d'application immédiate¹⁹⁰.

La seule exception aux règles de rattachement est l'exception d'ordre public. Cette exception permet de tenir en échec la loi étrangère désignée applicable par les règles de rattachement, lorsque les effets que cette loi produit, dans les circonstances concrètes de l'espèce, sont intolérables au regard de l'ordre social et politique de l'état du juge saisi¹⁹¹. Ainsi, un juge belge qui devrait, en vertu d'une règle de rattachement, appliquer une loi étrangère, pourrait l'écarter en invoquant le fait qu'elle énerve trop les principes fondamentaux sur lesquels repose la société belge¹⁹².

Les règles d'application immédiate les plus connues sont les lois de police. Une loi de police est une règle qui vise à protéger la partie faible à une opération. Ces lois sont dotées d'un champ d'application propre ; il s'agit soit d'un champ d'application personnel, soit d'un champ d'application territorial¹⁹³. Ainsi, les juges n'appliqueront ces lois que si la situation dont ils sont saisis est localisée sur leur territoire national ou touche un de leurs nationaux¹⁹⁴. Ceci implique, d'une part, que les lois de police contiennent en elles-mêmes leur champ d'application, et, d'autre part, que les tribunaux sont tenus d'appliquer les lois de police de leur pays sans tenir compte du résultat auquel l'application de la règle de rattachement aurait abouti¹⁹⁵.

Les lois de police constituent un « vecteur d'intervention immédiat de l'autorité publique dans les relations contractuelles »¹⁹⁶ car elles contiennent des règles matérielles qui ont vocation à résoudre directement le litige auquel elles s'appliquent. Cette intervention peut servir aussi bien des intérêts privés que l'intérêt général.

L'exception d'ordre public et les lois de police sont donc des concepts forts proches, mais ils ne se confondent pas. L'on peut en effet dire que « toute loi de police est une règle impérative ou d'ordre public, mais non l'inverse »¹⁹⁷.

¹⁹⁰ J.-L. VAN BOXSTAEL, « Aspects de droit international privé », *op. cit.*, p. 2.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² P. WAUTELET, « La sous-traitance internationale : questions choisies », *op. cit.*, p. 49.

¹⁹³ M. AUDIT, « La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est une loi de police », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 654, juin 2008, comm. 25, p. 6.

¹⁹⁴ J.-L. VAN BOXSTAEL, « Aspects de droit international privé », *op. cit.*, p. 2.

¹⁹⁵ P. WAUTELET, « La sous-traitance internationale : questions choisies », *op. cit.*, p. 50.

¹⁹⁶ P. WAUTELET, « Le nouveau droit européen des contrats internationaux », in *Actualités de droit international privé*, Centre des Facultés universitaires pour le recyclage en droit, Arthémis, Louvain-la-Neuve, 2009, p. 45.

¹⁹⁷ Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 139 ; M. AUDIT, « La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est une loi de police », *op. cit.*, p. 4.

Dans les sous-sections qui suivent, on examinera si, au moyen de l'exception d'ordre public international ou des lois de police, il est possible, d'une part, d'écarter l'application d'une loi étrangère ne connaissant pas le mécanisme de l'action directe ou de faire obstacle à une action directe pourtant prévue par la loi applicable et, d'autre part, de faire droit à l'action directe du sous-traitant, alors même que la loi rendue applicable par les règles ordinaires de droit international privé désigne un droit qui ne connaît pas ce mécanisme.

A. L'exception d'ordre public international

L'article 21 du Code de droit international privé belge prévoit que :

« L'application d'une disposition du droit étranger désignée par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public ».

Et l'article 21 du Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévoit que :

« L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

Notre Cour de cassation considère qu'une loi appartient à l'ordre public international si « par les dispositions de cette loi, le législateur a entendu consacrer un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, public ou économique »¹⁹⁸.

Au vu de ces articles et de la définition donnée par la Cour, peut-on considérer qu'un juge belge pourrait utiliser l'article 1798 du Code civil belge afin d'écarter une loi étrangère normalement applicable, mais qui n'offre pas au sous-traitant la possibilité d'agir directement contre le maître de l'ouvrage ?

Les auteurs sont partagés sur la nature de cette disposition¹⁹⁹ et, tout en admettant son caractère impératif en droit interne (voir Chapitre I, Section 2, *B*), nos cours et tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur la question de savoir s'il faut lui reconnaître un caractère d'ordre public international – sachant que l'un n'implique pas nécessairement l'autre²⁰⁰. En jurisprudence belge, le domaine des

¹⁹⁸ Cass., 17 décembre 1990, *Pas.*, I., 1190, p. 380 ; Cass., 29 avril 2002, *Chron. D. S.*, 2002, liv. 8, p. 386 ; Cass., 18 mars 2013, *Chron. D. S.*, 2014, liv. 9, p. 460.

¹⁹⁹ Pour M. Cuypers, l'article 1798 relève probablement du droit impératif : A. CUYPERS, « De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer », *R.W.*, 1997-98, n° 14, p. 797. Tandis que pour M. Simont, il est difficile d'y voir une disposition « qui fixe dans le droit privé les bases juridiques sur lesquelles reposent l'ordre économique et moral de la société » : L. Simont, « contribution à l'article 1798 du Code civil », note sous Liège, 21 février 1964, *R.C.J.B.*, 1964, n° 8, p. 43.

²⁰⁰ Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 308.

affaires sociales et du statut personnel est bien plus fertile pour l'exception d'ordre public international que celui des relations contractuelles, au sein duquel son rôle demeure plus discret²⁰¹.

