

Le clair–obscur du droit Algérien de la sous-traitance de construction

BOUAICHE Mohamed ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Université de Tizi-Ouzou, Algérie.

Email : mohamed.bouaiche@laposte.net

Résumé :

Construire met en présence divers acteurs. En principe le maître de l'ouvrage est le maître d'ouvrage délégué. Mais très souvent il fait appel à une tierce personne, le sous-traitant. Dans cette dernière situation des questions se posent en raison des difficultés que la pratique se doit de résoudre. Qui de leur situation juridique ? De l'exécution de leurs obligations ? De leur responsabilité ? Situation rendue plus complexe avec la perspective de l'action directe ouverte au(x) sous-traitant(s). Cette action est conçue aux fins de protection de ces derniers et de leurs ouvriers

Mots clés :

Construction ; maître d'ouvrage ; maître d'ouvrage délégué ; sous-traitant ; obligation ; responsabilité.

Date de soumission : 20/10/2022, Date d'acceptation: 12/12/2022, Date de publication : 31/12/2022.

Pour citer l'article:

BOUAICHE Mohamed, " *Le clair –obscur du droit Algérien de la sous-traitance de construction*", RARJ, vol. 13, n° 02, 2022, pp. 842-881.

Disponible sur : <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

L'auteur correspondant : BOUAICHE Mohamed , mohamed.bouaiche@gmail.com

مقولة البناء من الباطن بين الوضوح والغموض في القانون الجزائري

الملخص:

مبدئياً، تتطلب عملية البناء تدخل العديد من الفواعل، وهما صاحب المشروع والجهة القائمة على المشروع، لكن في غالب الأحيان يتم الاستعانة بطرف ثالث وهو المقاول من الباطن، وفي هذه الحالة الأخيرة تطرح تساؤلات عديدة مرتبطة بالحقوق التي يستوجب على الممارسة العملية الإجابة عنها. كما تطرح إشكالات كثيرة؛ كالوضع القانوني لهذه الفواعل؟ تنفيذ التزاماتهم القانونية؟ المسؤولية التي تقع على عاتقهم؟ ويتعدّد الوضع أكثر بموجب السماح للمقاولين من الباطن باللجوء للقضاء عن طريق الدعوى المباشرة قصد ضمان حمايتهم وحماية الموظفين لديهم.

الكلمات المفتاحية:

البناء؛ صاحب المشروع؛ الجهة القائمة على المشروع؛ المقاول من الباطن؛ الالتزام؛ المسؤولية.

The chiaroscuro of Algerian construction subcontracting law

Summary:

Building brings together various actors. In principle, the contracting authority is the delegated contracting authority but very often he calls on a third party, the subcontractor. In this last situation questions arise because of the difficulties that practice must resolve. Which of their legal situation ? Of the performance of their obligations ? Of their responsibility ? A situation made complex with the prospect of direct action open to the subcontractor (s). This action is designed to protect them and their workers

Keywords:

Building ; contracting authority ; delegated contracting authority ; subcontractor ; obligation ; responsibility.

Introduction:

L'acte de construire est complexe en ce qu'il est à la confluence de divers droits et fait rencontrer des partenaires différents. Il met en présence au moins trois personnes. La première d'entre elles est celle qui construit ou fait construire dénommée, le maître de l'ouvrage¹. La deuxième est celle qui est chargée de réaliser l'ouvrage, le maître d'ouvrage délégué²². Ces deux partenaires sont des personnes physiques ou morales selon le cas. Une troisième personne intervient également dans l'acte de construire. Il s'agit, selon l'article 9 du décret législatif, de l'architecte désigné maître d'œuvre en charge « de la conception et du suivi de la réalisation de la construction ».

Les maîtres d'ouvrage, d'ouvrage délégué et d'œuvre voient leurs relations régies par le contrat d'entreprise prévu à l'article 549 du Code civil.

Toutefois, le maître d'ouvrage délégué peut faire appel à une ou à plusieurs personnes pour leur confier la réalisation d'une partie des travaux ou leur totalité. Dans cette situation, il est fait recours à des sous-traitants qui sont des artisans³. Un tel recours fait naître des relations qui sont définies à l'article 564 du Code civil. Aux termes de cet article, l'entrepreneur (entendu comme maître d'ouvrage délégué)⁴ « peut confier l'exécution du travail en tout ou en partie, à un sous-traitant s'il n'en est pas empêché par une clause du contrat ou si la nature du travail ne suppose pas un appel à ses aptitudes personnelles ».

Nous pressentons que la situation juridique des protagonistes est susceptible de faire naître quelques difficultés quant à l'exécution de leurs obligations respectives, d'une part, et à la nature de leurs responsabilités éventuelles, d'autre part.

Ce tableau est rendu encore plus délicat à appréhender si l'on a à l'esprit une des caractéristiques de la sous-traitance, l'action directe du sous-traitant et des ouvriers ayant participé à la construction de l'ouvrage qui peut être exercée contre le maître de l'ouvrage.

Par souci de clarté nous axerons principalement notre réflexion sur les rapports nés de la sous-traitance entre le maître de l'ouvrage, le maître de l'ouvrage délégué et les sous-traitants. Le maître d'œuvre ne nous intéressera que de façon incidente pour un meilleur éclairage. L'hypothèse de plusieurs

¹ Art.7 du Décret législatif n° 94-07 du 18 mai 1994 JO n°32 du 25 mai 1994 exige que le sous-traitant soit agréé relatif aux conditions de la production architecturale et à l'exercice d'architecte.

² Art 8 DL 94-07 et le maître d'ouvrage délégué correspond au maître d'œuvre de l'ancienne terminologie. Il s'agit de l'entrepreneur.

³ Au sens de l'article 5 de l'ordonnance 96-01 du 10 janvier 1996 JO n°3 du 14 janvier 1996.

⁴ Les diverses dispositions utilisent un vocabulaire différent qu'il conviendrait d'uniformiser pour une meilleure compréhension des concepts employés

sous-traitants est logique en ce que l'entrepreneur peut confier la réalisation de l'ouvrage à plusieurs intervenants selon les corps de métier à la lecture de l'article 564 in fine. Mais une autre hypothèse nous interpelle, selon les termes imprécis de l'article, celle où le sous-traitant initial confie à son tour une partie de sa mission à un artisan. Ce qui fait naître une cascade de sous-traitants.

Quid de la situation juridique des différents intervenants ? Pour y répondre, nous envisagerons la sous-traitance comme un contrat d'entreprise né d'une opération triangulaire (I) qui confère une protection particulière à l'un des contractants (II)

I. La sous-traitance, une relation juridique triangulaire

La sous-traitance n'est pas clairement définie par le législateur. Seule une interprétation intuitive permet de la saisir. En effet, l'article 564 du Code civil fait référence au sous-traitant à qui est confié une partie ou la totalité des travaux de construction. Aussi, est-ce par induction que l'on comprend que la sous-traitance est cette opération de confier à une personne autre des travaux prévus dans un contrat d'entreprise préexistant. Ce sont les caractéristiques de la mission confiée au sous-traitant qui permet de cerner la notion juridique de sous-traitance. La première de celles-ci est la mission confiée (alinéa 1 de l'article 564). La seconde tient à la responsabilité du maître de l'ouvrage délégué [ou l'entrepreneur principal] à l'égard du maître de l'ouvrage du fait du sous-traitant (alinéa 2 de l'article 564). Cette absence de définition explicite s'expliquerait par la de temps à laquelle était soumis le législateur de 1975 qui débouchait parfois sur un certain mimétisme dénoncé par de nombreux juristes commentateurs. Souffrons également de ce souci de comparaison pour relever que le législateur français a défini la sous-traitance par la loi du 31 décembre 1975 (proximité temporelle mais postérieure à la promulgation du Code civil) modifiée depuis par l'article 1 de la loi « MURCEF de 2001. L'article 1 précise que « la sous-traitance est l'opération 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... ». Le détour par la loi française est dicté par un souci de clarification et de justification préalable aux développements ultérieurs.

Deux éléments sont intéressants dans la formulation précédente : un entrepreneur et un sous-traité. Ils permettent de saisir qu'il existe préalablement à la sous-traitance un contrat d'entreprise, le contrat principal et un sous-traité qui puise sa raison d'être de ce dernier. Ce sont donc deux contrats successifs donnant naissance à une relation triangulaire.

A- Le régime juridique du contrat de sous-traitance

1.Éléments constitutifs :

a)un contrat principal préexistant

Le contrat de sous-traitance s'adosse sur un contrat d'entreprise préexistant, véritable contrat principal qui lie le maître de l'ouvrage au maître de l'ouvrage délégué [l'entrepreneur principal].

Le contrat de sous-traitance est aussi un contrat d'entreprise qui unit l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Le sous-traitant comme nous l'avons dit précédemment peut être une entreprise ou un artisan.

Le contrat de sous-traitance peut naître entre le premier sous-traitant ou sous-traitant de 1er degré et un autre sous-traitant ou sous-traitant de second degré. Une cascade de sous-traitants peut être générée ainsi. Le contrat de sous-traitance doit être distingué de certains contrats voisins.⁵

b) le contrat de sous-traitance et les contrats voisins

- Le contrat de sous-traitance doit d'abord être distingué du contrat de location de matériel avec ou sans personnel, exemple d'une grue ou d'un camion toupie. L'objet du contrat est la mise à disposition de matériel.

La qualification est parfois délicate et la frontière tenue. Ce qui a conduit la Cour de cassation française de préciser les fondements de la distinction : « n'est pas un contrat de sous-traitance la convention par laquelle une société, sans prendre de responsabilité directe dans la réalisation d'un ouvrage, met à la disposition d'une entreprise un matériel de louage que celle-ci ne possède pas pour lui permettre d'exécuter des travaux dont elle ne s'est pas déchargée » (Cass. 3^o ch.civ. 21 avril 1982).

- Le contrat de location de matériel ne constitue pas un contrat de sous-traitance (Cass. 3^o ch.civ. 23 janvier 2002, 28 mai 2002).

- Le contrat de sous-traitance doit également opposé au contrat de location de service. Le tâcheron dans le cadre du contrat de location de service travaille sous l'entière responsabilité de l'entrepreneur principal, il existe dès lors un lien de subordination.⁷⁶

- Une question se pose quant à la mise à disposition du personnel. Peut-on la qualifier de contrat de sous-traitance ?

En l'absence de client final, donc de relation tripartite, toutes fournitures de main d'œuvre sont effectuées dans le cadre de prestation de services qui peut se définir, écrit A. DANTZIKIA, comme « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu ». Elle ajoute que « si toute sous-traitance est une prestation de service,

⁵ J.M RIKKERS, J.L. TEHUX, N. BOTTIN « la sous-traitance » Barreau de Liège.

⁶ F. AUSSEUR « Sous-traitance : responsabilités et assurances », Qualité Construction n°117 nov. Déc. 2009

toute prestation de service ne relève pas toujours de la sous-traitance stricto sensu ». ⁷ En outre, le seul fait de mettre à disposition de la main d'œuvre, du matériel et du « consommable » n'est pas toujours suffisant pour écarter la qualification du contrat en contrat de sous-traitance. L'absence d'autonomie pour exécuter les prestations conduit à rejeter la qualité de sous-traitant dès lors que le contrôle et le suivi des travaux échappent au contractant ^{8,9}. Cependant, le contrat de sous-traitance n'est pas exclusif de toute possibilité de contrôle de l'entrepreneur principal. ⁹ La prestation fournie doit également relever d'une spécificité particulière sans participer aux différentes phases de l'acte de construire. ¹⁰

-Le contrat de sous-traitance ne peut être confondu avec le contrat de vente si certaines conditions sont réunies. Ainsi, lorsque l'entrepreneur principal commande un produit répondant à des besoins particuliers exprimés ou encore lorsque l'entrepreneur donne des instructions précises pour que le produit corresponde à la destination voulue. Dans les deux cas, le fabricant obéit à des consignes et le produit n'est pas défini préalablement à sa fabrication. Au cas contraire, le fabricant est un fournisseur. C'est ce qu'exprime la position de la juridiction suprême : « justifie légalement sa décision de reconnaître la qualité de sous-traitant à un entrepreneur, la cour d'appel qui relève que les travaux commandés devaient être exécutés selon des prescriptions prévues au bon de commande » C. cass. 3^e ch.civ. 3 juin 1992 RD 1993p.79.

- Le contrat de sous-traitance se distingue de la cotraitance. La cotraitance ou co-traitance ou Groupement Momentané d'Entreprises(GME) recouvre la situation dans laquelle deux ou plusieurs entrepreneurs constitue un groupement momentanément dans le but d'entretenir entre-deux des liens juridiques économiques et financiers. Chaque entité œuvre dans une spécialité ou travaille dans l'exécution d'un lot de travaux. ¹¹ La caractéristique de la cotraitance est que chaque entreprise ait été signataire du contrat principal. Sinon, nous serions en présence d'une convention de sous-traitance (C.A. Versailles 25 janvier 2008). Les entreprises cotraitantes peuvent mandater l'une d'elles pour signer à leur place et créer un lien juridique direct avec le maître de l'ouvrage.

L'intérêt de ces distinctions réside dans les régimes juridiques et les responsabilités retenues.

⁷ A. DANTZIKIA « Mise à la disposition du personnel et sous-traitance » Lamy Lexel 10 mars 2009

⁸ Cass.Civ. 3^e, 14 décembre 2004 : pourvoi 03-19161.

⁹ Cass.Civ. 3^e, 17 février 1982.

¹⁰ Cass.Civ. 3^e, 23 janvier 2002 : pourvoi 00-17759.

