



Chapitre d'actes

2009

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

## Jonction et coordination des contrats en droit de la construction

---

Marchand, Sylvain

### How to cite

MARCHAND, Sylvain. Jonction et coordination des contrats en droit de la construction. In: Journées suisses du droit de la construction. Fribourg. Fribourg : Institut pour le droit suisse et international de la construction, 2009. p. 97–118.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:10752>

# Jonction et coordination des contrats en droit de la construction

---

*Sylvain Marchand, Professeur aux Universités de Genève et de Neuchâtel*

---

## I. Un concept et un constat

- A Le concept
- B Le constat
- C Le contrat

## II. Les clauses de jonction en aval

- A Notion
- B Exemple
- C Intégration
- D Translation
- E Prétentions
- F Information
- G Modifications
- H Contradictions
- I Objections

## III. Les clauses de jonction en amont

- A Notion
- B Exemple
- C Information
- D Sanctions
- E Prétentions

## IV. Les clauses de coordination financières

- A Notion
- B La clause « pay when paid »
- C La clause « pay if paid »
- D Distinction
- E Obligation de bonne foi de l'entrepreneur général
- F Validité de la clause "pay if paid".
- G Dissociation des paiements
- H Contrôle par le maître de l'ouvrage des paiements faits aux sous-traitants

## V. Les clauses de coordination temporelles

- A L'organisation du chantier
- B L'intervention à la demande
- C Limites de la disponibilité du sous-traitant
- D Clause de coordination des acceptations
- E Clause de coordination des durées

## VI. La coordination des clauses pénales

- A L'effet translatif des clauses pénales
- B Remarques critiques
- C Coordination des clauses pénales
- D Dissociation des clauses pénales

## VII. Conclusion : partition pour un chef d'orchestre

## I. Un concept et un constat

### A Le concept

Les juristes du droit de la construction naviguent à vue entre un concept et un constat.

Le concept, c'est celui de la relativité du contrat<sup>1</sup>. Le contrat ne crée de droits et d'obligations que pour les parties au contrat. Les chaînes de contrats ou les complexes de contrats ne sont pas appréhendés par le droit privé.

Les différents acteurs de ces configurations contractuelles collaborent à la réalisation d'un même ouvrage, travaillent quotidiennement ensemble sur un même chantier, œuvrent de concert, mais ne sont rien les uns pour les autres tant qu'ils ne sont pas directement liés par un contrat. Le sous-traitant ignore le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur général se désintéresse de la fourniture des matériaux par le maître, le sous-traitant n'est pas concerné par la question de savoir si l'entrepreneur général est payé, le maître de l'ouvrage n'a pas à savoir si l'entrepreneur paie les sous-traitants. Telle est la surréaliste approche juridique du monde de la construction<sup>2</sup>.

### B Le constat

Le constat, c'est que construction immobilière repose sur un enchevêtrement de contrats qui sont tous interdépendants. Que la faute de l'un conduit à la responsabilité de l'autre; que le flux des paiement doit rester ininterrompu, du maître de l'ouvrage au dernier des fournisseurs; que le retard d'un sous-traitant est une onde de choc qui passe d'un contrat à l'autre comme un électron dans un réseau électrique.

Qu'importe la couleur des fils et les disjoncteurs, le plus petit court-circuit menace l'ensemble du réseau. Il n'est pas un intervenant sur le chantier qui ne soit lié aux autres par un subtil lien d'intérêts et de risques communs.

### C Le contrat

Nous avons déjà proposé, il y a de longues années et sans l'ombre d'un succès, une réflexion sur la création de droits directs entre le maître de l'ouvrage et les sous-traitants<sup>3</sup>. Après tout, de tels droits directs existent en matière de droit du mandat et de droit du transport, sans compromettre le sacro-saint principe de la relativité du contrat. Dix ans plus tard, cette proposition reste lettre morte.

<sup>1</sup> Le principe de la relativité des contrats est le principe selon lequel le contrat n'a d'effet que pour les parties au contrat. Ce principe n'est pas codifié en droit suisse, mais est consacré par la jurisprudence (notamment ATF 120 III 112; plus spécifiquement en droit de la construction, voir Tribunal fédéral du 8.7.2005 (4C.88/2005) in BR 2006 p. 66). Selon GROSSEN, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, p. 121 ss : "le principe de la relativité des conventions relève de la dogmatique juridique. Il appartient et il incombe à la doctrine d'en définir l'exacte portée".

