

Intervenir comme sous-traitant dans un marché privé : quels sont les risques et les responsabilités encourues

Conférence du cycle « bâtir sur du solide – 2022 »

Par Me Lex THIELEN & Me Cyril CHAPON



LEX THIELEN & ASSOCIÉS
LAWYERS

12 octobre 2022

Introduction :

La construction d'un ouvrage immobilier ne va pas seulement avoir pour conséquence la création de liens contractuels entre le donneur d'ordre, le maître de l'ouvrage, et l'entreprise chargée de la construction. En réalité, une multitude de personnes vont pouvoir intervenir, respectivement interagir sur le chantier.

Si le fait pour le maître de l'ouvrage de charger directement différents corps de métier pour la réalisation de l'ouvrage n'engendre pas de problématique spécifique, un contrat existant alors entre le maître de l'ouvrage et chaque intervenant, la situation va bien entendu être différente lorsque le maître de l'ouvrage va charger une entreprise principale de la construction, cette dernière « déléguant » à d'autres entreprises une partie, voire la totalité du travail ; il s'agit ici du mécanisme de la sous-traitance.

Dans un premier temps, le sous-traitant devra naturellement avoir connaissance des risques juridiques qui peuvent découler de la signature d'un tel contrat et il est dès lors opportun d'avoir à la fois connaissance de ceux-ci que ce soit par rapport à la sécurité des biens et des personnes sur un chantier ou encore de certaines vérifications à opérer quant à la solvabilité du cocontractant ou son respect des dispositions en matière d'autorisations d'établissement. Par ailleurs, au regard des difficultés actuelles liées à la

hausse importante des prix des matières premières, il sera de même important de vérifier les éventuelles possibilités de révision du montant du chantier.

Dans un second temps, il sera loisible de s'interroger quant aux conséquences juridiques qui vont découler de telles « délégations » en matière de responsabilité que ce soit dans les rapports entre l'entreprise principale et le sous-traitant mais également entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant puisque le travail réalisé par ce dernier va donc participer à l'édification de l'ouvrage du premier sans que celui-ci n'ait des liens et n'ait éventuellement choisi l'intervention d'un tel sous-traitant.

I. Check-list des risques juridiques à contrôler par le sous-traitant avant de signer un contrat :

A. La sécurité des biens et des personnes sur un chantier

D'une façon générale, il est utile de rappeler que l'article L.312-1 du Code du travail prévoit que « *L'employeur est obligé d'assurer la sécurité et la santé des salariés dans tous les aspects liés au travail.* » En d'autres termes, chaque employeur va avoir des obligations tout d'abord à l'égard de ses propres salariés pour veiller à leur sécurité sur le chantier.

Il est également important de noter que chaque employeur sera responsable des dégâts occasionnés par ses employés, l'employeur devant assumer les risques engendrés par son activité. En effet, aux termes de l'article L. 121-9 du Code du travail, l'employeur supporte les risques engendrés par l'activité de l'entreprise et le salarié supporte les dégâts causés par ses actes volontaires ou par sa négligence grave. Les risques de l'entreprise pèsent donc sur l'employeur qui est maître de son entreprise.

Par ailleurs, la réglementation a mis en place une coordination de sécurité et de santé qui vise, pour tout chantier de bâtiment ou de génie civil où interviennent plusieurs entrepreneurs ou indépendants, à prévenir les risques issus de leur coactivité et à prévoir l'utilisation de moyens communs. À cet effet, le maître d'ouvrage a l'obligation de désigner au moins un coordinateur de sécurité et de santé agréé, dont le rôle, les missions et les responsabilités sont définis par le Code du travail.

La multiplicité des acteurs et de leurs interactions dans une opération de construction en coactivité implique pour la mise en œuvre des principes généraux de prévention des risques professionnels :

- la définition claire des rôles et responsabilités de chaque intervenant lors de la conception et de la réalisation de l'ouvrage,
- la coordination et la planification des interventions simultanées ou successives afin de prévenir les risques liés à la coactivité,
- la mise en commun des moyens de prévention,

- l'intégration dans la conception des ouvrages des dispositions destinées à faciliter et sécuriser les interventions ultérieures sur ceux-ci.

C'est le rôle du coordinateur de sécurité et de santé de veiller à ce que ces différents points soient pris en compte et cela dès la phase conception d'un ouvrage.

Pour autant et malgré la présence d'un tel coordinateur, des problèmes multiples vont pouvoir se rencontrer sur un chantier qui peuvent occasionner des dommages aux biens ou, plus grave encore, aux personnes présentes sur le chantier. Qui des différents intervenants va alors devoir supporter la charge de cette sécurité ?

La difficulté rencontrée ici porte sur le fait que les différents intervenants vont pouvoir être rattachés par des liens contractuels (contrat de sous-traitance entre l'entreprise principale et le sous-traitant, contrat d'entreprise entre le maître de l'ouvrage et l'entreprise principale) ou n'auront au contraire aucun lien contractuel direct entre eux (par exemple entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant).