Permettre au sous-traitant d'agir directement contre le maître de l'ouvrage en cas de non-paiement par l'entrepreneur principal ne semble pas faire partie de l'ordre moral, politique et économique belge. L'action directe ne fait en effet pas partie des principes fondamentaux sur lesquels la société belge repose. Ainsi, le juge belge ne pourra, à notre estime, pas invoquer l'ordre public international pour faire obstacle à l'application d'une loi étrangère qui, applicable en lieu et place du droit belge, empêcherait le sous-traitant d'agir directement contre le maître de l'ouvrage.

En revanche, l'exception d'ordre public pourrait devenir pertinente dans le cas où un juge (autre que belge ou français), qui ne connaît pas l'action directe dans son droit, voudrait refuser de donner effet à une loi qui prévoit l'action directe. Le juge devrait dans ce cas prouver que les effets que la loi normalement applicable produirait dans les circonstances concrètes de l'espèce sont intolérables au regard de son ordre social. Pourrait-on raisonnablement considérer que le principe de la relativité des conventions est à ce point sacré que le législateur le considère comme « essentiel à l'ordre moral, publique ou économique »²⁰² ?

B. L'incidence d'une loi de police

En principe, les juges sont tenus d'appliquer les lois de police de leur propre droit et ce sans devoir tenir compte du résultat auquel aboutit la règle de rattachement²⁰³.

La difficulté, pour les magistrats, consiste à identifier les dispositions de droit national qui peuvent être qualifiées de lois de police car, le plus souvent, cela n'a pas été précisé dans la disposition par les législateurs nationaux. L'article 20 du Code de droit international privé fait référence aux lois de police, mais il ne les définit pas²⁰⁴. En revanche, et ainsi que cela a déjà été mentionné à l'occasion de l'analyse du statut de la loi française relative à la sous-traitance (Chapitre I, Section 3, B), le Règlement Rome I en donne une définition à l'article 9 :

« Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou

²⁰¹ P. WAUTELET, « Le nouveau droit européen des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 43.

²⁰² Cass., 17 décembre 1990, *Pas.*, I., 1190, p. 380 ; Cass., 29 avril 2002, *Chron. D. S.*, 2002, liv. 8, p. 386 ; Cass., 18 mars 2013, *Chron. D. S.*, 2014, liv. 9, p. 460.

²⁰³ G. DURAND-PASQUIER, « La loi applicable à la sous-traitance internationale : bilan et perspectives », *LexisNexis, Construction – Urbanisme*, n° 1, janvier 2008, p. 1.

²⁰⁴ Article 20 §1 : « Les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à l'application des règles impératives ou d'ordre public du droit belge qui entendent régir une situation internationale quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois, en vertu de la loi ou en raison de leur but manifeste ».

économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement »²⁰⁵.

Le confort que cette définition est supposée procurer aux praticiens qui « naviguent dans les eaux parfois troubles du droit impératif international »²⁰⁶ reste relatif car repérer, au sein de chaque ordre juridique, quelles sont les dispositions qui sont des lois de police demeure complexe en l'absence d'une réponse autorisée apportée par la jurisprudence. A cet égard, on sait (Chapitre I, Section 3, B) que la Cour de cassation de France a considéré la loi de 1975 sur la sous-traitance comme loi de police. Il y a lieu d'y revenir un instant (i.), avant de s'interroger, en droit belge, sur l'éventuel caractère de loi de police de l'article 1798 du Code civil (ii.). On s'attachera enfin à voir dans quelle mesure un juge d'un Etat membre de l'Union peut appliquer une loi de police étrangère concernant l'action directe (iii.)

i. La loi française de 1975 sur la sous-traitance est une loi de police

Comme cela a été exposé dans le chapitre I, la Cour de cassation française s'est, quant à elle, déjà chargée d'affirmer que la loi de 1975 sur la sous-traitance était une loi de police et que ses dispositions protectrices devaient s'appliquer chaque fois qu'un juge français était saisi d'un litige issu d'une opération de sous-traitance internationale dont les travaux avaient été effectués sur le sol français²⁰⁷. Il faut cependant relever que cette jurisprudence a suscité des réactions doctrinales²⁰⁸.

Le professeur Louis d'Avout²⁰⁹ a ainsi émis certaines critiques à l'égard de cet arrêt, dont la principale a trait à la qualification contractuelle qu'a retenu la Cour à l'égard de l'action directe.

L'auteur se demande en effet si, compte tenu de la nature du contentieux soumis au juge, la loi de 1975, en ses dispositions protectrices, est vraiment une loi de police. En effet, les lois de police ne

²⁰⁵ Cette définition est inspirée de l'arrêt la Cour de justice dans une affaire *Arblade* : C.J.C.E., 23 nov. 1999, C-369/96, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2000, p. 710, note FALLON. Cette définition elle-même était inspirée de la définition donnée par FRANCESCAKIS dans son article fondateur : « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1966, 1, spéc. p. 13.

²⁰⁶ P. WAUTELET, « Le nouveau droit européen des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 45.

²⁰⁷ Cass. fr. (ch. mixte), 30 novembre 2007, Bull. civ. n° 12, Rapport de la Cour de cassation 2007, p. 481.

²⁰⁸ M. ANCEL, « La ligne tenue par la Cour de cassation en France en matière de sous-traitance internationale », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2009, liv. 4, pp. 732-740 et *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2011, liv. 3, pp. 659-661 ; X. DELPECH, « Sous-traitance internationale : la loi de 1975 est une loi de police », *Recueil Dalloz – Droit des affaires*, 2009, n° 12, p. 806.