¹¹ S. BRAUDO « Dictionnaire de droit privé »

Ainsi, il arrive qu'un contrat de sous-traitance apparent soit requalifié de contrat de travail ou de mise à disposition du personnel par les juridictions saisies.

c) les caractères du contrat de sous-traitance

L'interprétation de l'article 564 nous conduit à admettre de façon logique que la qualification de contrat d'entreprise soit retenue comme cadre juridique de la sous-traitance. D'autant que le contrat de sous-traitance peut être qualifié de sous contrat faisant suite à un contrat originaire auquel il se greffe et en tire toute sa substance.¹² Dès lors, il est aisé d'appliquer au contrat de sous-traitance ou sous-traité conclu entre l'entrepreneur principal¹³ (ou le maître d'ouvrage délégué) les règles du contrat d'entreprise de l'article 549 du Code civil.

Le contrat de sous-traitance est un contrat consensuel. L'échange des consentements suffit car le l'article 564 du Code civil n'impose, en principe, aucune forme particulière.¹⁴ Mais, si nous nous référons à la disposition de l'article 10 du décret législatif 94-07, le contrat doit être « établi en les formes requises ». Certes, il serait loisible d'objecter que l'article envisage les relations entre maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage délégué et le maître d'œuvre d'une part et que l'article 549 du même code ne fait nullement référence à une forme quelle qu'elle soit. C'est la locution « formes requises » qui interpelle. Devons-nous considérer dès lors que l'une des formes requises puisse être la forme authentique, notariée ? Ou encore et plus simplement l'enregistrement d'un acte sous seing privé en double exemplaire ?

Il n'en demeure pas moins que pour faire valoir ses droits, le sous-traitant devra exciper l'existence d'un contrat conclu par écrit avec l'entrepreneur principal. Cet écrit sera daté, approuvé et signé par les parties en autant d'exemplaires originaux. La forme écrite s'impose en ce qui concerne les artisans qui n'ont pas la qualité de commerçant. L'écrit permet alors de fixer les rapports juridiques entre entrepreneur principal et le sous-traitant et, de manière incidente pour certains aspects, ceux entre le sous-traitant et le maître d'ouvrage.¹⁵

- Les autres caractères: synallagmatique, à titre onéreux, commutatif, intuitu personae«

¹² V.J. NERET « le sous-contrat » L.GDJ, 1979

¹³ L'adjectif « principal » est idoine en ce que lié à la fois au Maître de l'ouvrage par un contrat d'entreprise et au sous-traitant, l'entrepreneur est le personnage principal de l'opération de sous-traitance. A. SANSOUCY « La protection des créances des sous-traitants dans le domaine de la construction » Mémoire Université de Montréal mai 2004.

¹⁴ A rapprocher de Cass. civ. 3^e, 8 octobre 1973 : Bull. civ. III n°343.

¹⁵ P.P. COLJE « Le régime juridique de la sous-traitance », synthèse réalisée pour la Confédération de petites entreprises et artisans du bâtiment des Alpes Haute-Provence, 8 décembre 2008.

Le contrat de sous-traitance est synallagmatique. Il existe un rapport de connexité entre les obligations des cocontractants. L'obligation de l'un trouve sa cause dans celle de l'autre. Elles sont interdépendantes et réciproques.¹⁶

Il est conclu à titre onéreux en ce qu'il confère un avantage à l'autre partie.

Si le contrat est en général commutatif, chaque contractant escomptant recevoir de son cocontractant l'équivalent de sa prestation, il est possible qu'il puisse être aléatoire. Cela dans le cadre d'un marché à forfait (article 561 du Code civil) qui peut faire courir un risque à l'entrepreneur sous-traitant. Par ailleurs, le contrat d'entreprise peut être fondé sur l'intuitu personae. L'article 564 précité y fait allusion en précisant que la sous-traitance est possible « lorsque la nature des travaux ne suppose pas un appel à ses aptitudes personnelles ».¹⁷

C'est souligner l'importance que peut revêtir la personnalité du contractant qu'il soit entrepreneur principal ou sous-traitant. Le sous-traité, qualifié contrat d'entreprise, se voit appliquer le régime de ce dernier. En toute logique donc, nous pouvons considérer que l'intuitu personae imprègne également le contrat de sous-traitance. L'entrepreneur principal choisit le plus souvent le sous-traitant sur sa compétence dans le cadre de la sous-traitance de spécialité.

2. Formation du contrat de sous-traitance¹⁸

-L'échange des volontés

Comme rappelé précédemment, le contrat de sous-traitance, contrat consensuel, se suffit d'une simple acceptation (article 59 du Code civil) même si sa validité juridique est subordonnée à la rédaction d'un écrit. Et, ce bien que l'article 561 en son alinéa 2 prévoit quant à la fixation du prix que le contrat peut être conclu verbalement : «à moins que le contrat lui-même n'ait été conclu verbalement». C'est dire qu'aucune forme particulière n'est exigée expressément .

Il arrive que les pourparlers soient longs (projets, plans, devis estimatifs). La doctrine et la pratique considèrent que l'offre émane du soumissionnaire. Le contrat est conclu dès acceptation des propositions faites (article 63al.2 du Code civil). Le consentement porte sur les éléments caractéristiques et sur tous

¹⁶ L Voir également et dans un cadre plus général du contrat d'entreprise, la disposition de l'article 569 du code civil relative à sa dissolution.

¹⁷ Voir également et dans un cadre plus général du contrat d'entreprise, la disposition de l'article 569 du code civil relative à sa dissolution

¹⁸ Il est à signaler que le droit français de la sous-traitance exhaustive soit agréé par le maître de l'ouvrage soit expressément soit tacitement (connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier, à peine de voir les garanties exclues.

les points accessoires certes mais jugés essentiels par les parties contractants. On appliquera le droit commun des vices du consentement.

- La capacité

Les parties doivent être capables. L'entrepreneur principal ou maître de l'ouvrage délégué et le sous-traitant sont soit tous deux des entrepreneurs, soit le sous-traitant est un artisan et le maître d'ouvrage est seul entrepreneur. La situation en droit algérien a uniformisé les statuts contrairement au droit français où malgré un travail de rapprochement les statuts demeurent différents¹⁹ En effet, l'article 3 de la loi n°11-04 du 17 février 2011²⁰ donne une définition exhaustive de l'entrepreneur. L'entrepreneur est « toute personne physique ou morale inscrite au registre de commerce au titre de l'activité de travaux de bâtiment en qualité d'artisan ou d'entreprise disposant de qualification professionnelle ». ²¹ L'alinéa 2 de l'article 31 de la loi du 31 août 1982 précise que « la délivrance de la carte²² pour les artisans » entraîne de plein droit et de façon automatique inscription au registre du commerce ». Cette qualité de commerçant reconnue à l'artisan produit des conséquences quant aux moyens de preuve notamment.

- L'objet couvre deux points, la prestation et le prix. Le droit positif ne fournit pas de définition précise de l'objet du contrat d'entreprise.²³ La prestation fournie est variée selon le travail commandé ou la partie d'ouvrage à réaliser. Le prix ou la rétribution de l'entrepreneur est un point fondamental. En effet, s'il ne figure pas au contrat, la prestation est présumée bénévole et le travail fourni n'entre pas dans le cadre du contrat du sous-traitant. Et, le prix ne serait pas une condition de validité.²⁴ Le prix est le plus souvent déterminé soit selon un devis à base unitaire (article 560 du Code de civil), soit il est forfaitaire.

Et, s'il n'est pas fixé lors de la conclusion du contrat, le prix sera « déterminé selon la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur ici le

¹⁹ Relative à la promotion immobilière, JO n°14 du 6 mars 2011.

²⁰ Article 3 de la loi n° 82-12 du 28 août 1982 portant statut de l'artisan JO 35 du 31 août 1982 modifié et complétée par la loi n° 88-16 du 10 mai 1988 JO n° 19 du 11 mai 1988 donne une définition complète de l'artisan

²¹ La carte est obtenue après inscription au registre de l'artisanat et des métiers tenu au niveau de chaque commune.

²² L. IGOU DJIL, Le régime juridique des contrats, Mémoire pour le Master Recherche en Droit privé des Contrats, Université Versailles Saint-Quentin en Yvelines, 2006.

²³ Voir 9 février 1989 D. 1989 I.R. 181, cité par L. IGOU DJIL, décision à rapprocher de Cass. Com 19 janvier 1991 : Bull. civ. IV n°43.

²⁴ « L'accord préalable sur les coûts des travaux n'est pas un élément essentiel du contrat de louage de service » Cass. 3^e civ. 18 janvier 1977.

sous-traitant (article 562 du code civil).²⁵ Une des particularités du droit algérien est d'admettre l'imprévisibilité dans les contrats privés qui trouve son siège à l'article 107 al.3. Celle-ci s'applique au contrat d'entreprise et, par extension, au contrat de sous-traitance en vertu de l'article 561 al.3.

Le contrat de sous-traitance comme nous écrit précédemment, s'adosse, s'appuie sur le contrat d'entreprise conclu entre le maître de l'ouvrage et le maître d'ouvrage délégué entrepreneur principal donnant naissance à une relation triangulaire.

A- Un ordre chronologique de dépendance entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance

Certes les deux contrats sont des contrats d'entreprise qui se suivent dans le temps. Mais le lien chronologique serait insuffisant s'il n'existait de fait « un lien vertical de dépendance directe du second contrat par rapport au premier »²⁶. C'est dire que l'objet du contrat de sous-traitance ou sous-traité est la réalisation de tout ou partie du contrat principal. L'objet du sous-traité est déterminé par l'objet du contrat principal. Le sous-traité se greffe sur le contrat d'entreprise conclu entre l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage, tout en étant distinct. Sans le contrat principal, le contrat de sous-traitance n'aurait pas d'existence.

La sous-traitance dans la construction serait une coordination de contrats.²⁷ D'autres auteurs y voient une succession de contrats d'entreprise qui s'emboîtent l'un dans l'autre comme des poupées russes.²⁸ Il se crée ainsi « une double relation », le contrat d'entreprise qui lie le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal et le contrat de sous-traitance qui unit l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Les deux contrats, bien que successifs, sont indépendants, leurs conditions sont propres.

Dès lors, il n'existe aucun rapport contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant qui sont des tiers au regard des contrats respectifs. Cependant, il est souhaitable qu'il y ait une cohérence, une concordance entre les contrats quant aux obligations de l'entrepreneur principal et du sous-traitant. Une

²⁵ M. THIOYE, La qualification de sous-traitance-Sous-traitance et contrat de vente ou de fourniture, Colloque sur « LA SOUS-TRAITANCE DANS LA CONSTRUCTION »Toulouse, 21 novembre 2004, Droit et Ville n°57/2004

²⁶ E. MARTINVILLE, La sous-traitance de construction, adaptation du droit aux évolutions économiques en matière de construction, Aix-en-Provence : Presse universitaires d'Aix Marseille, 2004.

²⁷ B. SABLIER, J-E. CARO et S/ ABBATUCCI, la sous-traitance dans la construction, 4^e éd., Le Moniteur, 1993

²⁸ L.O.HENROTTE, A. CRUQUENAIRE, L'article 1798 du code civil : une action directe aux voies détournées, in Droit de la construction, ANTHEMIS 2011

certaine transparence doit prévaloir en ce que le premier contrat a une incidence sur le sous-traité.

Il est par ailleurs possible de concevoir une « sous-traitance en chaîne, en cascade²⁹ ». En effet, l'entrepreneur principal acquiert la qualité de maître d'ouvrage. N'est ce pas un maître d'ouvrage délégué, à l'égard du sous-traitant ? Ce dernier est un entrepreneur qui peut lui aussi sous-traiter une partie de sa mission à un autre entrepreneur qui devient le second sous-traitant. Car, dans les dispositions réglementaires, rien n'interdit une telle interprétation. D'ailleurs, nous pouvons à l'appui de celle-ci faire appel à la formulation même de l'article 565 du Code civil, « les sous- traitants et les ouvriers qui travaillent pour le compte de l'entrepreneur à l'exécution de l'ouvrage » « Certes, certains pourraient rétorquer que l'article fait référence au travail accompli pour le compte de l'entrepreneur qui s'est engagé à réaliser un ouvrage destiné au maître de l'ouvrage. Mais on doit admettre que la formulation large et imprécise laisse ouverte à une interprétation extensive. Les sous-traitants qu'ils soient de premier rang ou de second rang œuvrent pour le compte direct ou indirect de l'entrepreneur principal ou maître d'ouvrage délégué selon la désignation employée. En pratique, il arrive que pour des chantiers importants cette situation s'avère réelle, cas de la sous-traitance de capacité ou de spécialité.

Hormis les cas où une clause contractuelle ou les qualités personnelles n'interdisent pas le recours à un sous-traitant, le maître doit-il être tout au moins informé de l'existence du sous-traité par l'entrepreneur principal ? Légalement rien n'est prescrit mais pour des relations fondées sur la confiance, il ne serait pas illogique ni mauvais que le maître d'ouvrage soit informé par le maître d'ouvrage délégué.

À s'en tenir aux termes « maître d'ouvrage », « maître d'ouvrage délégué » du décret relatif aux conditions de la production architecturale, de *lege feranda* une telle hypothèse n'est pas saugrenue et serait même à suivre dans la pratique.

Quoi qu'il en soit nous sommes en présence d'une relation triangulaire où l'entrepreneur principal joue le rôle central de médiateur d'une part, et que les obligations contractuelles sont définies par un contrat d'entreprise, d'autre part.

B) Les relations entrepreneur principal et sous-traitant dans l'exécution du sous-traité

Le contrat de sous-traitance, autonome du contrat principal, est soumis aux dispositions convenues entre eux et au droit commun des contrats d'entreprise. Si les obligations réciproques sont définies, de façon générale, à

²⁹ DEMOGUE, Traité des obligations en général, 7 vol., 1923, T. V.

l'article 549 du code civil, la doctrine et la jurisprudence sont venues en préciser le contour et le contenu.