Dès lors, il va bien entendu être important de se référer aux contrats et conditions générales qui ont pu être signés pour rechercher l'existence ou non de clauses spécifiques quant à cette question dans les rapports entre parties à un même contrat ou encore de dispositions particulières qui pourraient régir les rapports des parties. Il convient donc de vérifier, avant la signature du contrat, les éventuelles prescriptions en matière de sécurité des biens et des personnes pour éviter toute tentative de mettre à charge exclusive du sous-traitant les problématiques sécuritaires qui pourraient intervenir sur le chantier.

De plus, les dispositions du Code civil ayant trait au contrat d'entreprise prévoit deux hypothèses particulières de dégâts intervenus sur la chose faisant l'objet du contrat :

- Si l'entrepreneur fournit la matière et que la chose vient à périr, l'entrepreneur en sera responsable, à moins que le maître de l'ouvrage n'ait été préalablement mis en demeure de recevoir la chose (article 1788 du Code civil) ;
- Si l'entrepreneur fournit seulement son travail, il ne sera tenu que de sa faute si la chose vient à périr (article 1789 du Code civil). Cependant, les tribunaux ont pu élargir l'application de ce texte alors qu'il est retenu que, sauf convention contraire, la perte est mise à charge de l'entrepreneur s'il ne fait pas preuve de l'absence de faute de sa part ou de ses préposés. Il y aura donc une présomption de faute, l'entrepreneur devant rapporter la preuve contraire s'il veut se libérer de cette responsabilité.

Lorsque le réclamant n'a aucun lien contractuel avec l'entreprise contre laquelle une réclamation est faite, il devra alors se fonder sur les dispositions du Code civil en matière de responsabilité délictuelle pour obtenir réparation de dégâts liés à l'activité

sur le chantier. Il se devra alors de pouvoir prouver, s'il entend engager la responsabilité de l'une ou l'autre des entreprises présentes sur le chantier, la faute qui aurait été commise par celle-ci, l'existence d'un préjudice dans le chef du réclamant et d'un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice.

Il apparaît ici également une notion juridique qui va avoir son importance dans les responsabilités qui découlent des dommages subis, à savoir la notion de garde du chantier.

Juridiquement, le gardien est celui qui a l'usage, la direction et le contrôle de la chose et qui peut exercer sur elle une surveillance. L'usage consiste dans le fait de se servir de la chose dans son intérêt, à l'occasion d'une activité de quelque nature qu'elle soit. La direction illustre le pouvoir d'initiative du gardien. Enfin, le gardien contrôle la chose, en exerçant sur elle un pouvoir de surveillance

L'entrepreneur principal n'est pas responsable, sur le plan délictuel (hors de tout contrat), des dommages causés aux tiers par son sous-traitant. Il ne serait responsable des agissements dommageables de son sous-traitant que s'il avait conservé la garde du chantier ou sa direction, ou avait donné des ordres caractéristiques d'une « dépendance économique » du second.

Il pèsera ainsi une présomption de responsabilité sur l'entreprise qui sera reconnue comme étant la gardienne du chantier.

B. La solvabilité de l'entreprise principale / la question des autorisations d'établissement

1. La solvabilité

Pour tout commerçant / artisan dans le cadre de son activité, il est bien entendu primordial, sinon vital, de procéder à certaines vérifications sur les personnes avec qui il va être amené à contracter. En effet, la poursuite d'un contrat par le sous-traitant à travers le temps passé, les salaires versés au personnel de l'entreprise et la matière première achetée auprès des fournisseurs, perdra tout intérêt s'il s'avère finalement que votre cocontractant est totalement insolvable et qu'il ne pourra de son côté honorer sa part du contrat de sous-traitance qui consiste donc principalement au paiement de la rémunération du sous-traitant.

De plus, s'agissant généralement de cocontractants commerçants, il existe toujours le risque d'une faillite de l'entrepreneur principal qui amènerait alors le sous-traitant à passer sa créance en pertes et profits. En effet, au titre d'un contrat de sous-traitance, le sous-traitant ne bénéficie pas d'une créance privilégiée à l'égard de l'entrepreneur principal en cas de faillite et il se verra donc obliger de passer, dans la répartition de l'éventuel actif du failli, après tous les créanciers institutionnels (administration de l'enregistrement et des domaines, administration des contributions

directes, centre commun de la sécurité sociale ...) pour le paiement de sa créance. Il s'avère que si, légalement, le sous-traitant peut faire une déclaration de créance au passif du failli, ses chances de récupérer la totalité ou une partie de ce qui lui est dû sont particulièrement faibles en l'absence de tout caractère privilégié de sa créance (qui est dite « chirographaire »).