²⁰⁹ L. d'AVOUT, « La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est-elle une loi de police ? », *La Semaine Juridique (édition générale)*, 2 janvier 2008, n° 1, pp. 31 à 34.

s'appliquent que dans le cadre de litiges contractuels²¹⁰, or dans l'affaire en cause, et nous l'avons évoqué plus haut, le demandeur agissait en partie en responsabilité extracontractuelle. La qualification contractuelle semble malgré tout avoir été retenue par la Cour étant donné qu'elle estime que les conditions d'application des lois de police sont remplies.

Selon le professeur d'Avout, la relation entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ne peut être qu'extracontractuelle²¹¹ et, lorsqu'une action directe est prévue en droit interne, « cette action n'équivaut pas à l'inclusion du sous-traitant dans une relation contractuelle unique, multipartite, mais elle vient au contraire remédier exceptionnellement aux inconvénients pour lui relatifs à sa situation de tiers, par rapport au contrat principal et au maître de l'ouvrage »²¹². Il indique également qu'en droit international privé, cette qualification extracontractuelle doit prévaloir car « l'opération internationale de sous-traitance se compose juridiquement de deux contrats distincts, chacun rattaché à sa propre loi (...), ainsi que d'une relation non contractuelle entre ceux des acteurs qui n'ont pas consenti à être liés par contrat »²¹³.

M. d'Avout conclut son commentaire en indiquant la loi qui aurait été applicable si la Cour avait, selon lui, retenu la bonne qualification (extracontractuelle) du litige et avait par conséquent appliqué l'article 4 du Règlement Rome II²¹⁴. Cette disposition prévoit trois critères de rattachement, débouchant sur des lois applicables qui peuvent être différentes.

En vertu du premier paragraphe de l'article 4, c'est la loi française qui est applicable car il désigne la loi du lieu de survenance du fait dommageable qui, en l'occurrence, se situe en France. Le deuxième paragraphe permet de déroger au premier en appliquant la loi du pays où les parties résident toutes les deux. Tel était le cas dans le litige soumis à la Cour : la société *Bassel* et la société *Agintis* étaient toutes les deux des sociétés de droit français. Enfin, le troisième paragraphe prévoit que si la situation présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, la loi de cet autre Etat peut s'appliquer. L'article indique que ce lien peut par exemple consister en une relation préexistante entre les parties – un contrat par exemple – présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question. L'auteur estime à ce propos que les deux contrats dont il était question dans le litige peuvent constituer le lien étroit au sens du troisième paragraphe. Les contrats étant régis par le droit allemand selon les clauses de droit applicable qui y étaient insérées, la loi

²¹⁰ S. FRANCO, « Le règlement « Rome I », sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Europe*, 2008, pp. 5-6 ; Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, op. cit.*, p. 136.

²¹¹ L. d'AVOUT, « La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est-elle une loi de police ? », *op. cit.*, p. 33.

²¹² *Ibid.*, p. 34.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Règl. (C.E.) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), *J.O.C.E.*, n° L 199, 31 juillet 2007, p. 40.

allemande serait alors applicable en tant que loi d'un pays avec lequel les parties auraient eu un lien plus étroit.

En fin de compte, les deux critères de rattachement prioritaires (ceux contenus aux deux premiers paragraphes de l'article 4 du Règlement) désignent la loi française. L'application de la loi de 1975 sur la sous-traitance est donc rendue possible, non pas comme une loi de police applicable en raison de la situation de l'immeuble en France, mais en tant que « loi ordinairement rendue applicable aux relations non contractuelles du sous-traitant et du maître de l'ouvrage »²¹⁵.

Le professeur Matthias Audit fait cependant remarquer que « la qualification de loi de police évite les difficultés inhérentes à la méthode conflictuelle classique lorsque coexistent deux contrats »²¹⁶. Il estime d'ailleurs que cette qualification correspond « mieux à ce qui constitue, au plus profond, l'action directe du sous-traitant »²¹⁷ car « même si celle-ci ne prospère qu'en présence de l'ensemble constitué par le contrat principal et le contrat de sous-traitance, (elle) n'est pas à proprement parler une action contractuelle »²¹⁸. Selon M. Audit, s'en remettre à la loi applicable à l'un ou l'autre des deux contrats, « est dans une certaine mesure en dénaturer la nature »²¹⁹.

Dans l'article publié dans la *Revue juridique de l'économie publique*, M. Audit s'exprime sur le critère d'applicabilité retenu par la Cour : le lieu d'exécution des travaux.

Selon lui, la Cour de cassation aurait pu opter pour le critère de la nationalité et ainsi réserver les dispositions protectrices de la loi du 31 décembre 1975 aux seules entreprises sous-traitantes de nationalité française car c'était très probablement elles que le législateur français avait souhaité protéger. Il ajoute cependant que le critère de la nationalité est aujourd'hui devenu de plus en plus délicat à mettre en œuvre car il est susceptible de véhiculer une certaine discrimination à l'égard des étrangers, même s'il s'agit de personnes morales²²⁰.

D'autant plus que, dans le cadre des relations intracommunautaires, la Cour de Justice n'hésite pas à confronter les lois de police des États membres aux principes du droit communautaire de libre circulation et de non-discrimination²²¹.

Le critère d'applicabilité retenu par la Cour de cassation française est justement de nature à éviter la censure. Le critère de localisation sur le sol français du lieu d'exécution de l'obligation

²¹⁵ L. d'AVOUT, « La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est-elle une loi de police ? », *op. cit.*, p. 34.