<sup>2</sup> Un exemple représentatif de cette vision des relations entre les parties est exprimée par le Tribunal cantonal du Valais, dans un arrêt du 19 mai/3 juin 1992, publié in : ZWR 1992 p- 349 : « *Trotzdem sind Haupt- und Untervertrag -- soweit nicht die Parteien gerade etwas anderes vereinbart haben -- völlig unabhängige Verträge (Cerutti, Nr. 199; Gauch, Nr. 129), weshalb zwischen dem Erst- und dem Drittkontrahenten keine schuldrechtlichen Beziehungen bestehen, und der Erstkontrahent namentlich keinen Erfüllungsanspruch gegen den Drittkontrahenten besitzt (Cerutti, Nr. 18, 101; Gauch, Nr. 136).* »; voir également CHAIX, CR CO I, art. 363, N 34 ss. Cet auteur s'est livré à une critique motivée de l'absence de droit direct du maître contre le sous-traitant dans sa thèse de doctorat: CHAIX, Le contrat de sous-traitance en droit suisse, Thèse Genève 1995.

<sup>3</sup> MARCHAND/CHAIX, Le droit direct du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, DC 3/97, p. 76.

Il en faudrait plus pour nous décourager: la force du droit privé est que la puissance souveraine du législateur trouve un sérieux concurrent dans l'imagination créatrice des rédacteurs de contrat. Au de-là du concept et du constat, il y a le contrat : qu'importent les insuffisances du droit, si le contrat y supplée.

Le principe de la liberté contractuelle est la panacée du droit privé.

## II. Les clauses de jonction en aval

### A Notion

Les clauses de jonction les plus classiques se trouvent dans le contrat de sous-traitance. Les anglo-saxons les qualifient de « *Subcontract flow-through Clause* ». Nous avons proposé la traduction de « *clause de jonction en aval* »<sup>4</sup>.

Une clause de jonction en aval est une disposition du contrat de sous-traitance selon laquelle les dispositions du contrat principal sont applicables au contrat de sous-traitance par renvoi. Ces clauses se justifient notamment par le fait qu'elles correspondent à l'expectative raisonnable et légitime de l'entrepreneur général, qui est que le sous-traitant livre un ouvrage conforme au contrat principal.

La clause de jonction en aval peut rester purement technique, et consister en une simple intégration des spécifications techniques du contrat principal dans le contrat de sous-traitance. Il arrive cependant souvent que la « *subcontract flow-through clause* » ne distingue pas entre règle technique et règle légale, et renvoie globalement au contrat principal. Pour affiner notre classification des clauses, il convient alors de distinguer :

- la clause de jonction en aval technique (« *technical subcontract flow-through clause* »), qui n'a pour but que d'imposer au sous-traitant les spécifications techniques du contrat principal;
- la clause de jonction en aval globale (« *global subcontract flow-through clause* »), qui a pour but de rendre toutes les dispositions du contrat principal applicables à la relation entre l'entrepreneur général et le sous-traitant.

En cas de clause de jonction en aval globale, l'ensemble de la relation contractuelle entre l'entrepreneur général et le maître de l'ouvrage est translatée dans les relations entre l'entrepreneur général et le sous-traitant. Cette translation n'implique pas seulement que l'ouvrage du sous-traitant soit conforme à l'ouvrage devant être livré au maître : c'est l'ensemble des clauses du contrat principal relatives aux moyens de droit, garanties, responsabilités, clause de résolution des litiges, droit au paiement, obligations de souscrire à des assurances, échéancier d'exécution, ou encore possibilités de résiliation du contrat, qui sont imposées au sous-traitant par l'effet de cette clause de jonction en aval globale.

---

<sup>4</sup> Sur nos propositions de traduction en français de clauses plus connues sous leurs appellations anglaises, voir MARCHAND, *Clauses contractuelles, du bon usage de la liberté contractuelle*, Helbing & Lichtenhahn, 2008, Répertoire des clauses et documents, p. 273. Une partie importante des clauses qui sont citées à titre d'exemple ci-après sont extraites de cet ouvrage. On trouve également une bonne description de ces diverses clauses dans l'article de Richard Gary THOMAS, au titre évocateur : *Killer Subcontractor clauses*, publié en 2008 sur le site de l'Etude Thomas, Feldman & Wilshusen à Dallas.