Il est en conséquence important de vérifier, avant tout contrat, le sérieux de son cocontractant et de rassembler toutes les données juridiques pour ce faire. S'agissant d'activités très souvent exercées par l'intermédiaire d'une société commerciale, il est tout d'abord important de vérifier la forme juridique de son cocontractant (société anonyme, société à responsabilité limitée ...), sa dénomination (qui est le nom de la société et qu'il convient de différencier de l'enseigne), son siège social et son numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés. Il est également important de vérifier qui est/sont le(s) représentant(s) légal(aux) qui aura(ont) légalement le pouvoir de signature pour engager valablement la société.

Il est important de noter que toutes ses informations sont disponibles gratuitement et librement sur le site du registre du commerce (<https://www.lbr.lu>).

Cette consultation permettra ainsi notamment de vérifier l'ancienneté de l'entreprise ce qui peut toujours être une sécurité alors que le risque est bien entendu accru lorsque le contrat est signé avec une jeune entreprise plutôt qu'avec une entreprise qui sera plus ancienne et qui pourra ainsi avoir une certaine réputation sur la place (même si ce critère ne peut en aucun cas garantir de façon absolue le bon déroulement de l'opération). De même, il pourra ainsi être vérifié que l'entreprise publie annuellement ses bilans comme l'exige la loi sur les sociétés commerciales.

Théoriquement, s'agissant d'engagements souscrits par l'intermédiaire d'un contrat, il serait toujours possible de prévoir une garantie personnelle donnée par le représentant légal de la société, entrepreneur principal, pour assurer le bon règlement des sommes dues au sous-traitant. En effet, de par la signature du contrat de sous-traitance, seule bien entendu l'entreprise principale est engagée par cette convention et non ses représentants légaux s'il s'agit d'une société. Même dans l'hypothèse d'une faillite, il ne pourra donc être demandé un quelconque paiement aux représentants légaux de la société alors qu'il s'agit de personnalités juridiques distinctes avec des patrimoines séparés. Il serait donc possible de prévoir contractuellement que les représentants légaux se portent caution du bon règlement des montants dus et ce quel que soit l'état financier, respectivement juridique, de l'entreprise principale. Si d'un point de vue juridique, une telle garantie ne soulève aucune difficulté, en pratique, il sera cependant compliqué pour le sous-traitant de faire admettre à l'entreprise principale, qui sera généralement la partie « forte » du contrat de sous-traitance, la signature par son représentant légal d'une telle garantie.

Enfin, la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance (la « **Loi de 1991** ») a pour finalité « *la protection des sous-traitants en cas d'entreprise générale* ». Elle prévoit, sous réserve de l'agrément par le maître de

l'ouvrage du sous-traitant et de ses conditions de paiement, le paiement direct obligatoire du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, même et surtout si l'entreprise générale est en faillite.

L'article 2 de la Loi de 1991 prévoit que « *la loi s'applique aux contrats de sous-traitance, conclus dans le cadre d'un marché public ou d'un contrat d'entreprise privé, à condition qu'ils dépassent les seuils prévus par le règlement grand-ducal pris en exécution de l'article 36 sous 2a) de la loi du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat, tel que cet article a été modifié par la loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures* ».

L'article 151 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics dispose que « *les marchés publics de travaux, de fourniture et de services peuvent être passés soit par procédure restreinte sans publication d'avis, soit par procédure négociée, lorsque le montant total du marché n'excède pas 60.000 euros* ».

La Loi de 1991 ne s'appliquera donc qu'à la condition que le contrat de sous-traitance dépasse le seuil précité de 60.000 euros, qui est à comprendre hors TVA.

Aux termes de l'article 4, alinéa 1^{er}, de la Loi de 1991, « *l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la remise de l'offre ou de la conclusions du contrat et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage.* »

De même, l'article 6 précise encore que « *lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues aux articles 4, alinéa 4, ou 5, alinéa 1^{er}, la présente loi ne trouve pas application* ».

La loi prévoit donc que l'entreprise principale doit faire agréer le sous-traitant, mais ne prévoit aucune sanction si cela n'est pas mis en œuvre. Bien au contraire, à défaut d'un agrément par le maître de l'ouvrage, elle ne s'appliquera tout simplement pas. En effet, selon la jurisprudence, on ne saurait effectivement déduire des dispositions précitées une quelconque obligation pour le maître de l'ouvrage d'agréer un sous-traitant ; l'acceptation est un acte discrétionnaire. Il en résulte que le fait de ne pas accepter un sous-traitant ne relève pas d'un comportement fautif engageant la responsabilité du maître de l'ouvrage envers le sous-traitant. La loi de 1991 ne connaît donc pas, *de facto*, d'application de plein droit.

Même si l'article 2 de la Loi de 1991 prévoit que « *le sous-traitant peut, par déclaration expresse, à consigner en bas du contrat de sous-traitance au moment de la conclusion de celui-ci, opter pour que le contrat de sous-traitance soit soumis au droit commun* », en réalité cette disposition n'a guère d'effet puisqu'il conviendra, en tout état

de cause, que le contrat soit soumis au régime de la loi ce qui nécessitera l'agrément par le maître de l'ouvrage.