²¹⁶ M. AUDIT, « La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est une loi de police », *Revue juridique de l'économie publique*, n°654, juin 2008, comm. 25, p. 5.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*, p. 6.

²²¹ C.J.C.E., 15 mars 2001, (*Mazzoleni et Isa*), C-165/98, *Rec.*, 2001, p. 2213, note E. PATAUT.

caractéristique du contrat de sous-traitance, permet à tous les sous-traitants travaillant en France de bénéficier de l'action directe mais, corrélativement, il n'assure pas aux entreprises françaises actives sur des chantiers situés à l'étranger le bénéfice de cette action²²².

Cependant, et comme certains auteurs l'ont fait remarquer, ce critère évite que les entreprises françaises se trouvent défavorisées lors des appels d'offres internationaux par l'existence à leur profit de cette action directe²²³.

ii. *L'article 1798 du Code civil est-il une loi de police ?*

En principe, une loi de police contient en elle-même son champ d'application. Or, l'article 1798 du Code civil ne prévoit pas qu'il a vocation à s'appliquer pour tout chantier se déroulant sur le sol belge et, jusqu'à présent, la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur la question de savoir s'il s'agit ou non d'une loi de police. Par ailleurs, et ainsi que nous l'avons souligné, il n'est pas certain que l'action directe relève de l'ordre public international belge, alors que cette qualité est, comme on le sait, une condition nécessaire pour qu'une disposition légale puisse être considérée comme une loi de police²²⁴.

Notons toutefois que l'objectif d'une loi de police est de protéger une partie faible à une opération²²⁵ et que, en insérant l'article 1798 dans le Code civil, le législateur belge cherchait justement à protéger les sous-traitants car il estimait qu'ils étaient moins bien armés que les autres contractants. Aussi, l'article 1798 du Code civil a pour but d'éviter les faillites en cascades²²⁶. Ces deux éléments militent en faveur de la qualification de loi de police et il n'est donc pas exclu que nos cours et tribunaux, à l'instar de la haute juridiction française, attribuent un jour la qualification de loi de police à l'article 1798 du Code civil. Si une telle qualification venait à être consacrée, le champ d'application territorial de cette disposition devra, comme c'est la règle en matière de règles d'applicabilité immédiate, être défini. Nous partageons à cet égard l'opinion du professeur Wautelet, qui se calque sur la jurisprudence française et préconise que la disposition impérative soit appliquée par les juges belges lorsque les prestations ont été effectuées en Belgique²²⁷.

²²² M. AUDIT, « La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est une loi de police », *op. cit.*, p. 6.

²²³ V. HEUZÉ, *Sous-traitance*, Répertoire de droit international, Paris, Dalloz, 1998, spéc. n° 35.

²²⁴ Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 139.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Le législateur, soucieux de « restaurer un climat de confiance » et de « créer des conditions pour la relance » du secteur de la construction, vint au secours des sous-traitants de travaux immobiliers « particulièrement exposés aux effets de la crise économique » en leur reconnaissant une protection particulière, de manière à ce que « la faillite de l'entrepreneur principal leur soit dorénavant moins préjudiciable ». Voy. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Verhaegen, Trav. prép. Ch. 294 (1981-1982) – N° 3, p. 2.

²²⁷ P. WAUTELET, « La sous-traitance internationale : questions choisies », *op. cit.*, p. 51.

La présente étude est essentiellement consacrée aux difficultés que pose l'opération de sous-traitance devant les juges belges. Dès lors, et compte tenu des précédents développements, si une action directe est portée par un sous-traitant devant nos juridictions et que celles-ci sont compétentes, mais que les règles de conflit de lois désignent un droit qui ne connaît pas ce genre d'action, il n'est pas acquis, vu les incertitudes jurisprudentielles belges, que le juge pourra faire obstacle à cette loi en appliquant l'article 1798 du Code civil au titre de loi de police du for.

iii. *L'application d'une loi de police étrangère concernant l'action directe*

L'article 9§3 du Règlement Rome I offre la faculté aux juges des Etats membres de l'Union européenne de donner effets aux lois de police étrangères, c'est à dire aux lois qui ne relèvent pas de l'ordre juridique du for²²⁸.

La faculté d'application par les juges de lois de police étrangères est cependant limitée, d'une part, du point de vue de l'origine de la législation concernée et, d'autre part, du point de vue de son contenu²²⁹. Les lois de police étrangères ne peuvent en effet être appliquées que dans la mesure où elles ont été « édictées dans l'Etat dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être exécutées »²³⁰ et où elles « rendent cette exécution illégale »²³¹.

Le premier critère sert à désigner la loi de police étrangère qui pourrait s'appliquer. Par exemple, la loi de police française ne s'applique que dans la mesure où les obligations contractuelles qui pèsent sur le sous-traitant doivent être exécutées en France.

Le second critère indique le type de situation à laquelle la loi de police étrangère peut s'appliquer. Ce n'est que si la loi de police étrangère rend l'exécution du contrat illégale qu'elle peut être utilisée par un juge étranger.

Est-il envisageable qu'un juge d'un autre Etat membre puisse, en application de cette disposition, appliquer la loi française sur la sous-traitance en tant que loi de police étrangère ?

La loi française sur la sous-traitance du 31 décembre 1975 prévoit en son article 7 que « toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite ». Lorsque le contrat (exécutable en France,

²²⁸ S. FRANCO, « Le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... » *Journal du droit international (Clunet)*, vol. 136, n° 1, p. 56.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ P. WAUTELET, « Le nouveau droit européen des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 47.