1. Les obligations à la charge du sous-traitant

Le sous-traitant, en sa qualité d'entrepreneur, est tenu d'exécuter ses obligations de production ou de prestation de services. La question qui s'est longtemps posée a été de déterminer la nature de l'obligation de tout entrepreneur. En effet, depuis DEMOGUE,³⁰ on distingue les obligations en obligation de moyen et en obligation de résultat avec des incidences notamment sur la charge de la preuve³¹. L'obligation de moyen, faut-il le rappeler, est une obligation de prudence et de diligence.³² Le débiteur d'une obligation de moyen s'engage à mettre tout en œuvre tous les moyens appropriés à l'exécution de son obligation. En revanche, le débiteur d'une obligation de résultat s'engage à procurer un résultat précis³³. Ce résultat est garanti par le débiteur. Dans quelle catégorie devons-nous inclure l'obligation du sous-traitant ?

Après une période d'incertitude, la Cour de cassation française a pu dégager une jurisprudence devenue constante depuis un arrêt de 1980³⁴. Elle a admis que le sous-traitant est tenu d'une obligation de résultat envers l'entrepreneur principal.³⁵ Et l'on retrouve la formule dans de nombreuses décisions selon laquelle le sous-traitant est tenu de livrer à l'entrepreneur un ouvrage « exempt de vices ou de malfaçons ». ³⁶ Selon J.JULIEN l'obligation de résultat « ne forme que la contrepartie de la défaillance contractuelle du sous-traitant ». Le sous-traitant est donc non seulement tenu « d'exécuter les obligations » dans les délais indiqués mais il garantit surtout le résultat prévu au sous-traité.³⁷ La rigueur de l'obligation et la sévérité des juridictions à se focaliser dans leurs décisions sur l'absence de défauts ou de vices peuvent s'expliquer par la qualité de professionnel du sous-traitant intervenant.

³⁰ L. PERALLAT, M. BOUAICHE op. cité.

³¹ M. BOUAICHE, Droit de la construction en Algérie de 1962 à 1982, droit embryonnaire ou droit achevé, Mémoire de doctorat 3^{ème} cycle, Université de Toulouse I, 1984.

³² La distinction obligation de moyen / obligation de résultat est trop schématique pour couvrir l'ensemble des situations contractuelles. L. PERALLAT, M. BOUAICHE, op.cité.

³³ J.JULIEN, Responsabilités dans les relations du sous-traitant et de l'entrepreneur principal, in Colloque LA SOUS- TRAITANCE DANS LA CONSTRUCTION, op.cité

³⁴ Cass. Civ. 3^e, 3 décembre 1980 : Bull. civ.III, n°106, Cass. civ. 3^e, 24 février 1982 : pourvoi n°81-10850, Cass. Civ. 3^e, 21 mars 1984 : pourvoi n°82-16908, Cass.Civ. 3^e, 26 avril 2006 : pourvoi n°05-13252.

³⁵ Cass. civ. 3^e, 1^{er} juillet 2009 : pourvoi n°08-14714

³⁶ Cass. Civ. 3^e, 17 décembre 1997 : pourvoi 95-19504, Cass. Civ. 3^e, 15 janvier 1992 : pourvoi 90-16081, Cass. Civ.3^e,

3 juin 1992 : pourvoi 89-19724, Cass. Civ. 3^e, 23 octobre 1984 : pourvoi n° 83-15013.

En tant que professionnel, le sous-traitant doit faire preuve de célérité, de respect envers les intérêts de son contractant.

C'est cette même qualité de professionnel qui explique qu'il soit assujéti aussi bien à une obligation d'information, de conseil qu'une obligation de se renseigner.

L'entrepreneur principal et le sous-traitant sont tous deux des professionnels, il est surprenant que l'on mette à la charge de ce dernier une obligation d'information et de conseil. Une telle obligation est compréhensible dans l'hypothèse d'une sous-traitance de spécialité.

Pour les juridictions civiles l'obligation d'information ne disparaît pas en présence d'un sous-traitant compétent.

Il semble qu'elle soit de l'essence même du contrat de sous-traitance. L'information dispensée est telle qu'elle puisse participer à la prise de décision.

Informé serait ainsi l'expression de la loyauté conventionnelle, une application naturelle du principe général de loyauté qui préside à toute relation contractuelle. Toutefois, dans une relation entre professionnels, elle tendra à diminuer d'intensité³⁸.

L'obligation de conseil et de renseignement est, selon certains, l'accessoire de l'obligation principale.³⁹ Et ce notamment en cas de déséquilibre des niveaux de connaissances entre cocontractants professionnels, l'un ayant une haute compétence par exemple. C'est ainsi qu'un sous-traitant a été condamné pour avoir manqué à son obligation de conseil.⁴⁰ Il n'avait pas averti les intervenants des risques encourus du fait du choix du procédé.⁴¹ Cette obligation s'impose au professionnel eu égard « à sa situation informationnelle privilégiée par rapport à l'autre »⁴² Elle est une variante de l'obligation accessoire d'information. D'aucuns affirment que l'obligation de renseignement est rattachée à l'obligation de bonne foi » qui se trouve dans tout contrat sans qu'il soit nécessaire de la stipuler ». Ce serait une obligation non écrite exemplaire qui découlerait naturellement de l'équité.

³⁸ Cass. Civ. 3^e, 28 mai 2002 : pourvoi n° 00-22612.

³⁹ J. JULIEN op. cité ; C. CHAMASS, « L'OBLIGATION D'INFORMATION À L'ÉCHELLE D'INTENSITÉ VARIABLE : vers une théorisation de l'obligation de conseil » Mémoire Université de Montréal, 2008

⁴⁰ LE DROIT PRIVE DE LA CONSTRUCTION AU LUXEMBOURG, Chambre des métiers du Luxembourg, octobre 2008

⁴¹ Cass. Civ. 3^e, 10 décembre 2003 : pourvoi n° 01-00614. Cass. Civ. 3^e, 19 novembre 1997 : pourvoi n° 95- 13656.

⁴² Cass. Civ. 3^e, 10 décembre 2003 : pourvoi 01- 00614, Cass. Civ. 3^e, 22 septembre 2010 : pourvoi n°09-13961

Les professionnels, sont en raison même de leur qualification, de leur compétence, sont présumés détenir l'information.⁴³ Ainsi, cette obligation de renseignement serait inhérente à la partie qui connaît ou devait connaître de par son statut de spécialiste, de professionnel un élément d'importance certaine, voire déterminante, pour l'autre contractant.⁴⁸ Mais comme le fait justement remarquer A. BENABENT « il y a pourtant une nuance, le conseil allant plus loin que le simple renseignement » et la tendance actuelle est « d'exiger des professionnels un conseil ».⁴⁴ Il est à rappeler que l'information fournie doit être exacte et donnée en parfaite connaissance de cause par celui qui doit renseigner⁴⁵.

Au demeurant l'obligation de conseil est présente dès les pourparlers, avant même la formation du contrat, et subsiste lors de son exécution⁴⁶, et même à l'extinction du contrat. Cette obligation de conseil et de renseignement est analysée comme une obligation de moyen⁴⁷ Par ailleurs, le sous-traitant est tenu d'une obligation de se renseigner, de s'informer. Car comme tout contractant, il doit se renseigner lui-même. Cela conformément à l'adage emptor de nette esse curiosus (l'acheteur doit être curieux). Ainsi, le sous-traitant, au même titre d'ailleurs que l'entrepreneur principal, est tenu de se renseigner tant sur les besoins, les exigences du maître de l'ouvrage que sur les conditions d'utilisation de l'ouvrage à réaliser.⁴⁸

Et, cette obligation est d'autant plus stricte, qu'en sa qualité de professionnel, le sous-traitant non seulement doit se renseigner mais doit procéder « à des investigations » sur les contraintes spécifiques de l'ouvrage.⁴⁹ C'est ainsi que la Haute cour a eu à condamner une entreprise sous-traitante pour ne pas s'être renseignée « sur la destination de l'immeuble avant d'effectuer les travaux ». Un tel manquant étant à l'origine de désordres.⁵⁰ En outre, de nombreuses décisions ont mis à la charge du sous-

⁴³ C CHAMASS op.cité. Cass. Civ. 3^e, 12 mars 1997 : pourvoi n°95-14262

⁴⁴ F.TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, DROIT CIVIL-LES OBLIGATIONS, 9^e éd. Paris, Éditions Dalloz, 2005

⁴⁵ J. GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL, TII, 2^e éd. Paris, LGDJ, 1988

⁴⁶ A. BENABENT, DROIT CIVIL-LES OBLIGATIONS, 11^e éd., Paris, MONTCHRESTIEN, 2007.

⁴⁷ P. MALAURIE et L. AYNES, LES OBLIGATIONS, 3^e éd. Paris, Editions DÉFRENOIS, 2007.

⁴⁸ Cass. Civ. 3^e, 16 octobre 1985 : pourvoi n°84-12958 « Une entreprise spécialisée a une obligation de conseil envers l'entreprise générale qui effectue des travaux postérieurs aux siens dès lors que ceux-ci sont susceptibles de causer des dommages aux travaux qu'elle a elle-même exécutés ».

⁴⁹ LE DROIT PRIVÉ DE LA CONSTRUCTION AU Luxembourg op. cité.

⁵⁰ Cass. Civ. 3^e, 23 février 2000 : pourvoi n° 98-17138.

traitant une nouvelle obligation, ou tout au moins une autre dimension de l'obligation de se renseigner.

Le sous-traitant est tenu de « procéder à un contrôle suffisant et sans réserve » des travaux exécutés par l'entrepreneur principal et préalables à son intervention.⁵¹

C'est ce qui a fait dire à un auteur que la « jurisprudence a institué un véritable contrôle réciproque » du sous-traitant et de l'entrepreneur principal.⁵² Mais, en matière de devoir de conseil, la Cour de cassation française est allée plus loin encore rendant la situation floue. Elle énonce un principe en précisant que « le devoir de conseil peut s'étendre aux entrepreneurs (au sens large) entre eux dès lors que le travail de l'un dépend du travail de l'autre ».⁵³ Une telle formulation laisse à penser que l'obligation de conseil est facultative et non plus absolue.⁵⁴ Ce devoir « peut s'étendre » au-delà de la relation contractuelle originelle en ce que le « travail dépend ». Cependant, le critérium est vague, la dépendance s'appréciera-t-elle in abstracto ou in concreto. Toutefois, une telle extension s'appuierait sur le principe juridique qui veut que le contrat oblige à « ce qui y est exprimé mais encore tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme la suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation ».⁵⁵ Certes. Mais, comme le fait justement remarquer J. P. KARILA, cette position heurte l'essence même du contrat. Le contrat repose « sur la prévisibilité des obligations » mises à la charge des cocontractants et « la responsabilité contractuelle » qui en découle. Finalement, il est possible de rapprocher cette position de l'obligation d'information qui contraint le débiteur à fournir les informations utiles et nécessaires à tout autre entrepreneur qui lui succède.⁵⁶

Le sous-traitant est donc tenu d'obligations strictes à l'égard de son donneur d'ordres. Mais, il peut lui aussi confier une partie de ses travaux à un autre artisan ou entrepreneur. Les obligations du sous-traitant de deuxième rang sont-elles identiques à celles du sous-traitant de premier rang ? Nous avons vu précédemment que dans ce cas de figure le sous-traitant de premier rang acquiert la qualité d'entrepreneur principal. Dès lors, le sous-traitant de deuxième rang est assujéti aux mêmes obligations. La première, de résultat,⁵⁷ est de livrer exempts de vices les ouvrages dont il a reçu paiement.⁵⁸

⁵¹ Cass. Civ. 3^e, 14 décembre 2004 : pourvoi n° 03-18222.

⁵² Cass. Civ. 3^e, 16 février 1994 : pourvoi n° 91-20448.

⁵³ Cass. Civ. 3^e, 22 novembre 1983 : pourvoi n° 82-14761.

⁵⁴ J.P. KARILA LES RESPONSABILITÉS DES CONSTRUCTEURS in Encyclopédie DELMAS pour la vie des affaires, 2^e édition, 1991.

⁵⁵ Cass. Civ. 3^e, 31 janvier 2007 : pourvoi n°05-18311.

⁵⁶ J. P. KARILA commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation ; 3^e, Civ. 31 janvier 2007 op.cité.

⁵⁷ Article 107 al. 2 du Code civil inspiré de l'article 1135 du Code civil français.

Le sous-traitant du sous-traitant est tenu également d'une obligation d'information et de conseil envers son donneur d'ordres. Il l'est en sa qualité de professionnel spécialisé.⁵⁹ Nous pouvons remarquer un parallélisme de leur situation en raison des mêmes principes juridiques présidant toute relation contractuelle. Quelle sera la situation de l'entrepreneur principal vis à vis de son sous-traitant ?

2. Les obligations de l'entrepreneur à l'égard du sous-traitant

Les obligations de l'entrepreneur principal à l'égard de son sous-traitant ne posent pour l'essentiel de difficultés majeures. La première de ses obligations est de verser le prix convenu au contrat. Le prix peut être versé, selon les stipulations contractuelles, soit à la livraison, la réception des travaux commandés, soit en acomptes en fonction de l'état d'avancement des travaux. Situation normale que l'on retrouve en pratique.

En sa qualité de professionnel de la construction, il est tenu d'une obligation d'information et de conseil vis à vis de son sous-traitant. Ainsi, il doit l'informer des recommandations, exigences du maître de l'ouvrage, des risques potentiels du chantier. Il le conseille conformément à l'obligation générale qui pèse sur tout professionnel. Il est une obligation qui suscite un débat en ce que les décisions ne sont pas homogènes. Il s'agit de l'obligation de contrôle qui pèserait sur l'entrepreneur principal. Certaines décisions lui font endosser une obligation de veiller au respect des instructions données à son sous-traitant.⁶⁵ Mais, d'autres considèrent que si l'entrepreneur principal est tenu de renseigner son sous-traitant pour la bonne exécution de sa mission, il est dégagé de toute obligation de direction et de surveillance.⁶⁰

Cette obligation en toute logique s'impose dès lors qu'il conserve la maîtrise d'ouvrage. Dans cette hypothèse, il en est le gardien.