Cette loi de 1991 peut donc constituer une sécurité pour le sous-traitant dès l'instant où elle va lui permettre de se retourner directement contre le maître de l'ouvrage pour obtenir le paiement direct de ses prestations. Cependant, elle ne va donc tout d'abord trouver à s'appliquer que dans le cadre de contrats d'une certaine envergure. De plus, elle va nécessiter obligatoirement l'assentiment du maître de l'ouvrage avant d'être d'application, ce qui va donc gêner en réalité le déploiement de ce mécanisme sécuritaire pour le sous-traitant.

2. Les autorisations d'établissement

Il est également rappelé que les entreprises sont soumises aux dispositions de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales alors que son article 1^{er} prévoit que « *Nul ne peut, dans un but de lucre, exercer, à titre principal ou accessoire, une activité indépendante dans le domaine du commerce, de l'artisanat, de l'industrie ou des professions libérales visées par la loi sans être titulaire d'une autorisation d'établissement.* » Ces autorisations sont délivrées par le Ministère de l'Economie, Direction Générale des Classes Moyennes et nécessitent la réunion par le demandeur des conditions d'obtention suivantes :

- Honorabilité professionnelle,
- Qualification professionnelle,
- Etablissement au Luxembourg,
- Gestion effective et permanente de l'entreprise par le détenteur de l'autorisation,
- Conformité aux obligations fiscales et sociales.

Le défaut d'autorisation d'établissement est sanctionné pour les personnes physiques, d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois ans et d'une amende de 251 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement, et pour les personnes morales, d'une amende de 500 à 250.000 euros

Il est tout à fait possible de vérifier l'existence ou non d'une autorisation d'établissement par simple consultation du site du Ministère (<https://guichet.public.lu/fr/outils/autorisations.html>).

L'autorisation pour l'activité exercée doit être possédée par l'entreprise qui concrètement réalisera les travaux. Ainsi, l'entreprise principale va signer avec le maître de l'ouvrage un contrat d'entreprise « général » qui visera la construction d'un ouvrage dans son ensemble. Ce contrat va donc vraisemblablement viser des secteurs d'activité pour lesquels l'entreprise principale ne bénéficiera pas d'autorisations dès l'instant où elle va justement sous-traiter ces domaines qui ne rentrent pas dans le champ de son

activité. Il appartiendra bien entendu à l'entreprise sous-traitante, qui réalisera effectivement cette partie des travaux, d'être couverte par l'autorisation correspondante.

L'entreprise générale devra quant à elle veiller à bénéficier d'une autorisation administrative accessoire de commerce pour lui permettre l'activité de sous-traitance.

Par ailleurs, il y a lieu de préciser que quelques décisions des juridictions luxembourgeoises retiennent la nullité d'un contrat portant sur une activité pour laquelle l'entreprise qui s'est engagée ne bénéficie pas d'une autorisation d'établissement. Ainsi, dans un arrêt en date du 12 juin 2019, la 2^{ème} chambre de la Cour d'appel (rôle n° 45067) a pu retenir :

« Par rapport au moyen de nullité du contrat de construction pour violation de la loi du 2 septembre 2011, la Cour constate ensemble avec le tribunal que la société SOC.1 s'étant contractuellement engagée, en qualité d'entrepreneur, à construire une maison pour le compte des époux A.)-B.) sans être titulaire d'une autorisation d'établissement incluant l'activité de construction, son autorisation d'établissement renseignant uniquement les activités d'agent immobilier, de promoteur immobilier, d'administrateur de biens et de syndic de copropriété, le contrat encourt l'annulation. En effet, aucun élément de la cause n'établit que l'appelante se serait engagée en tant que promoteur, la Cour notant au passage que compte tenu de leur date et en l'absence d'élément permettant de dire qu'ils se rapportent à la construction de la maison des époux A.)-B.), les devis que la société SOC.1 verse à l'effet d'établir que c'est en tant que promoteur qu'elle a signé le contrat litigieux ne sont pas pertinents.

C'est, partant, à bon droit, après avoir rappelé que la sanction, au civil, d'un contrat conclu en violation d'une règle d'ordre public de direction économique est la nullité absolue et que les contrats conclus en violation de la loi sur l'autorisation d'établissement sont nuls, que les juges de première instance ont annulé le contrat du 30 juillet 2012 en ce qu'il concerne la construction de la maison, le tribunal ayant dit, à bon escient, que cette nullité ne concernait pas la partie contractuelle relative à la vente de la maison et du terrain, officialisée par l'acte notarié du 30 juillet 2012 et qui demeure parfaite. »

Cependant, il ne s'agit pas d'une jurisprudence majoritaire des tribunaux alors que d'autres décisions ont mentionné (T.A. Lux., 11^{ème} chambre, 26 novembre 2021, rôle n° 187770, 187771, 187772 et TAL-2018-02344) :