²³¹ Article 9§3 du Règlement Rome I ; Article 20§1 du Codip ; S. FRANCO, « Le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... », *op. cit.*, p. 56.

mais prétendument régi par un autre droit que le droit français) fait l'objet d'un litige dont le juge d'un autre Etat membre est saisi et que ce contrat contient une clause de renonciation au paiement direct, ce juge pourrait-il donner effet à la loi de police française afin de déclarer cette clause non écrite ?

Au regard de l'article 9§3 du Règlement Rome I, il faudrait que la renonciation à l'action directe soit considérée comme une « obligation découlant du contrat », son « exécution » (en France) étant rendue illégale. Il nous semble étonnant de considérer une clause de renonciation comme contenant une obligation qu'il y aurait lieu d'exécuter : une renonciation à un droit oblige certes celui qui s'y engage, mais n'appelle pas d'exécution à proprement parler. Dès lors, il n'est pas certain que le Règlement Rome I puisse servir de base pour justifier l'application de la loi de police française dans l'hypothèse ici envisagée.

Conclusion : le droit international privé entre complexité, prévisibilité et souverainetés en Europe

Dans ce mémoire, nous avons tenté de comprendre comment et dans quelle mesure l'action directe du sous-traitant, qui est une particularité de certains droits internes, peut être prise en compte en droit international privé lorsqu'elle est mise en œuvre dans le cadre d'une opération de sous-traitance internationale. Ce faisant, et après un détour introductif portant sur quelques éléments essentiels des droits belge et français en matière de sous-traitance, notre analyse nous a conduit dans les méandres du droit international privé. Nous en avons exploré les catégories fondamentales, mais aussi de nombreux recoins cachés.

A partir d'une question concrète, nous avons essayé de nous approprier les complexités du droit international privé en rendant compte de ses règles et de ses principes, tels qu'appréhendés et appliqués par les cours et tribunaux. Notre parcours nous a amenée à nous pencher, bien sûr, sur les conflits de juridictions et de lois, mais aussi sur les problèmes de qualification, la question de la concentration des litiges, celle des lois de police et de l'ordre public. En filigrane, la question de la place laissée à l'autonomie de la volonté et de ses effets dans le cadre d'une relation transfrontière et triangulaire est constamment réapparue au cours de cette analyse.

Sans vouloir résumer ici les nos chapitres consacrés au droit international privé, quelques éléments plus généraux au sujet de cette discipline, et de son évolution à l'occasion de l'intégration européenne, méritent sans doute d'être relevés en guise de conclusion.

Comme le rappellent la citation du professeur H. Batiffol mise en exergue de ce mémoire, ainsi que les propos des professeurs D. Bureau et H. Muir Watt repris en introduction, la discipline du droit international privé est un instrument de gestion de la diversité des droits et de coordination des systèmes de droit privé. En d'autres termes, le droit international privé n'existe que parce que les droits nationaux sont divers et qu'ils s'entrechoquent ; il permet d'organiser la complexité qui résulte de la multiplicité des ordres juridiques potentiellement applicables. Et, en fin de compte, il résout toujours cette complexité en donnant la préférence à *un* juge et à *un* droit. Le raisonnement judiciaire mettant en œuvre les règles de droit international privé a été observé de près et notre mémoire y a consacré une part importante : comprendre « comment (les juges) justifie(nt) les choix qu'ils exercent entre les solutions qui s'offrent à leur esprit »²³² s'est révélé particulièrement éclairant.

²³² H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé* (1956), réédition présentée par Yves Lequette, Paris, Dalloz, 2002, p. 142, n°63.

La manière dont le droit international privé en arrive à désigner *un* juge ou *un* droit passe parfois par des techniques très brutales, comme nous avons pu le voir à travers les lois de police.

Nous avons aussi pu observer les difficultés suscitées lorsque des parties s'engagent dans des opérations contractuelles multiples, liées entre elles par un objectif commun, mais transcendant les frontières. Pour ces acteurs, le grand enjeu de leurs opérations juridiques est la prévisibilité de leurs rapports, y compris la prévisibilité des solutions à leurs éventuels différends. Comme nous avons pu le constater, cette prévisibilité est cependant parfois incertaine, mise à mal ou déjouée par la complexité des conflits de juridictions et de lois.

La coordination entre les règles de conflit de juridictions et les règles de conflit de lois réalisée à travers les instruments européens de droit international privé est remarquable, mais elle connaît également certaines limites, ce que nous avons pu observer. Il nous est apparu qu'une des difficultés partiellement non résolues, et qui se situe pourtant au point de départ du raisonnement de droit international privé, est la question de qualification de la demande soumise au juge. En fonction de celle-ci, différents instruments et différentes règles sont appelés à s'appliquer.

Aussi, dans le secteur des lois de police – instrument par lequel les Etats parviennent encore à exprimer leur souveraineté –, l'influence du droit européen est grandissante. Celle-ci se caractérise par l'abandon progressif du critère de la nationalité au profit de celui du territoire. L'abandon du critère personnel de la nationalité pour l'application des lois de police s'explique par la prohibition de la discrimination fondée sur la nationalité, principe essentiel du droit de l'Union européenne s'agissant des ressortissants des Etats membres. On voit donc que le droit de l'Union, non seulement harmonise les règles de conflits de juridictions et de lois pour les Etats membres, mais il influence aussi la manière dont ces derniers définissent les critères d'application de leurs lois de police.