Et à ce titre, il assure la direction et le contrôle. Il aura donc pour obligation de procéder à tout contrôle et autre vérification indispensables à l'exécution des travaux assurés par le sous-traitant.⁶¹ Le sous-traitant informé régulièrement par son donneur d'ordres de l'existence des troubles constatés sur le chantier doit y remédier.⁶²

Une autre obligation mise à la charge de l'entrepreneur est de réceptionner les travaux réalisés par son sous-traitant. C'est là une obligation traditionnelle qui ne fait aucune difficulté. Le contrat de sous-traitance ou sous-traité adossé à un contrat principal est une opération qui donne naissance à une relation

⁵⁸ Voir Cass. Civ. 3^e, 16 octobre 1985 op. Cité ;

⁵⁹ Cass. Civ. 3^e, 16 juin 2009 : pourvoi n°08-17724.

⁶⁰ Cass. Civ. 3^e, 15 février 1992 : pourvoi n° 90-16081 ; Cass. Civ.3^e, 15 janvier 1992 ; Cass. Civ. 3^e, 21 mars 1984 : pourvoi n° 82- 16908

⁶¹ Cass. Civ. 3^e, 16 juin 2009 op. cité.

⁶² Cass. Civ. 3^e, 27 mars 2008 : pourvoi n° 07-10473

triangulaire entre l'entrepreneur qui sert de médium entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage. Ces derniers ne sont pas liés juridiquement. Pourtant, l'article 565 du Code civil crée une relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage dans l'hypothèse du non-paiement du prix par l'entrepreneur principal. Le sous-traitant dispose alors en vertu de cette disposition d'une action directe contre le maître de l'ouvrage.

L'action directe du sous-traitant en ce qu'elle heurte le principe fondamental de l'autonomie de la volonté n'a pas reçu une définition unique qui satisfasse l'ensemble des auteurs. En matière de la construction elle acquiert un statut légal. Traduction de la relation triangulaire générée, l'action directe viendrait rééquilibrer en quelque sorte la situation des protagonistes en conférant un droit propre à la partie la plus faible. Cette action prévue à l'article 565 du code civil sera-t-elle de nature parfaite ou imparfaite ? Quoi qu'il en soit le bénéficiaire devra pour faire aboutir son action devra satisfaire aux conditions et modalités idoines. Il est à remarquer que le libellé de l'article 565 du code civil rend équivoque la situation des ouvriers et autres ouvriers des sous-traitants.

L'action directe du sous-traitant ne laisse toutefois le maître de l'ouvrage sans moyen de défense face à leurs demandes. Celles-ci peuvent intervenir dans un contexte de concours de créanciers ou de faillite de l'entrepreneur principal. Le législateur algérien ne semble pas avoir pris la mesure de la situation née de la faillite de l'entrepreneur. Seules des dispositions communes sont susceptibles d'être opératoires.

II. L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage: une exception au principe de la relativité des conventions

Le contrat de sous-traitance ou sous-traité adossé à un contrat principal est une opération qui donne naissance à une relation triangulaire entre l'entrepreneur qui sert de médium entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage. Ces derniers ne sont pas liés juridiquement. Pourtant, l'article 565 du Code civil crée une relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage dans l'hypothèse du non-paiement du prix par l'entrepreneur principal. Le sous-traitant dispose alors en vertu de cette disposition d'une action directe contre le maître de l'ouvrage.

L'action directe du sous-traitant en ce qu'elle heurte le principe fondamental de l'autonomie de la volonté n'a pas reçu une définition unique qui satisfasse l'ensemble des auteurs. En matière de la construction elle acquiert un statut légal. Traduction de la relation triangulaire générée, l'action directe viendrait rééquilibrer en quelque sorte la situation des protagonistes en conférant un droit propre à la partie la plus faible. Cette action prévue à l'article 565 du code civil sera-t-elle de nature parfaite ou imparfaite ? Quoi qu'il en soit le bénéficiaire devra pour faire aboutir son action devra satisfaire aux conditions et

modalités idoines. Il est à remarquer que le libellé de l'article 565 du code civil rend équivoque la situation des ouvriers et autres ouvriers des sous-traitants.

L'action directe du sous-traitant ne laisse toutefois le maître de l'ouvrage sans moyen de défense face à leurs demandes. Celles-ci peuvent intervenir dans un contexte de concours de créanciers ou de faillite de l'entrepreneur principal. Le législateur algérien ne semble pas avoir pris la mesure de la situation née de la faillite de l'entrepreneur. Seules des dispositions communes sont susceptibles d'être opératoires.

A) Définition, justifications et nature de l'action directe

1. Définition

L'article 113 du Code civil en son alinéa premier rappelle que « le contrat n'oblige point les tiers, mais il peut faire naître des droits à leur profit ». ⁶³Cette disposition pose le principe de l'effet relatif du contrat. Ce principe est un des corollaires du principe de l'autonomie de la volonté. Seuls les contractants, qui ont émis une volonté en ce sens, peuvent devenir débiteurs ou créanciers en vertu d'un contrat. Mais cela ne signifie nullement que les tiers puissent considérer l'acte juridique auquel ils n'ont pas participé comme inexistant. ⁶⁴Ainsi seule l'une des parties au contrat est en droit d'exiger le paiement de l'autre partie. Cependant il est des exceptions légales à cette situation qui reflètent néanmoins le souci d'un ordre contractuel respectant l'autonomie des volontés privées. Ce sont notamment la promesse pour autrui dénommée « convention de porte fort » (article 114 du Code civil), de la stipulation pour autrui (article 116 du Code civil). Mais une dérogation au sacro-saint principe de l'autonomie de la volonté trouve son siège à l'article 565 du Code civil. Cet article prévoit ou ouvre, au bénéfice des sous-traitants et des ouvriers qui ont travaillé pour l'entrepreneur principal, une action directe. Il s'agit là non d'une action directe conventionnellement prévue par les parties mais une action directe légale.

L'action directe est diversement définie selon les auteurs. Elle serait cette « action en justice exercée par un créancier, en son nom personnel et directement contre le tiers contractant de son propre débiteur ». ⁶⁵ Ce serait cette action « qui tend à conférer à un individu un droit à l'encontre d'un tiers en dehors de tout lien juridique ». Pour d'autres, l'action directe est l'action qui « permet à son titulaire d'exercer à son profit une action appartenant à son débiteur et trouvant

⁶³ Arrêt inédit C.A. Toulouse 8 février 2010

⁶⁴ Cahier pratique prévention BTP n°101 Nov. 2007 - VII

⁶⁵ Cass. Civ.3^e, 3 juin 1998 : pourvoi n° 96-16744.

sa source dans un contrat conclu entre ce débiteur et un tiers, sous-débiteur, indépendamment de toute cession de créance ».⁶⁶

2. Justifications de la création d'un droit propre au profit du bénéficiaire

Ainsi, quelle que soit la définition, l'action génère des relations entre trois personnes, c'est-à-dire une relation triangulaire.

Il est possible de déduire que l'action directe donne naissance à un droit propre conféré au créancier et un droit dérivé qui unit ce créancier au débiteur intermédiaire et surtout du lien qui existe entre ce dernier et le sous-débiteur. Le droit propre l'emporterait sur le droit dérivé du rapport d'obligation entre le créancier et le débiteur intermédiaire en ce qu'un lien direct entre le créancier et le sous-débiteur naît. «L'action du créancier a le même effet que si elle était née directement entre lui et le tiers («) ».⁶⁷ Appliquée à la situation créée par une opération de sous-traitance, l'action directe comme nous l'avons écrit, donne un droit propre au sous-traitant contre le maître de l'ouvrage débiteur de l'entrepreneur principal lui-même débiteur du sous-traitant. Et le bénéfice de celle-ci ne transite pas par le patrimoine du débiteur principal.⁶⁸

Toutefois, il est bon de s'interroger sur les raisons d'une telle dérogation au principe de la relativité des conventions en matière de sous-traitance. Plusieurs justifications ont été avancées. L'une d'elles tient à la situation économique du sous-traitant considéré comme la partie la plus faible. Sa situation le rend totalement dépendant de l'entrepreneur.⁶⁹ L'action directe viendrait en quelque sorte rééquilibrer les situations des deux protagonistes et permettre l'équilibre contractuel. Une autre explication tiendrait au risque encouru par le sous-traitant. Ce dernier s'engage à réaliser des travaux envers celui qui s'est engagé à les accomplir au profit de la personne qui en assume le paiement. Il est donc tributaire de la libération du maître de l'ouvrage entre les mains de l'entrepreneur principal pour être à son tour désintéressé.⁶⁹ L'incertitude plane donc sur cette opération quant au risque d'insolvabilité (faillite de son donneur d'ordre) auquel il s'expose. D'autant qu'en vertu du principe de la relativité des contrats, aucun lien juridique ne le lie au maître de l'ouvrage. De ce fait il n'est pas en mesure d'exiger de celui-ci l'exécution des engagements pris envers une autre personne, l'entrepreneur principal dans notre cas. Situation paradoxale en ce qu'il peut être tenu contractuellement responsable envers le maître de l'ouvrage s'il fournit en même temps du matériel défectueux.

⁶⁶ L'article 113 est une synthèse heureuse de l'article 1165 du Code civil français qui dispose « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent ni au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 »

⁶⁷ L.PERALLAT, M.BOUAICHE op.cité.

⁶⁸ R.GUILLIEN et J.VINCENT sous la direction de S.GUINCHARD et G.MONTAGNIER Lexique des termes juridiques Dalloz 15^e édition Paris 2005

⁶⁹ P. VAN OMMESLAGUE, Droit des obligations, t.I, Sources des obligations, Bruxelles, Bruylant, 2010

En cas de faillite de l'entrepreneur et en l'absence de toute action directe reconnue à son profit, le sous-traitant qui s'est acquitté de tous ses engagements (exécution des travaux, paiement des salariés et des fournisseurs) « est désarmé devant cette situation » car il n'est alors « qu'un créancier chirographaire ».⁷⁰ L'action directe apparaîtrait comme « un remède à l'injustice ».⁷¹ Cependant, rétorquent certains auteurs, si l'action vise à rééquilibrer les situations respectives du maître de l'ouvrage et du sous-traitant, elle crée d'une certaine manière une discrimination. Le maître de l'ouvrage ne disposant pas d'une telle action, le sous-traitant bénéficierait de facto d'une immunité portant atteinte au principe d'égalité.⁷² Mais la Cour d'arbitrage belge évacue ces critiques en faisant justement remarquer que l'obligation dont on exige l'exécution diffère selon la partie concernée. Ainsi, le sous-traitant est créancier du paiement d'une somme d'argent alors que le maître d'ouvrage, lui, demande l'exécution d'une obligation de faire non ou mal exécutée par l'entrepreneur principal.⁷³ Nous ne pouvons que souscrire à cette exacte analyse. Néanmoins, comme le soulignent Terré, Simler et Lequette, elle n'a que le nom d'action car c'est « un véritable droit direct exorbitant » du droit commun ainsi conféré.⁷⁴

3. L'action directe de l'article 565 : action directe parfaite ou action directe imparfaite

Octroyant un véritable privilège, l'adage « pas de privilège sans texte » a vocation à s'appliquer au cas du sous-traitant. Selon le niveau de protection recherché, l'action directe sera dite soit parfaite soit imparfaite.

L'action sera dite parfaite lorsque la créance du titulaire est immobilisée ab initio dans le patrimoine du sous-débiteur et affectée au paiement du créancier dès sa naissance. Dès lors le sous-débiteur ne peut plus se libérer valablement entre les mains de son créancier sauf à s'exposer à un double paiement. Il ne pourra le faire que si son créancier immédiat a, au préalable, désintéressé le titulaire de l'action. En revanche, l'action sera qualifiée d'imparfaite lorsque la créance du titulaire est immobilisée dans le patrimoine du sous-débiteur et affectée au paiement au jour où le créancier du créancier exerce son action directe. Le sous-débiteur peut, avant les poursuites, se libérer valablement en payant son créancier. Nous pouvons observer que l'action directe parfaite est plus efficace en ce que le sous-débiteur ne peut se libérer entre d'autres mains

⁷⁰ A.DURANTON, DROIT FRANÇAIS suivant le code civil, 4^e édition, Tome 7, Paris 1844.

⁷¹ L.O.HENROTTE, A.CRUQUENAIRE op.cité

⁷² E.MONTERO, L'ARTICLE 1798 DU CODE CIVIL ET L'ACTION DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE CONTRE LE SOUS-TRAITANT, Jurisprudence de LIEGE, MONS ET BRUXELLES, 2007/5

⁷³ P.BRIAND, LA PROTECTION DU SOUS-TRAITANT DANS LES MARCHÉS PRIVÉS DE TRAVAUX

⁷⁴ L.O.HENROTTE, A.CRUQUENAIRE op. cité, note relative aux débats parlementaires de la loi de 1990 sur la protection de la sous-traitance.

que celles du titulaire de l'action. Elle n'exige pas, pour immobiliser la créance, d'introduire l'action directe.

La question qui se pose à nous est de savoir si l'action directe instituée par l'article 565 alinéa premier du Code civil est parfaite ou non. La lecture de la disposition ne laisse aucun doute quant au choix opéré par le législateur. En effet, il est précisé de façon explicite que le maître de l'ouvrage (le sous-débiteur) est tenu des sommes dues « au moment où l'action est intentée ». Tant qu'il n'est pas actionné, tout paiement effectué au profit de son créancier est libératoire. L'action directe de l'article 565 est donc bien une action directe imparfaite. Et la créance n'est immobilisée qu'au moment de l'exercice de l'action directe. Mais quelles sont les modalités d'exercice de l'action directe ?