« Il a en effet été décidé que le fait pour un prestataire professionnel d'effectuer des travaux pour un client, sans avoir au préalable obtenu l'autorisation d'établissement exigée par la loi, ne constitue pas, en soi, un contrat illicite par sa cause. Dans la mesure où il ne ressort d'aucun élément du dossier que le motif des parties de s'engager dans une relation contractuelle ait été de frauder la loi relative au droit d'établissement, ni que l'irrégularité de la situation du prestataire ait pénétré dans le champ contractuel et soit devenu une considération commune aux deux parties, il n'y

a pas lieu d'annuler le contrat conclu entre parties avant la date de l'obtention de l'autorisation. »

C. La fluctuation des prix des matériaux et matières premières (clauses utiles)

Le contrat de construction est juridiquement un contrat d'entreprise qui peut être conclu suivant deux principales formules : soit un marché à forfait, soit un marché sur devis. Le premier se caractérise par la circonstance que le prix est fixé d'avance et globalement de façon précise. L'entrepreneur prend ainsi contractuellement le risque d'assumer sans modification du prix tous les imprévus. Dans le marché sur devis – où le prix final sera fonction de la consistance exacte des travaux effectués – ce qui importe, ce sont les prix détaillés article par article, le total n'ayant qu'une valeur indicative et sans engagement.

Dès lors que le sous-traitant se retrouve, après signature de son contrat avec l'entrepreneur principal, confronté à des hausses de prix des matériaux et matières premières qui vont être utilisés pour son intervention, il va naturellement s'interroger quant aux possibilités existantes de répercuter cette hausse sur son co-contractant.

Il est bien entendu toujours possible de tenter de renégocier son contrat avec son co-contractant par l'intermédiaire de la signature d'un avenant au contrat existant, respectivement d'un nouveau contrat. Cependant, il va être pour le moins délicat de pouvoir faire accepter à l'entreprise principale de telles hausses négociées des prix qui nécessiteront donc son accord express, dès l'instant où ce dernier va également éventuellement se retrouver dans une situation où il devra faire accepter ces changements de prix au maître de l'ouvrage.

A défaut, situation qui risque malheureusement d'être la plus courante, il faut donc se pencher sur les possibilités données au sous-traitant d'appliquer malgré tout, unilatéralement, une hausse de ses tarifs.

Il est ici bien entendu important, si ce n'est primordial, de se référer aux clauses contenues dans les contrats signés entre parties. Nous nous plaçons dans le cadre strict du sous-traitant dont le lien contractuel va donc se faire avec une entreprise principale. En d'autres termes, nous sommes en présence d'un contrat entre deux professionnels pour lequel il existe une grande liberté contractuelle. Il n'est dès lors pas prohibé (et même au contraire conseillé) de prévoir dans le champ contractuel la possibilité de faire face à de telles fluctuations des prix.

Ainsi, les tribunaux ont-ils pu décider que même en cas de marché à forfait une clause d'indexation du prix n'est pas incompatible avec le caractère forfaitaire du marché puisqu'en principe le prix doit demeurer fixe. L'apposition sur l'offre d'une clause d'après laquelle *"en cas d'augmentation du prix des matières et des salaires, l'offre sera*

modifiée selon ces augmentations "n'est pas incompatible avec l'immutabilité du prix, puisqu'en principe celui-ci doit demeurer fixe.

Dans une décision plus récente, il a encore été jugé que la fixation forfaitaire, qui est normalement censée être définitive, du prix n'est pas inconciliable avec son indexation ou avec une clause prévoyant une révision du prix en cas de modification des conditions économiques : une telle stipulation, relative au calcul définitif du montant des travaux, ne saurait être considérée comme portant atteinte à la règle de la fixité du prix, élément essentiel du caractère juridique du forfait, dès lors que le mode de calcul, immuable dans son principe, a été déterminé dans une convention engageant définitivement les deux parties.

Il conviendra en revanche que la clause soit suffisamment précise pour qu'il n'y ait pas de discussion concernant à la fois les hypothèses dans lesquelles une hausse pourra être appliquée mais également il est important de définir de quelle façon cette hausse sera calculée pour permettre ainsi de couper court à d'éventuelles réclamations émanant de l'entreprise principale.

A défaut de l'insertion d'une telle clause, il est rappelé que les dispositions de l'article 1134 du Code civil prévoit que :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. »

Dès lors, une absence de prévision dans le champ contractuel d'une possibilité d'indexer les prix, interdira en principe par la suite au sous-traitant de pouvoir modifier unilatéralement les conditions financières du contrat.

Si dans le cadre des marchés publics, la législation a prévu, sous certaines conditions, de possibles adaptations notamment dans l'hypothèse de variations imprévisibles de prix ou de salaires, il n'en est cependant pas de même dans le cadre des marchés privés.