Bibliographie

I. Législation

1) Législation européenne

- Conv. du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Convention de Bruxelles »), *J.O.C.E.* n° L 299/32, 31 décembre 1972, p. 32-42.
- Règl. (C.E.) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », *J.O.C.E.*, n° L 199, 31 juillet 2007, pp. 40-49.
- Règl. (C.E.) n° 593/2008, 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), *J.O.C.E.* n° L177, 4 juillet 2008, p. 6.
- Règl. (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles Ibis »), *J.O.U.E.* n° L 351, 20 décembre 2012, p. 1-32.

2) Législation belge

- C. civ., article 1165.
- C. civ., article 1798.
- Loi du 19 février 1990 complétant l'article 20 de la loi hypothécaire (L. 16 décembre 1851) et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, *M.B.*, 24 mars 1990, p. 5561.
- Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Verhaegen, Trav. prép. Ch. 294 (1981-1982).

3) Législation française

- Loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, *J.O.R.F.*, 3 janvier 1976, p. 148.

II. Jurisprudence

1) Jurisprudence européenne

- C.J.C.E., 14 décembre 1976, (*Estatil Salotti c. Rüwa*), C-24/76, *Rec.*, 1976, p. 1832.
- C.J.C.E., 19 juin 1984, (*Tilly Russ c. Nova*), C-71/83, *Rec.*, 1984, p. 2418.
- C.J.C.E., 27 septembre 1988, (*Kalfelis c. Schröder*), C-189/97, *Rec.*, 1988, p. 5579.
- C.J.C.E., 26 mars 1992, (*Mario Reichert c. Dresdner Bank AG*), C-261/90, *Rec.*, 1992, p. 2175.
- C.J.C.E., 17 juin 1992, (*Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*), C-26/91, *Rec.*, 1992, p. 3990.
- C.J.C.E., 23 nov. 1999, (*Arblade*), C-369/96, *Rec.*, 1999 p. 8496.
- C.J.C.E., 15 mars 2001, (*Mazzoleni et Isa*), C-165/98, *Rec.*, 2001, p. 2213.
- C.J.C.E., 5 février 2004, (*Frahuil SA c. Assitalia SpA*), C-265/02, *Rec.*, 2004, p. 1546.
- C.J.U.E., 7 février 2013, (*Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autres*), C-543/10, *Rec.*, 2013, p. 62.

- Conclusions de Mme l'avocat général V. Trstenjak avant C.J.U.E. (gr. ch.), 15 mars 2011, *Koelzsch*, C-29/10, *Rec.*, 2011, p. 1595.

2) Jurisprudence belge

- Cass., 7 décembre 1973, *Entr. et dr.*, 1975, p. 181.
- Cass., 5 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 398.
- Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155.
- Cass., 17 décembre 1990, *Pas.*, I, 1190, p. 380.
- Cass., 21 décembre 2001, *D.A.O.R.*, 2002, p. 264.
- Cass., 26 avril 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1017.
- Cass., 29 avril 2002, *Chron. D. S.*, 2002, liv. 8, p. 386.
- Cass., 14 mai 2004, *Res jur. immo.*, 2005, vol. 1, p. 31.
- Cass., 29 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1697.
- Cass., 18 mars 2013, *Chron. D. S.*, 2014, liv. 9, p. 460.
- C.A., 28 juin 2006, n°111/2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184.
- C. Const., 2 février 2012, n°12/2012, *M.B.*, 30 mars 2012, p. 20461.
- Bruxelles, 17 septembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 41.
- Liège, 9 septembre 2010, publiée sur le site www.ipr.be, *Revue* de 2010, n° 4, pp. 118-129.
- Comm. Bruxelles (réf.), 15 octobre 1990, *J.T.*, 1991, p. 216.
- Comm. Liège, 10 mars 1993, *R.D.C.*, 1995, p. 395.
- Comm. Bruxelles (11^{ème} ch.), 7 avril 2000, inédit, R.G. n°10.486/98.
- Comm. Anvers (div. Hasselt), 8 octobre 2014, *R.A.B.G.*, 2015/12, p. 897.

3) Jurisprudence française

- Cass. fr., 12 juillet 1991, *Bull.* 1991, A.P. n°5, p. 7.
- Cass. fr. (ass. plén.), 12 juillet 1991, *D.*, 1991, p. 519.
- Cass. fr. (ch. mixte), 30 novembre 2007, *Bull. civ.* n° 12, Rapport de la Cour de cassation 2007, p. 481.
- Cass., (1^{ère} ch. civ.), 9 février 2011, n°10-12.000, *inédit*.
- Nancy, 16 janvier 1990, R.G. n°14/00115.
- Rouen (ch. civ. et comm.), 16 mai 2013, *JurisData* n°2013-011745.

III. Doctrine

1) Monographies

- BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé* (1956), réédition présentée par Yves Lequette, Paris, Dalloz, 2002.
- BATIFFOL H. et LAGARDE P., *Droit international privé*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1983.
- BUREAU D. et MUIR WATT H., *Droit international privé*, t. II, Paris, P.U.F., 2007.
- BUREAU D. et MUIR WATT H., *Le droit international privé*, Paris, P.U.F., coll. *Que sais-je ?*, 2009.
- CORNU G., *Droit civil. Introduction au droit*, Paris, L.G.D.J., 13^{ème} éd., 2007.
- CRUQUENAIRE A., DELFORGE C., DURANT I., WERY P., *Droit des contrats spéciaux*, 3^{ème} édition, Waterloo, Kluwer, 2014.