4. Les conditions et modalités de l'action directe

La disposition de l'article 565 du Code civil fait référence « au moment où l'action est intentée ». Cette formulation a priori claire et explicite ne laisse aucun doute. Sa lecture permet d'affirmer que pour obtenir le paiement de ses créances, le sous-traitant ou l'ouvrier travaillant pour le compte de l'entrepreneur doivent emprunter la voie judiciaire. En effet, pour tout juriste, « intenter » s'entend comme « former une demande en justice contre quelqu'un ». Ainsi, cette disposition qui paraissait évidente, aisément opératoire, suscite quelques interrogations. Quelle sera la juridiction compétente ? Le délai de la saisine ? En outre, la situation du sous-traitant est-elle identique à celle de l'ouvrier employé par l'entrepreneur en matière procédurale ? Ce sont là certaines questions auxquelles il convient de répondre.

a) l'exercice de l'action directe par le sous-traitant

- Une remarque préliminaire doit être faite. Le sous-traitant impayé devra, pour obtenir le règlement de ses factures, saisir la juridiction compétente en cas de défaillance de son débiteur, l'entrepreneur principal. Cela suppose qu'il l'ait mis en demeure⁷⁵ et que celle-ci soit demeurée inopérante.⁷⁶ Un tel silence de la part du débiteur peut générer un retard préjudiciable au sous-traitant en matière de trésorerie notamment. Ce n'est qu'à ce moment qu'il peut se retourner contre le maître de l'ouvrage, bénéficiaire des travaux ainsi réalisés. Or, la difficulté est de déterminer le délai au-delà duquel le sous-traitant pourra agir. En droit français par exemple, la mise ne demeure restée infructueuse plus d'un mois permet d'exiger le paiement des sommes dues directement au sous-débiteur.

Une copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage qui prend connaissance de la volonté du sous-traitant de mettre en œuvre l'action directe.⁷⁷ Ce n'est que si le maître de l'ouvrage refuse de se libérer entre les

⁷⁵ D. TOMASIN, L'ACTION DIRECTE DU SOUS-TRAITANT in Colloque sur « La sous-traitance dans la construction » op.cité

⁷⁶ E. MONTERO op.cité

⁷⁷ Arrêt n° 11/2006 de la Cour d'arbitrage belge du 28 juin 2006 : n° de rôle 3788 et 3829.

maines du sous-traitant des sommes dues que la voie judiciaire est alors ouverte au sous-traitant. Il convient de signaler que le recours à la justice ne fait disparaître le contrat de sous-traitance. Le sous-traitant conserve la faculté d'agir contre l'entrepreneur principal.⁷⁸ C'est la voie de la manifestation de la volonté qui prévaut donc dans le cas du paiement direct prévu par la loi de 1975.

Ce n'est pas la voie privilégiée par le législateur. La voie choisie par le législateur pour obtenir le paiement des créances du sous-traitant est judiciaire. Certes elle paraît a priori plus sûre mais n'en est pas moins plus onéreuse pour le créancier.

Ce dernier verra le délai de recouvrement allongé d'autant en raison du temps procédural. En outre, comme la créance n'est pas immobilisée dès sa naissance, le maître de l'ouvrage pourra valablement se libérer. Ce qui accroît les risques encourus par le sous-traitant. Toutefois, ce choix s'explique si l'on tient compte du degré de protection recherché. En effet, nous avons vu que la forme d'action directe la plus efficace est l'action directe parfaite. Elle est efficace en ce qu'elle immobilise la créance intermédiaire, dès sa naissance, dans le patrimoine du sous-débiteur. Ce dernier ne peut plus valablement se libérer entre les mains de son propre créancier. Or, dans l'hypothèse de l'article 565 du Code civil, la créance n'est immobilisée que par les poursuites exercées contre le maître de l'ouvrage.

Quant à l'introduction de l'action, le sous-traitant devra satisfaire aux conditions traditionnelles posées par le code de procédure civile quant à sa qualité de demandeur (art.13), à la requête introductive (art.14 et s.), aux compétences territoriale et matérielle de la juridiction concernée (art.32 et s.) particulièrement.

- Le sous-traitant bénéficie de l'action directe, « arme redoutable » en raison des créances qu'il détient contre son débiteur immédiat, lui-même créancier du sous-débiteur. Mais la question est de savoir quelles sont les créances susceptibles d'être invoquées et celles qui constituent l'assiette de l'action directe ?⁷⁹ La « créance-cause » que le sous-traitant peut invoquer. Sur ce point, l'article 565 du code civil n'est pas explicite en ce qu'il se réfère qu'« aux sommes dont le maître de l'ouvrage est débiteur envers l'entrepreneur principal ». Ces sommes dues le sont en raison de créances détenues par l'entrepreneur principal contre le maître de l'ouvrage. La doctrine s'est logiquement interrogée sur les créances

⁷⁸ F TERRE, Y. LEQUETTE et P.SIMLER, LES OBLIGATIONS, édition Dalloz, Paris 2009.

⁷⁹ Articles 179 et suivants du Code civil, l'article 179 fait référence à la réparation. La mise en demeure constitue néanmoins un moyen de prouver l'inaction du débiteur ou sa mauvaise foi. Elle permet en outre de faire courir les intérêts moratoires en certaines hypothèses

que peut invoquer le sous-traitant à l'encontre de l'entrepreneur principal. Car deux hypothèses sont à envisager.

La première consiste à n'admettre que les créances relatives au chantier confié dans le cadre du contrat de sous-traitance. Telle est la position de la Cour de cassation française qui dans une de ses décisions rappelait « les articles 1er, 12 et 13 de la loi du 31 décembre 1975 ne conférant d'action directe au sous-traitant que sur les sommes dues au titre du contrat d'entreprise dont l'exécution lui a été confiée, c'est à bon droit qu'une cour d'appel décide que l'assiette de cette action ne s'étend pas aux sommes susceptibles d'être dues par le maître de l'ouvrage au même entrepreneur au titre d'autres marchés. »⁸⁰ La seconde envisage la possibilité de retenir toute créance à l'encontre de l'entrepreneur principal même sans lien avec les travaux accomplis dans le cadre de la sous-traitance. Une orientation qui ne serait qu'une simple interprétation stricte de l'article 1798 du Code civil. Et, « Le maître de l'ouvrage serait redevable de toutes les sommes envers le locateur d'industrie (ouvrier, maçons, charpentiers) à quelque titre que ce soit et pour quelque motif que ce soit au moment où l'action est exercée.

Le législateur a consacré une vision restrictive. Il est clairement précisé que l'action directe sera ouverte au sous-traitant qui a participé à « l'exécution de l'ouvrage ». Ce qui exclut de ce fait toute autre créance détenue par le sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur pour tout autre chantier.⁸¹ Cependant le sous-traitant ne peut invoquer que des créances qui sont certaines, exigibles et liquides.

- La créance doit être certaine, exigible et liquide

Le sous-traitant est habilité à agir directement contre le maître de l'ouvrage que si sa créance contre l'entrepreneur principal est certaine et exigible c'est-à-dire qu'elle n'est pas contestable en son principe ni affectée d'un terme ou d'une condition. Ainsi la jurisprudence a-t-elle admis que les sommes dues au titre du contrat de sous-traitance dont le paiement est demandé à l'entrepreneur soient exigibles au moment de la mise en demeure.⁸²

⁸⁰ Une voie autre que l'action directe peut être empruntée par le sous-traitant pour le paiement de ses créances. Il peut obtenir une ordonnance sur pied de requête délivrée par le président du tribunal dans les cinq (5) jours de sa saisine (articles 306 et s du Code de procédure civile). Elle prescrit au débiteur de se libérer dans les quinze (15) jours du montant de sa dette et des frais.

⁸¹ Aucune formalité n'est d'ailleurs exigée pour l'exercice de l'action civile, Cass. belge 25 mars 2005.

⁸² Cass.civ., 15 janvier 1992 pourvoi n° 11356 « la procédure de paiement direct, », laissait au sous-traitant la faculté d'agir contre l'entrepreneur principal, sans être contraint d'épuiser auparavant toutes les voies de recours contre le maître de l'ouvrage, »

La Cour de cassation belge tient à réaffirmer par ailleurs qu'il n'est pas requis que la créance de l'entrepreneur née du contrat avec le maître de l'ouvrage soit déjà exigible au moment de l'action directe du sous-traitant.⁸³

La créance doit être immédiatement exécutable. Ces deux caractères sont appréciés au moment où est exercée l'action directe et conformément aux stipulations contractuelles. L'action directe tend à contraindre le maître de l'ouvrage à se libérer entre les mains du créancier de son créancier. Et en tant que mesure d'exécution, l'action directe exige que la créance soit liquide, c'est-à-dire fixée dans son montant. Il va sans dire que la créance porte sur le principal, sur ses accessoires et sur les frais y afférents.

- La « créance-objet » constituant l'assiette de l'action directe

Seules les créances relatives à l'exécution du contrat d'entreprise entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal sont retenues pour constituer l'assiette de l'action directe. Elles sont à rechercher dans la relation triangulaire née des deux contrats d'entreprise successifs. Pourtant une certaine doctrine considère que le sous-traitant peut arguer de toute créance de l'entrepreneur principal à l'égard du maître de l'ouvrage. Une telle solution élargirait l'assiette de l'action et contreviendrait à la vision restrictive, limitative du législateur. Aussi, seules sont prises en compte les créances détenues par l'entrepreneur principal au titre de l'ouvrage auquel a participé le sous-traitant. Ce sont toutes les sommes dues par le maître de l'ouvrage du fait de la construction. Elles dépassent donc les sommes dues au titre de la rémunération du sous-traitant. Néanmoins la créance de l'entrepreneur doit-elle être exigible et liquide pour accueillir l'action directe du sous-traitant ? Dans sa fonction conservatoire qui consiste à bloquer les sommes dues, il est admis de façon unanime que l'action directe ne requiert pas l'exigibilité et la liquidité de la créance. L'inexigibilité de la créance de l'entrepreneur n'est pas un motif de rejet du bénéfice de l'action directe. En revanche, elle est opposable à l'entrepreneur.

b) l'action directe des ouvriers et des ouvriers du sous-traitant : un cas équivoque ?

L'article 565 en son alinéa premier reconnaît « aux ouvriers qui travaillent pour le compte de l'entrepreneur » et « aux ouvriers des sous-traitants » le bénéfice de l'action directe. Rédigée telle quelle, la disposition interpelle à plus d'un titre. D'une part, elle rappelle dans une formule certes ramassée mais maladroite la disposition de l'article 1798 du code civil applicable avant le 26 septembre 1975. Selon cet article, « les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que

⁸³ Selon L. O. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE les premières sont dites « créances-causes » et les secondes « créances-objets », op. cité.

jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée ».

Il est aisé de remarquer la généralité de l'énumération des bénéficiaires de l'action directe. Et, plus précisément, l'imprécision quant aux « autres ouvriers » ayant participé à la construction de l'ouvrage. Cette imprécision apparente a été, semble-t-il, levée par la disposition de l'article 565 de notre code puisque sont visés les ouvriers de l'entrepreneur principal et ceux des sous-traitants. Là encore une question se pose à nous. Jusqu'à quel degré doit-on remonter pour accorder le bénéfice de l'action directe. Au sous-traitant de second degré ? Ou à celui du troisième degré ?

Cette question, a priori dénuée de tout sens, a suscité une controverse doctrinale et un flottement jurisprudentiel. Le problème s'est posé quant à savoir si l'article 1798 modifié par la loi belge du 19 février bénéficiait aux sous-traitants du troisième degré et au-delà ?

La question préjudicielle a été posée par la Cour d'appel de Liège à la Cour constitutionnelle (arbitrage).⁸⁴ Il a été répondu que l'article accordait le bénéfice de l'action directe à tous les sous-traitants quel que soit leur degré dans la chaîne de sous-traitance et ce par application du principe d'égalité⁸⁵.

Ce détour par la jurisprudence belge permet de mieux saisir la difficulté à cerner l'étendue d'une disposition large voire imprécise.

D'autre part, et sur un autre plan, si la première partie de l'article 565 ne pose aucune difficulté en ce que les ouvriers de l'entrepreneur peuvent dans certaines situations pallier l'inertie, la négligence voire la réticence de leur employeur en recourant à l'action directe. L'action directe constitue alors pour eux, et sans conteste, une arme, un moyen juridique opératoire efficace d'obtenir le paiement de leurs salaires non versés. Ce n'est là qu'un aspect de la protection du salaire. Le salarié voit son salaire bénéficier d'un privilège légal. L'article 993 du code civil précise clairement que « les sommes dues (») aux ouvriers et à tous autres salariés pour leurs salaires (») durant les douze (12) derniers mois » ont, comme créance, privilège tous les biens, meubles ou immeubles, du débiteur. D'évidence, le salaire constitue l'essentiel de ces sommes. Le salarié a donc priorité sur les seuls créanciers chirographaires de son employeur. Seuls les frais de justice, les sommes dues au trésor public et les frais de conservation du bien du débiteur ont un privilège qui prime sur celui du salarié⁸⁶.

⁸⁴ Cass. Com., 10 décembre 2003 pourvoi n°00-22262

⁸⁵ La même position a été adoptée par la Cour de cassation belge : Cass., 21 décembre 2001, D.A.O.R., 2002 p.264 « Attendu que le sous-traitant ne peut agir directement contre le maître de l'ouvrage qu'à raison des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié à l'entrepreneur principal et, ensuite, par celui-ci au sous-traitant ».

⁸⁶ Cass.civ., 3^e 13 décembre 1983 pourvoi n°82-14428

Toutefois, le droit du travail organise-t-il la protection du salaire ? L'étude de la législation algérienne révèle que le législateur ne prévoit pas dans les textes récents une telle protection. Contraint par la situation conjoncturelle économique, il met surtout l'accent sur la préservation de l'emploi, la protection du travailleur ainsi que la constitution de caisse de chômage. Néanmoins, une lecture plus approfondie permet d'affirmer que des textes plus anciens ont été, certes dans un autre contexte, promulgués en ce sens. En effet, l'ordonnance du 29 avril 1975⁸⁷ en organisant les conditions générales du travail dans le secteur privé envisage très précisément la protection plus sévère du salarié en ce qui concerne sa rémunération. Elle accorde à la créance du salarié un super privilège.