Il est à signaler que, d'une façon générale, le fait pour l'entrepreneur de ne pas s'engager à réaliser des travaux à un prix forfaitaire ne lui confère pas plus une liberté absolue. La jurisprudence considère en effet qu'un dépassement considérable du devis est constitutif d'une faute professionnelle du point de vue de l'obligation de renseignement et de conseil du constructeur. Il doit en effet informer son client sur l'ampleur des travaux à réaliser – ce qui présuppose qu'il procède au préalable à leur évaluation – et les prestations à fournir et inclure l'intégralité des postes pertinents dans le devis. Ainsi, a été sanctionné le constructeur, ayant omis d'inscrire dans le devis le démontage et la fourniture du petit matériel, malgré la nécessité manifeste de ces prestations et ayant omis de renseigner le maître de l'ouvrage sur les changements apportés au plan initial.

Même si l'imprécision est de l'essence du devis, ce dernier constitue « *un élément de référence devant donner aux parties une idée de leurs engagements* ». Un dépassement conséquent engage dès lors la responsabilité de l'entrepreneur. La jurisprudence semble être partagée sur le plafond autorisé. Certaines décisions le limitent à 10%, tandis que d'autres admettent une marge allant jusqu'à 20 % :

« Seul un dépassement considérable du devis constitue une faute de sa part engageant sa responsabilité...Selon la jurisprudence, un dépassement de devis est fautif et engage la responsabilité de l'entrepreneur s'il est supérieur à 10% » ;

« Un tel dépassement du devis engage la responsabilité de l'entrepreneur et permet de laisser à sa charge une partie des dépenses ayant dépassé les prévisions du client. Selon la jurisprudence un dépassement est fautif et engage la responsabilité de l'entrepreneur s'il est supérieur 20% ».

La sanction du dépassement consiste soit à laisser à la charge de l'entrepreneur tout ou partie du montant dépassant les prévisions, respectivement la réduction du prix facturé, soit à allouer au co-contractant des dommages et intérêts pour compenser le dépassement intervenu.

Il échet de noter que ce dépassement ne doit pas être lié à une modification des prix unitaires repris au devis mais bien à une augmentation des quantités qui étaient initialement prévues. Pour une augmentation des prix unitaires, il faudra également se référer aux dispositions contractuelles pour vérifier si de tels changements avaient ou non été prévus.

II. Les responsabilités et droits du sous-traitant :

A. La responsabilité du sous-traitant envers l'entrepreneur

Le principe de la sous-traitance repose sur le fait qu'un entrepreneur principal confie tout ou partie de l'exécution de travaux, qu'il s'est lui-même engagé à réaliser au profit d'un maître de l'ouvrage dans le cadre d'un contrat principal. L'entrepreneur principal reste cependant contractuellement responsable vis-à-vis du maître de l'ouvrage de la bonne exécution du contrat qui lui a été confié. C'est lui qui devra ainsi répondre en cas de malfaçons des fautes commises par le sous-traitant qu'il a choisi.

La base de la responsabilité de l'entrepreneur principal envers son client maître de l'ouvrage repose sur les dispositions de l'article 1797 du Code civil qui dispose que « *L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie.* »

Les tribunaux sont unanimes : « *L'entrepreneur doit répondre envers son créancier des personnes auxquelles il a recours pour l'exécution des prestations promises. Cette responsabilité contractuelle du fait d'autrui couvre les fautes de toutes*

les personnes auxquelles le débiteur de l'obligation fait appel pour l'exécution du contrat. Cette responsabilité est légalement fondée, en matière contractuelle, sur l'article 1797 du Code civil qui déclare l'entrepreneur responsable du fait des personnes qu'il emploie. Cette formule est interprétée actuellement comme englobant non seulement les propres salariés de l'entrepreneur, mais aussi les sous-traitants auxquels l'entrepreneur principal fait appel, y compris les préposés du sous-traitant. »

Néanmoins, en cas de sous-traitance imposée à l'entrepreneur principal par le maître de l'ouvrage, et même en présence de clause expresse du contrat rendant l'entrepreneur automatiquement responsable des fautes commises par ce sous-traitant imposé, il a été jugé que des réserves émises par l'entrepreneur principal sur l'incapacité du sous-traitant à réaliser les travaux conformément aux règles de l'art pouvaient l'exonérer de la responsabilité du fait des sous-traitants imposés.

Il n'en reste pas moins que le sous-traitant sera lui-même responsable contractuellement envers son co-contractant, l'entrepreneur.