## B Exemple

Une clause de jonction en aval globale peut avoir la formulation suivante:

*The provisions of the Prime contract, plans, specifications, addendums, change orders, and other documents that comprise the Prime contract are incorporated into this Subcontract with the same force and effect as though set forth in full.*

Les dispositions du Contrat principal, les plans, spécifications, addendums, ordres de modification, et tout autre document faisant partie intégrante du Contrat principal, sont inclus dans ce Contrat de sous-traitance, avec le même effet que si le texte de ces documents avait été repris in extenso dans Ce contrat de sous-traitance.

Une clause de jonction en aval technique peut avoir la formulation suivante:

*The Contract Documents for this Subcontract consists of this Agreement and of Exhibits A to D (Drawings) ad E to S (Specifications) to the Agreement between the Owner and Contractor dated\_\_\_\_, and all Modifications issued subsequent thereto, which are an integral part of this Subcontract.*

Les documents contractuels de ce Contrat de sous-traitance sont ce Contrat, et les annexes A à D (dessins) et E à S (spécifications) du Contrat entre le Maître d'ouvrage et l'Entrepreneur général du \_\_\_\_, ainsi que toutes modification subséquentes de ces documents, qui font partie intégrante de ce Contrat de sous-traitance.

## C Intégration

Par ces clauses, les dispositions du contrat principal entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur général sont intégrées dans le contrat de sous-traitance. Au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'intégration des conditions générales dans un contrat<sup>5</sup>, il n'est pas nécessaire que le sous-traitant ait contresigné, ou même eu connaissance, des clauses du contrat principal: il suffit que le renvoi à ces clauses soit clairement indiqué dans le contrat de sous-traitance, et que le contrat principal soit au minimum accessible au sous-traitant s'il demande de le consulter.

En revanche, la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'intégration des clauses insolites des conditions générales n'est à notre avis pas applicable *mutatis mutandis* dans le cas d'une clause de jonction en aval: il s'agit d'une jurisprudence dont le but est la protection des consommateurs ou de la partie réputée faible<sup>6</sup>. Il n'y a pas lieu de la reprendre dans le cadre d'un contrat entre des professionnels.

## D Effet de translation

L'effet de translation des clauses du contrat principal dans le contrat de sous-traitance implique que l'entrepreneur général peut faire valoir contre le sous-traitant la violation des clauses du contrat principal intégrées dans le sous-contrat.

<sup>5</sup> ATF 109 II 456 c. 4; ATF 108 II 418 c. 1b

<sup>6</sup> ATF 119 II p. 443.

Selon des décisions judiciaires américaines, la clause « *flow-through* » implique que, dans ses relations avec le sous-traitant, l'entrepreneur peut en principe demander une indemnisation équivalente à celle qui lui est demandée par le maître de l'ouvrage sur la base du contrat principal<sup>7</sup>. Tel n'est cependant pas le cas si la clause « *flow-through* » ne concerne que la description de l'ouvrage (clause de jonction en aval technique) et non les moyens de droit des parties (Clause de jonction en aval globale)<sup>8</sup>. La logique de cette jurisprudence doit également prévaloir en droit suisse, dans la mesure où cela correspond à la volonté exprimée par les parties dans la clause de jonction.

La question de savoir si une clause de jonction en aval implique que la *clause compromissoire*, la *clause d'élection de for*, ou la *clause d'élection de droit* du contrat principal devient opposable au sous-traitant est une question d'interprétation qui ne peut faire l'objet d'une réponse de principe. Les auteurs considèrent avec raison qu'en cas d'incertitude, la clause de jonction ne doit pas avoir l'effet de rendre une clause de règlement des litiges se trouvant dans le contrat principal opposable au sous-traitant<sup>9</sup>. Si telle est la volonté des parties, cette volonté doit être indiquée expressément dans la clause de jonction, qui peut être complétée ainsi:

(...) Art. \_\_\_\_ of the Prime contract (dispute resolution) being included.