L'article 161 édicte expressément que le salaire est payé « par préférence à toute autre créance y compris celles du trésor public et de la sécurité sociale » et « nonobstant toutes dispositions contraires ».

La protection assurée est sans conteste meilleure que celle organisée par le code civil. Il y a là un conflit de lois à résoudre. Certains pourraient arguer de la postériorité⁸⁸ du code sur l'ordonnance pour avancer que l'article 161 n'est plus opérant voire abrogé. D'autres auront recours, pour écarter cette argutie, au principe général du droit « specialia generalibus derogant, non generalia specialibus ». ⁸⁹Nous sommes en présence de deux textes adoptés à des périodes différentes dans des domaines bien distincts. L'ordonnance vient régir les conditions de travail dans le secteur privé et protéger le travailleur. Son champ d'application est exclusif et ses dispositions spéciales. Les dispositions du code civil sont majoritairement supplétives.

La protection du salaire est d'autant plus forte que « les masses salariales contenues dans les sommes dues aux employeurs ne peuvent être frappées ni d'opposition, ni de saisie, ni être retenues pour quelque motif que ce soit ».⁹⁰ Toutefois, l'originalité de ce texte réside d'une part dans le mécanisme de paiement direct et dans la responsabilité de l'entrepreneur principal en cas de défaillance du sous-traitant.

En effet, le législateur prévoit que le travailleur peut obtenir directement le paiement de leur rémunération en saisissant la section sociale du tribunal selon une procédure sommaire. Et ce en quelque main que ce soit. La disposition de

⁸⁷ Ordonnance n°75-31 du 29 avril 1975 relative aux conditions générales du travail dans le secteur privé JO n°39 du 16 mai 1975.

⁸⁸ Cependant, l'écart temporel n'est pas si important et les deux textes semblent être adoptés dans un même mouvement législatif qui fait suite à l'ordonnance 73-29 du 5 juillet portant abrogation de la loi 62-157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre la législation en vigueur au 31 décembre 1962 JO n°62 du 3 août 1973

⁸⁹ Les lois (clauses) spéciales dérogent aux lois (clauses) générales non les générales aux spéciales.

⁹⁰ Article 162 de l'ordonnance du 29 avril 1975

l'article 162 de l'ordonnance élargit nettement la sphère de protection en ce qu'elle vise tout débiteur. Nous sommes loin de l'hypothèse de l'action directe exercée contre du maître de l'ouvrage en sa qualité de sous-débiteur du salarié de l'article 565 du code.

En outre, l'entrepreneur principal voit sa responsabilité déborder le cadre de la rémunération pour englober en cas d'insolvabilité du sous-entrepreneur (sous-traitant en d'autres termes) la réparation des accidents de travail, les maladies professionnelles dont peut être victime le travailleur ainsi que les allocations familiales. C'est une véritable substitution qu'institue l'article 163 de l'ordonnance et rappelle la disposition de l'article L8232-2 du code du travail français. Une fois encore force est de constater que la protection fondée sur ce texte est plus sévère et plus avantageuse pour le salarié. Nonobstant cette protection, il est prévu que le salarié lésé bénéficie d'une action directe contre L'entrepreneur principal.

Sur un autre plan, le non-paiement de la rémunération fait intervenir l'inspecteur du travail saisi régulièrement par l'intéressé. L'inspecteur contrôle préalablement les registres avant de mettre en demeure le débiteur d'avoir à verser sous huitaine le salaire. Á défaut de paiement, la juridiction compétente statue sur le simple vu de la mise en demeure portée sur le procès-verbal prévu à l'article 9 de l'ordonnance 75-33 du 29 avril 1975.⁹¹ Ce qui est remarquable est que la décision est rendue non seulement dans le mois de la saisine mais qu'elle est exécutoire. Le tribunal peut octroyer une réparation au titre du préjudice subi et assortir sa décision d'une astreinte par jour de retard à compter de la signification.⁹²

Dernier point, le législateur fixe le délai de l'action intentée devant le tribunal. L'action se prescrit par deux ans à compter du premier jour de l'année civile suivant celle où la créance est née. Il apparaît nettement que l'ordonnance de 1975 assure une meilleure protection que l'article 565 du code civil. Elle est plus précise.

Elle envisage tous les aspects susceptibles de cette protection notamment la juridiction saisie, le délai pour le prononcé du jugement, le délai de forclusion de l'action, l'intervention de l'État par l'intermédiaire de l'inspection du travail.

Cependant nous pouvons supposer que le législateur ait eu à l'esprit le continuum textuel en ce qu'il assigne à chaque texte un rôle bien précis conforma à leur nature. Aux articles 564 et 565 de tenir lieu de siège à des dispositions générales, à l'ordonnance des dispositions plus précises, plus détaillées, spécifiques à la matière. De sorte que le conflit apparent n'en est plus

⁹¹ Ordonnance 75-33 du 29 avril 1975 relative aux attributions de l'inspection du travail et des affaires sociales JO n°39 du 16 mai 1975

⁹² Elle ne peut être inférieure à 1% ni supérieure à 40% de la somme due » article 173 de l'ordonnance 75-31 du 29 avril 1975

un si l'on se réfère au contexte politique, économique de l'époque et du secteur privé à régenter. Dès lors, si nous nous référons aux précédents développements, la disposition de l'article 565 qui reconnaît aux ouvriers des sous-traitants le bénéfice de l'action directe ne constitue pas un cas équivoque, obscur. Les ouvriers pour obtenir le versement de leurs salaires de tout débiteur selon une procédure sommaire (article 162 al.2 ordonnance 75-31).

L'expression « tout débiteur » englobe nécessairement le maître de l'ouvrage débiteur de l'entrepreneur principal. À l'appui de cette assertion, nous pouvons invoquer les termes clairs de l'article 163 in fine de l'ordonnance 75-31 qui rappellent que « le travailleur lésé («) a en cas d'insolvabilité du sous-entrepreneur une action directe contre l'entrepreneur principal ou le chef d'entreprise pour qui le travail a été effectué ».

Cependant le sous-débiteur peut-il écarter les conséquences de l'action directe exercée à son encontre ?

c) les moyens de défense du maître de l'ouvrage⁹³

Face à une action directe exercée à son encontre, le maître de l'ouvrage n'est pas sans ressources. Comme nous avons vu précédemment la sous-traitance met en présence deux contrats d'entreprise qui créent une relation triangulaire.

Le maître de l'ouvrage, à ce titre, peut opposer au sous-traitant tous les moyens et exceptions qu'il aurait pu invoquer à l'encontre de l'entrepreneur principal.

Ces exceptions, tirées de la relation qui le lie à l'entrepreneur, lui sont propres. Cela est cohérent en ce que le sous-traitant par la mise en œuvre de l'action directe exerce les droits de son débiteur à sa place et à son profit. Cependant, elles doivent, pour être admises, avoir une cause antérieure à l'action directe. C'est ce qu'est venue rappeler dans un de ses attendus une décision de la Cour de cassation belge : « Le maître de l'ouvrage contre lequel une action directe est intentée par le sous-traitant ne peut, en principe, opposer à cette action que les exceptions dont il dispose au moment de l'introduction de l'action directe. »⁹⁴

► A contrario, l'exceptio non adimpleti contractus, ou l'exception d'inexécution, est admise comme moyen de défense bien qu'elle puisse être postérieure à l'exercice de l'action directe car inhérente à la dette. Tel est le cas

⁹³ Ce paragraphe est inspiré du commentaire de E MONTERO « L'article 1798 du code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant » sous l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 28 juin 2006 n° 111/2006 ; 3788 ; 3829, JLMB 2007/05 p. 186 et s. et de la section 4 « la transmission des droits propter rem » de l'ouvrage de Stéphanie BAR et Cédric ALTER « Les effets du contrat » Pratique du droit n°23, ed.Kluwer. L.O.HENROTTE « L'article 1798 du code civil : une action directe aux voies détournées .op. cité et les diverses décisions de justice rendues en France et en Belgique

⁹⁴ Arrêt du 25 mars 2005 n° de pourvoi C030318N

où des travaux non encore réalisés. C'est là une application du principe général relatif à l'inexécution en matière de contrats synallagmatiques.

► Le maître de l'ouvrage peut, encore, opposer l'exception de la compensation. Lorsqu'entre deux mêmes personnes existent deux créances réciproques, celles-ci se compensent automatiquement sous certaines conditions. Les conditions sont fixées à l'article 297 du code civil. Il doit s'agir des mêmes parties, chacune étant à la fois créancière et débitrice de l'autre. Les créances doivent avoir le même objet notamment des sommes d'argent. Elles doivent être certaines, liquides, disponibles et exigibles. Dès lors, la compensation légale opère un double paiement. Bien que la compensation légale joue automatiquement, elle doit être invoquée par la partie intéressée. Le juge ne peut la relever d'office. Aucune des deux parties ne peut y renoncer à l'avance.

En matière de sous-traitance, de nombreuses décisions ont été rendues dans des situations où la compensation peut être opposée. L'une d'elles est intéressante en ce que les juges censeurs ont retenu que la compensation ne peut être refusée au motif qu'une des deux créances ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité.

Une autre décision rendue retient la compensation et écarte l'action directe du sous-traitant en retenant la clause pénale prévue au marché principal. En effet, le montant des pénalités de retard encourues par l'entrepreneur principal est supérieur au solde du coût des travaux encore dû par le maître de l'ouvrage. Dès lors, le maître de l'ouvrage n'est tenu d'aucune somme envers l'entrepreneur principal sur laquelle puisse s'exercer l'action directe du sous-traitant.⁹⁵ Toujours en matière de compensation, la demande du maître de l'ouvrage a pu être écartée au motif que la créance invoquée « n'était déterminée ni en son principe, ni en son étendue » et qu'« aucune action en indemnisation à l'encontre de l'entrepreneur n'a été engagée »⁹⁶ La compensation a été écartée en raison de l'absence de liquidité de la créance du maître de l'ouvrage. Aucune information chiffrée sur la somme à retenir au titre des pénalités de retard ou du défaut de transmission des plans de recollement n'a été fournie à l'appui de la demande de compensation. Or, le montant du marché était incertain à l'origine. La créance ne pouvait se compenser avec le solde du prix des travaux dû par le demandeur.⁹⁷

Dans le même sens, un maître d'ouvrage a été condamné à payer au sous-traitant la somme due à l'entrepreneur au motif que la créance de pénalités de

⁹⁵ Qu'en statuant ainsi, alors que lorsque deux dettes sont connexes, le juge ne peut écarter la demande de décompensation au motif que l'une d'entre elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité, la cour d'appel a violé les textes susvisés » Cass.civ.3e, 6 mai 2003 n° de pourvoi 01-16567

⁹⁶ Cass.civ. 3e, 15 février 1983 n° du pourvoi 82-10525

⁹⁷ Cass.civ. 3e, 13 mars 1981 n° du pourvoi 60-12125

retard alléguée n'était pas « certaine, liquide et exigible ».⁹⁸ Cependant une décision plus récente précise que la demande de compensation ne peut être écartée au motif que l'une d'elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité dès lors que les deux dettes sont connexes.⁹⁹

► Il est une hypothèse d'école qui permet au maître d'ouvrage de s'opposer à toute action directe du sous-traitant. C'est celle du paiement. Néanmoins, le maître de l'ouvrage est tenu d'en apporter la preuve. La preuve de la date et de la somme versée à l'entrepreneur est à sa charge.¹⁰⁰ Le paiement est libératoire à l'égard du sous-traitant que si le maître de l'ouvrage ne doit plus aucune somme à quelque titre que ce soit au sous-traitant. Il ne peut arguer du fait que les travaux effectués par le sous-traitant ont été payés à l'entrepreneur principal. C'est dire que si le maître de l'ouvrage est encore débiteur pour d'autres travaux, le sous-traitant pourra se servir de ces sommes.

Il y a lieu de rappeler que selon une doctrine le maître de l'ouvrage peut également opposer à l'action directe du sous-traitant toutes les exceptions que l'entrepreneur principal aurait pu lui opposer. Cela s'explique par le mécanisme même de l'action directe en ce qu'elle allie le droit propre du créancier et le droit dérivé du rapport créancier-débiteur intermédiaire et le lien débiteur intermédiaire -sous-débiteur. Comme la finalité de l'action directe est d'instituer un rapport direct entre créancier et sous-débiteur, le droit propre l'emporte. Dès lors, le sous-débiteur peut s'appuyer sur les moyens de défense que le débiteur intermédiaire dispose à l'encontre de son créancier. Car l'action directe n'est ouverte qu'en fonction de la créance détenue contre le débiteur intermédiaire et dans les limites de celle-ci. Par ailleurs, il convient de rappeler qu'une certaine doctrine, minoritaire certes, a considéré que la situation du sous-traitant engendrait un déséquilibre, une rupture des situations préjudiciable au maître de l'ouvrage, voire une discrimination. La question s'est même posée comme nous l'avons vu précédemment. Des auteurs ont pu proposer au maître de l'ouvrage à recourir à la stipulation pour autrui, à l'action propter rem à titre accessoire ou encore à la théorie des groupes de contrats.¹⁰¹

Une discussion doctrinale s'est engagée sur chaque moyen de défense préconisé pour rétablir l'équilibre. Reprenons succinctement chacune de ces questions.