Dès lors, en cas de manquement dans l'exécution des travaux sous-traités, l'entrepreneur dispose par principe à l'encontre de son sous-traitant défaillant d'un recours fondé sur la responsabilité contractuelle et plus particulièrement sur les dispositions de l'article 1147 du Code civil. Le sous-traitant endosse en effet à son tour, envers l'entrepreneur principal lui confiant l'exécution des travaux, le « costume » d'un entrepreneur et les responsabilités en découlant. Le sous-traitant est d'ailleurs considéré comme l'entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

La jurisprudence a pu décider que *« sur le fondement de l'article 1147 [...], le sous-traitant est tenu envers l'entrepreneur principal d'une obligation de résultat. Comme tout entrepreneur, le sous-traitant est tenu d'une obligation de résultat, même à l'égard de l'entrepreneur principal. »*

S'agissant d'une obligation de résultat, la preuve positive d'une faute n'est donc pas nécessaire et *« il faut et il suffit de faire la preuve de la mission confiée au sous-traitant et des désordres affectant ses travaux. Seule l'imputabilité des désordres à l'intervention du sous-traitant doit être établie. Il n'est responsable que des manquements à ses propres obligations contractuelles. »*

Il en découlera au stade de l'exonération que le sous-traitant ne pourra s'exonérer que par la démonstration d'un cas de force majeure ou par une faute imprévisible et inévitable d'un tiers ou du maître de l'ouvrage. Il est précisé que juridiquement la force majeure est la circonstance exceptionnelle, étrangère à la personne de celui qui l'éprouve, qui a eu pour résultat de l'empêcher d'exécuter les prestations qu'il devait à son créancier. Pour que la force majeure entraîne un tel effet il est nécessaire que le juge constate que l'événement dont le débiteur se prévaut ait eu une intensité telle, qu'il ne pouvait y résister.

La preuve d'une simple absence de faute sera inopérante pour l'exonérer de sa responsabilité. Il a ainsi été décidé que « *le sous-traitant est responsable des malfaçons dues aux défauts du matériau employé, à moins qu'il ne justifie d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée.* »

Envers l'entrepreneur principal, le sous-traitant, outre d'être débiteur d'une obligation de résultat de construire un ouvrage exempt de tout vice, est encore débiteur le cas échéant d'une obligation de conseil. A titre d'exemple, selon une juridiction, un sous-traitant chapiste « *qui a exécuté les travaux de chape en sous-traitance, est à considérer comme le spécialiste en la matière qui aurait dû, en tout état de cause, quelles que fussent les instructions reçues par son cocontractant, poser une chape correspondant aux besoins industriels d'une imprimerie, et ce conformément aux règles de l'art. Le sous-traitant doit en effet, en raison de ses compétences, conseiller l'entrepreneur principal et n'est pas délié de toute obligation et responsabilité.* »

Pour engager la responsabilité de son sous-traitant, l'entrepreneur devra au préalable démontrer un intérêt à agir en vertu du principe général du droit « *Pas d'intérêt, pas d'action* » même si des malfaçons ont été commises par le sous-traitant dans l'exécution de ses travaux, alors que c'est la plupart du temps le maître de l'ouvrage qui dispose d'une créance indemnitaire.

L'intérêt d'une partie au succès ou au rejet d'une prétention s'apprécie en principe au jour de l'introduction de la demande. En effet, une fois les travaux réceptionnés, le titulaire de la créance indemnitaire est le maître de l'ouvrage.

Les juridictions décident traditionnellement que « *dès lors que le maître de l'ouvrage ne lui a jamais rien réclamé, l'entrepreneur principal ne justifie pas d'un intérêt lui permettant d'agir contre son sous-traitant, à la suite des désordres affectant les travaux effectués par celui-ci [...]. En décider autrement entraînerait des situations curieuses si l'entrepreneur principal obtenait une réparation que le maître de l'ouvrage, pour sa part, ne lui aurait pas réclamée.* » Il est à noter d'ailleurs que pour la prescription extinctive de l'action en garantie, le point de départ du délai de l'action par l'entrepreneur contre son sous-traitant ne commencera à courir qu'à compter du jour où l'entrepreneur principal est lui-même assigné par le maître de l'ouvrage ou la personne subrogée dans ses droits.

Il est donc suffisant, mais nécessaire, qu'une action en responsabilité soit engagée par le maître de l'ouvrage, premier bénéficiaire de la créance indemnitaire, à l'encontre de l'entrepreneur, ou que celui-ci essuie un refus du maître de l'ouvrage de solder une facture en raison des dégâts ou malfaçons affectant les travaux, ou bien encore qu'il ait dû refaire à ses frais des travaux de réfection des travaux sous-traités.

L'entrepreneur doit donc en fait démontrer subir personnellement des conséquences dommageables en raison des désordres imputables au sous-traitant et affectant les travaux sous-traités.

En revanche, la mise en œuvre de la responsabilité du sous-traitant de second rang par l'entrepreneur de second rang devra se faire sur base de la responsabilité délictuelle, comme celle, en principe du sous-traitant de premier rang par le maître de l'ouvrage.

Il est enfin à noter qu'envers les acquéreurs de tout ou partie des ouvrages réalisés dans le cadre du marché, il est admis que la créance de garantie découlant des articles 1792 et 2270 du Code civil (garanties décennale et biennale) est transmise comme un accessoire de l'objet vendu en cas de vente ou de vente en l'état futur d'achèvement. Ainsi, ces acquéreurs peuvent, s'ils sont victimes de malfaçons ou de désordres, rechercher directement la responsabilité de l'entrepreneur sur base de la responsabilité contractuelle.