- DE PAGE H., *Traité*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964.
- FORIERS, P.-A., *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Chaire Francqui 2004-2005, Bruxelles, Larcier, 2006.
- GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n°44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, L.G.D.J., 2002.
- HEUZÉ V., *Sous-traitance*, Répertoire de droit international, Paris, Dalloz, 1998.
- JAYME E., *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1995, t. 251, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- NERET J., *Le sous-contrat*, préface de P. CATALA, Paris, L.G.D.J., 1979.
- RIGAUX Fr. et FALLON M., *Droit international privé*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2005.
- TEYSSIE B., *Les groupes de contrats*, préface de J.-M. MOUSSERON, Paris, L.G.D.J., 1975.
- WERY P., *Droit des obligations*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, vol. I, 2^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2011.

2) Contributions dans un ouvrage collectif

- BALON Fr., « Relations maître de l'ouvrage/sous-traitant », in *La sous-traitance*, Bruxelles, Larcier, 2006.
- BANMEYER I., « L'action paulienne et la tierce complicité », in *La théorie générale des obligations*, Liège, Formation permanente C.U.P., vol. 27, 1998.
- de BRIEY R. et JAUNIAUX O., « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », in *Droit de la construction*, Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège, 2006.
- DELVAUX P.-H., « Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle pour autrui », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- FALLON M., « La responsabilité des constructeurs dans les relations internationales. Rapport belge » in *La responsabilité des constructeurs, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XLII, Journées égyptiennes, Paris, Litec, 1993.
- GERARD Ph. et WINDEY J., « Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire : à contre-courant », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- GHESTIN J., « Les effets du contrat à l'égard des tiers. Introduction », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- HENROTTE L.-O. et CRUQUENAIRE A., « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées », in *Droit de la construction*, Formation permanente C.U.P., vol. 127, Liège, Anthemis, 2011.
- HENRY P., « L'action directe et le privilège du sous-traitant », in *La sous-traitance*, Bruxelles, Larcier, 2006.
- JAFFERALI R., « Actualité jurisprudentielle dans le domaine du droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (2007-2012) », in *Actualités en droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- KOHL B., « Sous-traitance : questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Bruxelles, Larcier, Formation permanente C.U.P., mai 2003.
- KOHL B. et VANWIJCK-ALEXANDRE M., « Droit des obligations et sous-traitance », in *La sous-traitance*, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2001, coll. Commission droit et vie des affaires, Faculté de droit de Liège, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- LAGARDE P., « La sous-traitance en droit international privé », in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, sous la dir. de C. GAVALDA, Paris, Economica, 1978.
- MOURY J., « Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », in *D.* 2002.

- SLIM H., « La portée de la liberté contractuelle dans le domaine de la sous-traitance », in *1975-2015, De quelques aspects contemporains de la sous-traitance*, Colloque organisé à Tours, Paris, L.G.D.J., 2016.
- VAN BOXSTAEL J.-L., « Aspects de droit international privé », in *Guide de droit immobilier*, Bruxelles, Story-Scientia, DIMM 32, 1999.
- WALSCHOT F., « Nouvelles dimensions de la sous-traitance » in *La sous-traitance*, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2001, coll. Commission droit et vie des affaires, Faculté de droit de Liège, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- WAUTELET P., « La sous-traitance internationale : questions choisies », in *La sous-traitance*, Commission droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- WAUTELET P., « Le nouveau droit européen des contrats internationaux », in *Actualités de droit international privé*, Centre des Facultés universitaires pour le recyclage en droit, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2009.

3) Articles publiés dans un périodique

- ANCEL M., « La ligne tenue par le Cour de cassation en France en matière de sous-traitance internationale », *Rev. crit. dr. intern. privé.*, 2011, liv. 3, pp. 659.
- AUDIT M., « La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est une loi de police », *Revue juridique de l'économie publique*, n°654, juin 2008, comm. 25, p. 5.
- d'AVOUT L., « La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est-elle une loi de police ? », *La Semaine Juridique (édition générale)*, 2 janvier 2008, n° 1, p. 31.
- BOUKHARI R., « La qualification en droit international privé », *Les Cahiers de droit* 511/2010, p. 159.
- BRIERE C., « Indivisibilité du litige et paralysie de la clause de juridiction », *La semaine du droit en région*, La Semaine Juridique, édition générale, n°36 (2 septembre 2013), p. 1586.
- BUYLE J.-P., LANOYE L. et WILLEMS V., « Chronique de jurisprudence sur l'informatique », *J.T.*, 1988, p. 93.
- CUYPERS A., « De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer », *R.W.*, 1997-98, n° 14, p. 797.
- DELPECH X., « Sous-traitance internationale : la loi de 1975 est une loi de police », *Recueil Dalloz – Droit des affaires*, 2009, n° 12, p. 806.
- DIRIX E., « Onderaanneming », *Entr. et dr.*, 1991, n° 1, p. 30.
- DURAND-PASQUIER G., « La loi applicable à la sous-traitance internationale : bilan et perspectives », *LexisNexis, Construction – Urbanisme*, n° 1, janvier 2008, p. 1.
- FOHRER-DEDEURWAERDER E., « Qualification en droit international privé », *JurisClasseur Civil*, Fasc. 130-70 (17 août 2015), p. 2.
- FRANCESCAKIS P., « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. dr. intern. privé.*, 1966, 1, p. 13.
- FRANCO S., « Le règlement « Rome I », sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Europe*, 2008 pp. 5-6.
- FRANCO S., « Le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... », *Journal du droit international (Clunet)*, vol 136, n°1, p 56.
- GLANSDORFF Fr., « Réflexions complémentaires au sujet de l'action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant et plus généralement au sein des groupes de contrats », *R.G.A.R.*, 1990, n° 11, p.596.
- GUEZ Ph., « L'inopposabilité de la clause attributive de juridiction au sous-acquéreur dans les chaînes européennes de contrats », *La Semaine Juridique - édition générale*, 2013 n° 516, p. 883.
- HEIREMANN W., « Onderaanneming in de Duitse Bondsrepubliek », *Entr. et dr.*, 1991, p. 76.