► S'agissant de la stipulation pour autrui, le maître de l'ouvrage pourrait invoquer une stipulation expresse à la charger des intervenants et plus particulièrement les sous-traitants. Cette hypothèse est en pratique rarissime pour ne pas dire impossible. Mais, il a pu être avancé que la stipulation implicite

⁹⁸ Cass.civ. 3^e, 2 mars 1994 n° du pourvoi 92-11967

⁹⁹ Cass.civ. 3^e, 18 mars 1992 n° du pourvoi 89-21405

¹⁰⁰ Cass.civ. 3^e, 6 mai 2003 n° du pourvoi 01-16567

¹⁰¹ Cass.civ. 3^e, 8 novembre 2006 n° du pourvoi 05-18482

pouvait bénéficier au maître de l'ouvrage. Reprenant ainsi le mécanisme qui justifierait l'action du sous-acquéreur de la chose ouvragée. Il a été objecté que la stipulation implicite reposerait sur « une fiction de volonté artificielle ».

En outre, en revenant aux conditions de toute stipulation¹⁰², il est nécessaire que soit constaté la volonté du stipulant (l'entrepreneur principal) de stipuler au profit d'un tiers (le maître de l'ouvrage) et cette volonté doit être connue du promettant (le sous-traitant). Or, il ne semble pas qu'elle ait quelque existence que ce soit dans l'esprit des parties à la sous-traitance. Dès lors, ce mécanisme de défense a pu logiquement être écarté.

Autre moyen de défense avancé au profit du maître de l'ouvrage, la transmission de l'action propter rem à titre accessoire.

► Certains ont pu affirmer qu'il était possible de dupliquer le mécanisme de la transmission des droits propter rem à l'hypothèse du contrat d'entreprise. Il est à rappeler que l'action a été utilisée lorsque deux contrats de vente se succèdent. Le principe de la relativité des contrats crée une cascade de recours, le sous-acquéreur agit contre son vendeur qui se retourne ensuite contre son vendeur. Perte de temps et d'efficacité. Aussi la jurisprudence a-t-elle admis que le sous-acquéreur exerce l'action en garantie des vices cachés dont dispose l'acheteur intermédiaire. Cette transmission est élargie à l'acquéreur de l'immeuble. Ce dernier pourra agir en responsabilité décennale, l'action appartenant au vendeur. Cela permet d'éviter le double recours. Un débat s'est engagé néanmoins au sujet du fondement de cette transmission. Certains ont invoqué la stipulation pour soi-même et pour ses ayants cause, d'autres se sont référés à la volonté tacite des parties. Mais la doctrine majoritaire soutenue par la jurisprudence retient que les actions attachées à la chose sont transmises de plano c'est-à-dire sans l'intervention d'une volonté, automatiquement. Elles le sont en raison de leurs caractères de la chose.¹⁰³ Il est fait là application de la « théorie de l'accessoire » [accessorium sequitur principale] selon laquelle l'accessoire suit le principal.

Certes, cette argumentation est admissible au seul contrat de vente. Mais peut-on, d'un strict point de vue du droit, l'accueillir au profit du maître de l'ouvrage qui entend agir contre le sous-traitant, ou les fournisseurs de matériaux ? Selon P. MALINVAUD¹⁰⁴, dès lors que le contrat d'entreprise «

¹⁰² Nous écartons de la discussion le recours à l'article 1122 du code civil français (« on est censé avoir stipulé pour soi et ses héritiers et ayant cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention »). Le pendant de cette disposition en droit algérien (article 108) a pris en compte la position dominante en ce que les ayants cause visés à l'art. 1122 sont les ayants cause à titre universel.

¹⁰³ Articles 116 et s. du code civil

¹⁰⁴ AUBRY et RAU, Cours de droit français, 6^e éd. «Le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt de la chose, corporelle ou

emporte transfert de propriété », le recours à la théorie de l'accessoire se défend. L'auteur écrit « il n'y a, en effet, aucune raison logique de distinguer suivant que la chose a été transmise par un contrat de vente ou par un louage d'ouvrage ». On peut objecter qu'en matière immobilière, la propriété est acquise par un mode originaire d'acquisition, l'accession par incorporation de matériaux au sol particulièrement. Et non par un mode dérivé opérant un transfert de droit. Or, le maître de l'ouvrage acquiert en fait un droit nouveau, « pur de toute charge, mais aussi dépouillé de toute prérogative accessoire ».¹⁰⁵ Un accord unanime de la jurisprudence et de la doctrine majoritaire s'est fait pour refuser un tel recours. L'argument décisif est que le maître de l'ouvrage n'a pas acquis la propriété de l'immeuble par le moyen d'une vente. Une transmission de l'action propter rem est envisageable dans le cadre de chaînes de contrats translatives de propriété (vente suivie d'une vente ou contrat d'entreprise suivie d'une vente). Par ailleurs, toujours dans le même sens que l'action propter rem, certains auteurs suivis par une jurisprudence transitoire se sont tournés vers la théorie des groupes de contrats ou des ensembles contractuels.

► Cette notion est apparue récemment dans les années quatre-vingt lors des travaux de B.TEYSSIE et J.NERET¹¹⁴. Selon ces auteurs, la notion¹⁰⁶ constituerait un fondement nouveau pour des actions contractuelles directes en responsabilité dans le cadre d'ensembles de contrats. La première conséquence est que les notions de tiers et de partie s'apprécieront à l'échelle du groupe et non plus à celle du contrat. La seconde est que la relativité des contrats ne prend son sens qu'hors les limites du groupe contractuel. Les tiers devront alors agir en responsabilité délictuelle. Intuition séduisante, la notion est consacrée par la première chambre de la Cour de cassation en 1988.¹⁰⁷

Elle casse une décision de la cour d'appel de Paris qui avait retenu la responsabilité délictuelle du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage. C'est par une formulation générale qu'elle motiva sa décision de cassation pour admettre l'action contractuelle directe.

Elle affirma que « dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette personne que d'une action de nature nécessairement

incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comma qualités actives, ou qui en sont devenues des accessoires. »

¹⁰⁵ P.MALINVAUD « L'action directe du maître de l'ouvrage conte les fabricants et fournisseurs de matériaux et composants », D., 1984ch.VII, p.43

¹⁰⁶ D'autre part, une autre objection à la transmission tient son incompatibilité avec le régime de l'action récursoire dont dispose le contractant intermédiaire malgré celle-ci.

¹⁰⁷ B.TEYSSIE, « LES GROUPES DE CONTRATS », préface de J-M-MOISSERON, Paris, LGDJ 1975 ; J.NERET, « Le sous-contrat », préface de P.CATALA, Paris, 1979

contractuelle, qu'il peut exercer directement dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué ». Si nous revenons à l'attendu central, il est aisé de remarquer que la Cour de cassation pose une « double limite » à l'action contractuelle directe. Selon cette règle, le sous-débiteur est en droit d'opposer au créancier non seulement les stipulations de son propre contrat mais aussi celles tirées du contrat conclu entre le créancier et le débiteur intermédiaire. Cependant, comme il a pu être relevé, la double limite suscite quelques interrogations. En effet, quid de la situation lorsque les obligations du sous-débiteur et du débiteur intermédiaire sont de nature différente, obligation de moyen et obligation de résultat notamment.

La même chambre récidive en étendant, par un attendu de portée générale, à tous les ensembles de contrats, la responsabilité contractuelle. Elle précisa que « dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial. En effet, dans ce cas le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles contractuelles applicables en la matière, la victime ne peut disposer contre lui que d'une action de nature contractuelle, même en l'absence de contrat entre eux ». ¹⁰⁸

Toutefois, la notion de groupe de contrats, comme prétexte à une telle extension, a rencontré l'hostilité déclarée de la troisième chambre fidèle à la tradition juridique. Pour elle, seule l'action délictuelle est envisageable selon trois arrêts représentatifs de sa position rendus dans la même période et représentatifs de sa position. D'abord, elle rappelle que le maître de l'ouvrage est un tiers au contrat de sous-traitance.

Elle en tire la conséquence suivante « l'obligation de résultat d'exécuter des travaux exempts de vices, à laquelle le sous-traitant est tenu vis-à-vis de l'entrepreneur principal, a pour seul fondement les rapports contractuels et personnels existant entre eux et ne peut être invoquée par le maître de l'ouvrage, qui est étranger à la convention de sous-traitance » ¹⁰⁹ Ensuite, la troisième chambre évoque un principe connu selon lequel toute faute est susceptible d'engager la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle de son auteur pour censurer un arrêt de cour d'appel de Riom. Les termes de l'attendu sont suffisamment clairs « encourt la cassation l'arrêt qui, pour rejeter la demande dirigée contre le sous-traitant par le maître de l'ouvrage énonce que celui-ci doit prouver une faute extracontractuelle de nature dolosive, alors que toute faute est

¹⁰⁸ On distingue la chaîne contractuelle homogène constituée de contrats successifs ayant une même qualification de la chaîne hétérogène composée, elle, de contrats successifs ayant une qualification distincte. Elle est « une articulation de contrats autour d'une finalité économique ou juridique »

¹⁰⁹ Cass.1^{er} civ., 8 mars 1988 n° du pourvoi 86-18182

susceptible d'engager la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage». ¹¹⁰ Enfin, elle précise d'autant plus sa position que il s'agissait d'une cession de parts d'une société d'attribution. Le cessionnaire ne dispose d'aucune action contractuelle contre le contractant du cédant en l'absence de subrogation. Elle motive sa décision en termes explicites « en l'absence d'une subrogation englobant l'action contractuelle de droit commun appartenant au cédant à l'encontre de son locateur d'ouvrage ou de toute cession d'une telle action, le cessionnaire des parts ne dispose d'aucune action contractuelle de droit commun contre l'architecte et la responsabilité de celui-ci est à bon droit recherchée sur le plan quasi délictuel. » ¹¹¹

Bien que de nombreux auteurs aient été favorables à cette audacieuse orientation. Elle fut vivement critiquée et une décision nette de l'Assemblée plénière vint y mettre fin et réorienter les décisions futures. Elle redit en une formule laconique que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes », « que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage ». Elle en déduit logiquement que « dans le cas où 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, alors que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage » ¹¹².

Ainsi, par cet attendu l'Assemblée semble mettre un terme définitif à la volonté de fonder l'extension du domaine de la responsabilité contractuelle sur la notion novatrice de groupes de contrats. Nous nous apercevons que malgré des constructions théoriques imaginatives, le maître de l'ouvrage ne dispose que des moyens de défense traditionnels reconnus à des tiers à un contrat. Hors ces hypothèses, le sous-traitant voit sa demande triompher et le sous débiteur tenu de lui verser les sommes encore dues. Mais la situation in fine n'est pas toujours aussi simple, le sous-traitant peut entrer en concours avec d'autres créanciers privilégiés. Quelle est la réponse donnée par le droit.

B) Le sort du sous-traitant en cas de concours

La rédaction des deux derniers alinéas de l'article 565 du code civil suscite quelques interrogations et nous amène à en discuter la portée.

1. le sous-traitant et la saisie-arrêt

Si l'alinéa second ne poserait a priori aucune difficulté en prévoyant, au cas de la saisie-arrêt pratiquée par l'un d'eux, que tous les sous-traitants et ouvriers bénéficient d'un privilège au prorata de leurs droits. Cette position est somme toute traditionnelle en ce que le privilège accordé est un privilège légal prévu

¹¹⁰ Cass. 1^{er} civ., 21 juin 1988 n° du pourvoi 85-12609

¹¹¹ Cass. 3^{ème} civ., 21 juin 1988 n° du pourvoi 86-16263

¹¹² Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 1989 n° du pourvoi 88-13340

dans toutes les législations. Mais, l'alinéa ne semble accorder ce privilège qu'au cas de saisie-arrêt. Or, si nous nous référons aux dispositions relatives à la saisie-arrêt, la situation du sous-traitant n'est plus aussi simple. Elle se complexifie. En effet, l'article 667 du code de procédure civile rappelle que tout créancier muni d'un titre exécutoire « peut effectuer, par ordonnance sur requête rendue par le président du tribunal » compétent « une saisie-arrêt ». Ainsi, la condition sine qua non pour obtenir le paiement de sa créance est la détention d'un titre exécutoire. La créance en elle-même équivaut-elle, dans le cadre de l'action directe, à un titre exécutoire ? Le législateur a fourni une liste limitative des documents pouvant être retenus comme titre exécutoire, à l'article 600 du code de procédure civile. Et, in fine, l'article retient que la loi peut conférer la qualité de titre exécutoire à « tout acte ou document ». Il ne semble pas que les dispositions relatives à la sous-traitance aient reconnu à la créance une telle qualité. Dans le silence de la loi, il convient de revenir à l'exigence traditionnelle. Néanmoins, en l'absence de titre, le sous-traitant dont la créance paraît justifiée peut recourir à la saisie conservatoire.¹²² La situation du sous-traitant n'est plus aussi commode a posteriori. Au demeurant, est-ce hasardeux de penser alors que l'action directe n'offre ce privilège que dans cette seule hypothèse de la saisie-arrêt ? En revanche, l'alinéa troisième paraît restrictif en ce qu'il n'envisage que la seule hypothèse de la cession de ses droits par l'entrepreneur principal. Certes, dans cette situation la primauté est conférée au privilège légal, ce qui est tout à fait conforme au droit positif.

Les difficultés que nous pressentons sont celles qui naissent du concours entre créanciers privilégiés lors de la faillite de l'entrepreneur principal.

2. le sous-traitant et la faillite de l'entrepreneur principal

Pour rappel, la faillite¹¹³ est « une voie d'exécution forcée générale qui réunit tous les actifs du débiteur («) afin de désintéresser tous les créanciers ».¹¹⁴

Le patrimoine du failli constitue le gage commun des créanciers. Ceux-ci concourent sur ce gage commun en respectant l'égalité, les privilèges et le rang de chacun d'eux. Aussi, ce patrimoine est frappé d'indisponibilité tant dans son actif que passif. Le failli est dessaisi de jure et de facto de l'administration de ses biens¹¹⁵. Ses droits sont alors exercés par le syndic de faillite¹¹⁶. Un des effets de la déclaration de faillite est que les créanciers sont placés dans une même situation : perte de leurs droits individuels à l'exécution au profit de la masse des créanciers (le code de commerce emploie la formule « constitués en état d'union »¹¹⁶). Organisés en communauté, ils sont représentés par le syndic de la

¹¹³ Voir articles 215 à 388 du code de commerce

¹¹⁴ Isabelle ROMY, LA CONSTRUCTION ET LA POURSUITE DES DETTES ET LA FAILLITE, JDC 99, p. 27

¹¹⁵ Art. 244 al.1 du code de commerce

¹¹⁶ Art.244 al. 2 du code de commerce

faillite (article 244 al2 du c. commerce). Les créanciers sont payés simultanément après la liquidation du patrimoine saisissable du débiteur.