B. La responsabilité du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage

Par définition, le contrat de sous-traitance n'établit en principe aucun lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, mais uniquement entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant.

1. Sur base de la Loi de 1991

Ce n'est que dans le cas bien spécifique de l'agrément du sous-traitant par le maître de l'ouvrage que la Loi de 1991 dispose expressément que les relations entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant deviennent *in fine* contractuelles, même si aucun contrat n'a été signé entre eux *ab initio*.

Il a ainsi été décidé que « *les premiers juges ont retenu que [le sous-traitant A] est en défaut d'établir qu'il a été accepté par l'Etat comme sous-traitant et que ses conditions de paiement ont été agréées, de sorte que le droit commun doit s'appliquer, d'après lequel il n'existe aucun lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Les premiers juges en ont conclu que les relations entre ces parties ne peuvent être que de nature délictuelle* ».

2. Sur base délictuelle

Même s'il existe une chaîne de contrats successifs entre les trois acteurs que sont le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur et finalement le sous-traitant, l'action en responsabilité entre membres de la chaîne n'est contractuelle qu'en cas de contrats translatifs de propriété, l'action se rattachant à la chose (ainsi si A vend à B qui revend ensuite à C, A pourra agir sur base contractuelle contre C). Dans le cadre de la sous-traitance, s'il y a bien un groupe de contrats, les différents contrats sont des contrats d'entreprise non translatifs de propriété.

Partant, hormis l'hypothèse de l'application de la Loi de 1991, la responsabilité du sous-traitant ne pourra être recherchée par le maître de l'ouvrage que sur base et sous les conditions des dispositions des articles 1382 et suivants du Code civil, partant sur base de la responsabilité délictuelle.

Le maître de l'ouvrage devra alors nécessairement rapporter la preuve d'une faute ou d'une imprudence du sous-traitant, la démonstration d'un préjudice par lui subi et d'un lien causal entre la faute et le préjudice (il échet de rappeler à titre de comparaison que dans le cadre de la responsabilité contractuelle, qui n'est donc ici pas applicable, il n'existe aucune faute à prouver). Le sous-traitant pourra donc s'exonérer plus facilement ici de sa responsabilité que dans le cadre de la responsabilité contractuelle envers l'entrepreneur.

Il lui suffira notamment de démontrer l'absence de la commission d'une faute, sinon la faute d'un autre intervenant ne revêtant pas forcément les caractères de la force majeure.

En revanche, puisque le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, il ne peut, en cas de malfaçons de son propre chef, lui opposer les moyens tirés du contrat de construction que ce maître de l'ouvrage a conclu avec l'entrepreneur principal, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats, pas plus que les dispositions légales le régissant, à savoir la responsabilité biennale ou décennale, la prescription étant alors trentenaire.

C. La responsabilité du sous-traitant envers les tiers

Envers les tiers autres que le maître de l'ouvrage, tel par exemple le propriétaire d'un fonds voisin du chantier, la responsabilité du sous-traitant est de nature délictuelle. L'entrepreneur principal ne serait cependant responsable des agissements de son sous-traitant que s'il avait conservé la garde du chantier ou s'immisce dans l'organisation propre du sous-traitant, notamment en ce qui concerne le pouvoir de direction vis-à-vis des préposés du sous-traitant, par exemple en donnant directement des instructions aux ouvriers du sous-traitant ou des ordres caractéristiques d'une « *dépendance économique* » et en surveillant lui-même la bonne exécution de ses ordres.

Un transfert de la garde du chantier peut être admis si la sous-traitance couvre l'intégralité des travaux du marché.

Conclusion

En conclusion, il est bien entendu primordial de ne pas signer un contrat sans avoir préalablement pris certaines précautions en procédant tout d'abord à certaines vérifications sur la personne de son cocontractant. De même, il convient d'examiner le

contrat qui serait fourni par son cocontractant afin d'avoir une bonne connaissance des clauses particulières qui y sont insérées.

Pour tempérer cependant la portée d'un contrat, il échet de rappeler qu'un tribunal a toujours possibilité de requalifier juridiquement une convention s'il estime que la qualification donnée par les parties ne serait pas exacte. De même, suivant l'article 1156 du Code civil, les juridictions doivent dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. Les articles 1157 à 1164 du même code comportent des directives auxiliaires devant guider le juge dans sa tâche consistant à rechercher la volonté des parties. Enfin, un contrat ne pourra en toute hypothèse aller à l'encontre des dispositions légales qui seront reconnues comme étant d'ordre public. A titre d'exemple, la législation en matière de vente en état futur d'achèvement ne permet que peu d'adaptation alors que dans un but de protection de l'acquéreur, le législateur a prévu de nombreux mécanismes obligatoires ne permettant pas une quelconque adaptation.