- HEUZÉ V., « La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale », *R.C.D.I.P.*, 1996, pp. 243-266.
- JAUNIAUX O., « L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 254.
- LECLERC F., « Les chaînes de contrats en droit international privé », *J.D.I.*, 1995, p. 267.
- LEGRAND V., « Inopposabilité des clauses d'élection de for dans les chaînes de contrats communautaires : La CJUE a tranché ! », *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique*, 2013, n° 72 p.6.
- PITTIE M., « Le principe de l'effet relatif des contrats à la lumière des législations récentes en matière d'obligations conventionnelles », *Ann. dr.*, 1997, p. 330.
- POWELL D., « Sub-contracting in the United Kingdom », *Entr. et dr.*, 1991, pp. 54-56.
- RIGAUX Fr., « Droit privé matériel et règles de conflit de lois », *R.B.D.I.*, 1991, pp. 385-397.
- VAN HOUTTE H., « Onderaaneming in een internationale context », *Entr. et dr.*, 1991, n° 16, p. 102.
- WERY P., « 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. 180.

4) Notes de jurisprudence

- BOYAULT W. et LEMAIRE S., « Protection du sous-traitant en matière internationale : la Cour de cassation française fait volte-face », note sous Cass.fr. (ch. mixte), 30 novembre 2007, *D.*, 2008, p. 753 et s.
- DECHAMPS M., « L'établissement d'un régime général de l'opposabilité des clauses de juridiction aux tiers : mission impossible ? – Commentaire de l'arrêt Refcomp », note sous C.J.U.E., 7 février 2013, *R.D.C.*, 2015, p. 35.
- GLANSDORFF Fr., note sous Comm. Bruxelles (réf.), 15 octobre 1990, *J.T.*, 1991, p. 218.
- IDOT L., « Clause attributive de juridictions et chaîne de contrats. Confirmation de l'opposition de la Cour de justice à la théorie de la chaîne de contrats translatifs de propriété: une clause attributive de juridiction conclue entre un vendeur et l'acquéreur initial est inopposable au tiers sous-acquéreur, s'il n'a pas donné son consentement effectif à ladite clause », note sous C.J.U.E., 7 février 2013, *Actualité du droit de l'Union européenne*, 2013, n° 4, p. 38.
- MONTERO E., « L'article 1798 du Code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant » obs. sous C.A. n° 111/2006, 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007/5, p. 192.
- Simont L., « contribution à l'article 1798 du Code civil », note sous Liège, 21 février 1964, *R.C.J.B.*, 1964, n° 8, p. 43.
- VOLDERS B., « De Rechtstreekse vordering in het internationale privaatrecht », note sous Comm. Anvers (div. Hasselt), 8 octobre 2014, *R.A.B.G.*, 2015/12, pp. 900-903.
- WERY P., « L'assiette de l'action directe du sous-traitant », note sous Cass., 21 décembre 2001, *D.A.O.R.*, 2002, n° 63, p. 264.

IV. Sites internet

- <http://business-assistance.be/fr/groupe-de-contrats-ensembles-contractuels/>
- <http://www.cours-de-droit.net/qualification-et-controle-de-qualification-en-droit-international-a121609846>

Table des matières

Introduction.....	1
Chapitre I – La sous-traitance en droit interne.....	5
Section 1. La sous-traitance et les ensembles contractuels.....	5
A. Les groupes de contrats et les ensembles contractuels	5
B. Les questions soulevées par les ensembles contractuels.....	7
Section 2. La sous-traitance en droit belge	12
A. Le recours du maître de l’ouvrage contre le sous-traitant.....	13
B. L’action directe du sous-traitant contre le maître de l’ouvrage	14
Section 3. La sous-traitance en droit français	17
A. Le recours du maître de l’ouvrage contre le sous-traitant.....	18
B. La loi du 31 décembre 1975 en tant que loi de police	19
C. Les clauses de « if and when » en droit français.....	21
Chapitre II – Conflit de juridictions, sous-traitance et action directe	23
Section 1. Les règles de compétence ordinaire	23
A. Problème de qualification	24
B. L’action directe est-elle de nature contractuelle ?	26
C. L’action directe est-elle de nature (quasi-)délictuelle ?	29
Section 2. Les clauses d’élection de for.....	31
A. Arrêt « Tilly Russ ».....	32
B. Arrêt « Refcomp »	33
C. Clauses d’élection de for, appel en garantie et concentration du contentieux	37
Section 3. Les clauses d’arbitrage.....	42
Chapitre III – Conflit de lois, sous-traitance et action directe	45
Section 1. Problème de qualification	46
Section 2. Loi applicable.....	48
A. Loi du contrat de sous-traitance.....	48
B. Loi du contrat d’entreprise principale.....	48
C. Solution cumulative	51
Section 3. Les clauses de choix de loi.....	51
Section 4. Ordre public international et loi de police	54
A. L’exception d’ordre public international	55
B. L’incidence d’une loi de police.....	56
Conclusion : le droit international privé entre complexité, prévisibilité et souverainetés en Europe ...	63
Bibliographie.....	65

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