Mais la question est de savoir si l'action directe exercée en vertu de l'article 565 du code civil procure réellement un droit de préférence en situation de concours ?

Pour répondre à cette interrogation, il convient d'envisager deux situations. Dans la première, le sous-traitant exerce son action directe avant que l'entrepreneur principal soit déclaré en faillite. Dans la seconde hypothèse, l'action directe du sous-traitant intervient après le jugement déclaratif de faillite de l'entrepreneur.

D'évidence, l'action directe intentée avant tout concours, c'est-à-dire avant l'ouverture de la procédure de mise en faillite, offre une préférence au sous-traitant. Ce dernier pourra se faire payer avant tout autre créancier, hors le cas des créanciers bénéficiant de super privilèges. Car, comme nous l'avons écrit précédemment, l'action directe déroge au principe de l'égalité des créanciers. Le sous-traitant n'a pas à subir, dès lors qu'il fait vivre son droit, la voie du concours. Cela s'explique par le fait que « l'action directe immobilise et affecte la créance au paiement d'une certaine dette ». Il bénéficie alors de son privilège d'être payé par préférence. En effet, « la créance de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage est encore disponible dans le patrimoine de l'entrepreneur ». Dès lors que le sous-traitant est muni d'un titre exécutoire, il est en droit de poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur. Telle est la position de la cour de cassation française.¹¹⁷

Il est à rappeler qu'aucun paiement préférentiel ne peut être admis entre un sous-traitant et le maître de l'ouvrage (principe de l'égalité des sous-traitants).¹¹⁸

Par ailleurs, en cas de concours entre eux il n'existe, rappelle la troisième chambre civile, ni droit de priorité ni privilège au profit de l'un. Ils doivent, selon elle, être traités à égalité. Ce principe de l'égalité des sous-traitants est écarté dès lors que le paiement de l'un est antérieur à l'action exercée par d'autres ou qu'une décision de justice n'établisse son droit.

Nous pouvons affirmer qu'il est donc de bon droit que l'action directe intentée avant tout concours offre incontestablement une préférence au sous-traitant.

D'autant que le législateur prévoit part le privilège des sous-traitants qui procèdent à la saisie arrêt sur le maître de l'ouvrage au prorata de leurs droits.

Mais qu'en est-il du sort des titulaires de l'action directe lorsqu'elle est exercée après la naissance du concours ?

¹¹⁷ Cass.belge. 27 Mai 2004.N° de pourvoi c020435N

¹¹⁸ Clv2e de 18 Novembre 2008? N 07- 18987.

3. le sort des titulaires de l'action directe postérieurement au concours de créanciers

Sur ce point des divergences sont apparues. Pour la jurisprudence belge, en opposition à la majorité des auteurs, a refusé « un droit préférence tiré de l'article 1798 du code civil, tant en matière de faillite qu'en matière de liquidation ». Pour la Cour de cassation la faillite a pour effet de rendre indisponible la créance de l'entrepreneur failli sur le maître de l'ouvrage. A partir du jugement déclaratif de faillite, l'action directe ne pourrait plus être intentée.¹¹⁹ Cependant, il y a lieu de signaler que la difficulté est contournée en se référant à l'article 20-12° de la loi hypothécaire du 8 août 1997 qui privilégie la créance du sous-traitant pendant cinq années à dater de la facture.

En droit français, la question a donné lieu à des décisions contradictoires jusqu'à ce que la Cour de cassation vienne préciser sa position.¹²⁰ Certaines juridictions inférieures rejetaient l'argument articulé sur l'obligation du sous-traitant de produire sa créance en retenant que la loi du 31 décembre 1975 a voulu qu'il « échappe aux règles habituelles du règlement judiciaire ou de la liquidation » et agisse « directement entre les mains du maître de l'ouvrage sans avoir à produire à la faillite ». D'autres considèrent que l'action directe repose sur l'existence de la créance de l'entrepreneur dont les limites s'imposent au sous-traitant. Ce dernier agit « en qualité de créancier dans la masse » et à son profit. À ce titre, il doit satisfaire « à l'obligation de produire et faire vérifier sa créance dans le cadre du règlement judiciaire de l'entrepreneur principal ».

La chambre commerciale de la Cour de cassation avait déjà pris position en reprenant le même attendu dans trois arrêts rendus à la même audience.¹²¹ Elle précise «dès lors, que les sous-traitants bénéficient à l'encontre du maître de l'ouvrage d'une action directe qui, selon la loi, subsiste même si l'entrepreneur principal fait l'objet d'une procédure collective, ils ne sont pas tenus de produire au passif de cette procédure collective». L'orientation de la Cour de cassation est ainsi donnée. La troisième chambre de la Haute juridiction viendra conforter cette position en rappelant « l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 dispose que l'action directe subsiste même si l'entrepreneur principal fait l'objet d'une procédure collective. Dès lors, les sous-traitants ne sont pas tenus pour exercer cette action de produire au passif du règlement judiciaire ou de la liquidation de l'entrepreneur principal ».¹²²

¹¹⁹ Cass. belge 23 septembre 2004 n° du pourvoi C020424 F et C020425 F

¹²⁰ G N'GORAN « L'ACTION DIRECTE DU SOUS-TRAITANT CONTRE LE MAÎTRE DE L'OUVRAGE » Doctorat de 3^e cycle, Université de Montpellier I, 1984

¹²¹ Com 19 mai 1980 n° des pourvois 79-10716, 79-10408, 79-10532 ¹³⁶ Civ. 3^e 29 février 1984 n° du pourvoi 82-15993

¹²² L. HENROTTE et A. CRUQUENAIRE « L'article 1798 du code civil : une action aux voies détournées » op.cit.

Ainsi donc, l'action directe demeure quel que soient les événements qui peuvent affecter l'entrepreneur principal. Cela s'explique par l'esprit de la loi et la volonté du législateur français de protéger les sous-traitants, le plus souvent artisans, des faillites en cascade qui se produisent dans le secteur de la construction.

Nous avons vu de manière succincte deux positions opposées quant au sort de l'action directe du sous-traitant lors de la survenance de la faillite de l'entrepreneur principal.

Toutefois, la question demeure en droit algérien, l'action directe subsiste-t-elle en cas de faillite du donneur d'ordre ?

4. le sort de l'action directe en cas de faillite de l'entrepreneur en droit algérien

L'article 565 du code civil n'est a priori d'aucune utilité en raison de son silence sur ce point. Il ne fait référence qu'au privilège de tout sous-traitant dès lors que l'un d'eux exerce une saisie-arrêt. Or, selon une doctrine, une saisie arrêt « ne confère aucun privilège et ne fait pas obstacle » à la poursuite d'autres créanciers « sauf à respecter les règles du concours ».

Elle n'emporte aucunement « transport de la créance saisie au profit du saisissant ». De sorte que l'on ne puisse l'assimiler à une cession de créance.

Il apprêt donc que le législateur adopte un autre point de vue en reconnaissant un tel privilège. La créance des sous-traitants serait de ce fait indisponible et la somme afférente distraite du passif. Les autres créanciers devront alors concourir sur le reliquat ? Ce qui contreviendrait aux principes qui président à la faillite et à la liquidation judiciaire si la saisie-arrêt intervient concomitamment à la procédure.

En effet, si l'on en vient à la lecture de l'article 245 du code de commerce, le jugement déclaratif emporte suspension des poursuites individuelles des créanciers dans la masse. La seule interprétation est que l'action directe ne serait pas possible bien que le législateur se réfère à la suspension.

D'autre part, tout paiement fait après la cessation des paiements est réputée inopposable à la masse des créanciers. Cependant l'article 147 alinéa 4 permet, par une interprétation a contrario, d'admettre la validité du paiement « en espèce, par virement ou par tout autre mode normal de paiement », pour dette échue. Ce paiement est néanmoins inopposable à la masse si le bénéficiaire avait connaissance de l'état de cessation de paiement du débiteur.

En outre, une des conséquences de la déclaration de la faillite est de déterminer manière irrévocable les droits des créanciers dont les créances sont nées antérieurement.¹²³ L'article 280 du code de commerce vient rappeler ce point en signifiant que tous les créanciers privilégiés ou non doivent produire «

¹²³ Dans l'hypothèse d'une saisie-arrêt pratiquée bien avant la procédure de mise en faillite, nous revenons à la situation de l'action directe antérieure à toute procédure. Voir plus haut.

leurs titres avec un bordereau indicatif des pièces remises et des sommes réclamées » dès le prononcé du jugement déclaratif pour vérification et établissement de l'état des créances.¹²⁴ Les créanciers dont les créances ont été vérifiées et admises se répartissent l'actif au prorata de leurs droits après distraction des sommes versées aux privilégiés.¹²⁵

A ce stade de notre réflexion, une inquiétude persiste. L'action directe de l'article 565 du code civil n'est utile que si un sous-traitant pratique une saisie-arrêt. Il bénéficie alors d'un privilège qu'il peut opposer aux autres créanciers. C'est dire que, dans l'hypothèse de l'absence de saisie-arrêt, et, de la faillite de l'entrepreneur principal, le sous-traitant n'est plus protégé. Il a pour seule qualité, celle d'un créancier chirographaire. La préférence doit lui être refusée. La protection recherchée s'avère inopérante et exige du sous-traitant une vigilance accrue pour agir avant tout cessation de paiement de l'entrepreneur principal.

L'action directe ne peut plus être mise en œuvre par le sous-traitant. Néanmoins, les salariés ont une situation plus enviable en ce que le droit du travail leur reconnaît un privilège garantissant leur rémunération.

Conclusion

L'Algérie souffre d'un déficit récurrent en logement. Malgré les moyens colossaux mis en œuvre pour satisfaire une demande exponentielle, les besoins restent énormes. C'est dire que l'activité de construction revêt une importance capitale tant d'un point de vue social qu'économique. Le chômage dans notre pays est endémique. Or, le secteur de la construction, de l'habitat est traditionnellement créateur d'emplois, demandeur de main d'œuvre. Ce secteur stratégique repose sur les capacités d'entrepreneurs.

Ces derniers ont le plus souvent recours, pour réaliser les différents projets immobiliers, à des sous-traitants ou des tâcherons. Les rapports, qui naissent entre l'entrepreneur principal et les sous-traitants, sont en principe régis par un contrat d'entreprise. Très souvent ce contrat n'est jamais rédigé, il est conclu oralement. La sous-traitance met alors en présence au moins deux contrats d'entreprise (le premier entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal, le second entre ce dernier et le sous-traitant). Les obligations de chaque partie étant clairement prévues par les textes y afférents.

Mais la situation n'est pas équilibrée et est au désavantage de la partie la plus faible, le sous-traitant. C'est pourquoi le législateur français et à sa suite le législateur algérien ont institué l'action directe au profit du sous-traitant. Elle lui confère un privilège. Le droit algérien sur ce point n'est pas explicite. L'action directe imparfaite ne permet que de recouvrer les sommes dues au titre des travaux accomplis dans le cadre du contrat d'entreprise. Pour obtenir paiement,

¹²⁴ Art. 249 du code de commerce

¹²⁵ Cass. Belge. 23 Septembre 2004. op.cit.

le sous-traitant ne bénéficie pas du paiement direct effectué par le maître de l'ouvrage comme en droit français. Il devra saisir la juridiction compétente. Ce qui constitue une entrave au droit du sous-traitant algérien en ce que l'entrepreneur peut avant la saisine organiser son insolvabilité ou mettre fin à son activité. Par ailleurs, le maître de l'ouvrage peut arguer, opposer à la demande du sous-traitant toutes les exceptions tirées de sa relation avec l'entrepreneur principal notamment le paiement. En outre, le sous-traitant peut entrer en concours avec d'autres créanciers lors d'une saisie arrêt ou lors de l'ouverture de la faillite. Or, le plus souvent la sous-traitance repose sur aucun document pouvant servir de titre exigé par l'article 280 du code de commerce et aucun bordereau indicatif ne peut être présenté. N'oublions pas que la plupart des transactions, au grand dam des pouvoirs publics impuissants, se fait sans factures ou autres justificatifs. Comment le sous-traitant ou le tâcheron, déjà dans une situation économique de dépendance, pourra-t-il exiger des bordereaux ou autres factures à l'entrepreneur qui l'emploie et le nourrit ? Nous sommes encore là dans de la pure fiction.

Il ressort de cette étude que l'action directe telle qu'instituée en droit algérien laisse planer des incertitudes et des zones d'ombre en l'absence de travaux parlementaires explicites. La protection du sous-traitant est toute relative en ce qu'elle est limitée au seul privilège conféré par la saisie-arrêt dont profite tous les sous-traitants et les ouvriers intervenant dans l'acte de construire. Le paiement direct, que prévoient par exemple les législations française et belge, n'est ouvert que sur les sommes saisi. La sous-traitance ne se limite pas à la seule action directe. Elle engage la responsabilité de tous les protagonistes dans leurs relations nées des contrats d'entreprise.¹²⁶

La sous-traitance aurait mérité à notre avis plus d'égards au vu des défis et du contexte algérien. Le législateur devrait se pencher sur cette pratique en relevant toutes les incohérences, les imprécisions. Les pouvoirs publics semblent en ces temps s'intéresser à la sous-traitance industrielle. Nous n'espérons que cette volonté intègre le secteur stratégique de la construction.

¹²⁶ Les responsabilités des intervenants dans la sous-traitance en matière immobilière feront l'objet d'un article ultérieur.