(...), y compris l'article \_\_\_\_ (résolution des litiges) de ce Contrat principal.

## E Préentions

Les clauses de jonction en aval ne modifient pas l'identité des parties et le principe de la relativité du contrat. Selon ce principe, le maître de l'ouvrage n'a aucune prétention directe contre le sous-traitant, même si ce dernier a accepté l'application des clauses du contrat principal.

Un tel droit direct peut cependant être expressément prévu par le contrat de sous-traitance. Il s'agit alors d'une stipulation pour autrui parfaite<sup>10</sup> dont le promettant est le sous-traitant, le stipulant l'entrepreneur général, et le bénéficiaire le maître de l'ouvrage. Le sous-traitant peut en revanche opposer au maître les exceptions et objections dont il dispose à l'égard de l'entrepreneur général<sup>11</sup>. Les droits ainsi conférés au maître de l'ouvrage deviennent irrévocables dès que celui-ci déclare au débiteur qu'il entend en user<sup>12</sup>.

*The Principal shall enjoy the same rights and guarantees in relation to the Sub-contractor as the Contractor enjoys in relation to the Subcontractor.*

Le Maître de l'ouvrage bénéficiera des mêmes droits et garanties dont bénéficie l'Entrepreneur général selon ce Sous-contrat, et pourra faire valoir ces droits et garanties à l'encontre du Sous-traitant au même titre que l'Entrepreneur général.

<sup>7</sup> WHITTLE v. PAGANI BROS Const. Co 422, N.E.2d, 779, 799 (1981); *Binswanger Glass Co. v. BEERS Constr. Co* 234 S.E.2d 363, 365 (Ga. App. 1977). Sur la question de la clause pénale du contrat principal, voir infra VI.

<sup>8</sup> *Howe v. LEVER BROS. Co* 851 S.W.2d 769, 774 (Mo. Ct.App 1993).

<sup>9</sup> GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4<sup>e</sup> éd., N 155. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral sur l'extension des clauses compromissoires à des tiers laisse cependant présager qu'un sous-traitant informé de l'existence de la clause compromissoire se trouvant dans le contrat principal soit obligé par cette clause : ATF 129 III 727; ATF 120 II 155; ATF 128 III 50.

<sup>10</sup> Art. 112 al. 2 CO; MARCHAND/CHAIX, *Le droit direct du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant*, DC 3/97, p. 76.

<sup>11</sup> ATF 92 II 10

<sup>12</sup> Art. 112 al. 3 CO

## F Information

Dès lors que les dispositions du contrat principal sont applicables en tout ou en partie au contrat de sous-traitance, le sous-traitant doit sinon en avoir connaissance du moins avoir la possibilité d'en prendre connaissance. Une clause de jonction prévoyant que le contrat principal n'est pas accessible au sous-traitant ne pourrait opérer valablement l'effet d'intégration du contrat principal dans le contrat de sous-traitance<sup>13</sup>. Il est dès lors utile de prévoir dans la clause elle-même que les dispositions du contrat principal sont à la disposition du sous-traitant :

*All of the above documents are part of this Subcontract and shall be available for inspection by Subcontractor upon his request.*

Tous les documents susmentionnés font partie intégrante de ce Sous-contrat et sont disponibles pour consultation par le Sous-traitant à sa demande.

Cette condition de mise à disposition doit être prise en compte par l'Entrepreneur général lors de la rédaction du contrat principal : si celui-ci contient une clause de confidentialité, il est indispensable de limiter les effets de cette clause en réservant le droit des sous-traitants de consulter le contrat. Le contrat principal où se trouve la clause de confidentialité peut alors être complété comme suit:

*Notwithstanding the provisions of clause [ ], Contractor shall not be required to obtain the prior consent of the Owner in respect of the disclosure of the terms and conditions of the Agreement, and/ or of any other information related to the Agreement, to sub-contractors, provided that they all shall be required to undertake to keep such information confidential and provided further that Contractor shall use reasonable endeavours to ensure compliance with such undertaking.*

Malgré les dispositions de l'article [ ], L'Entrepreneur général n'aura pas besoin d'obtenir l'accord préalable du Maître de l'ouvrage pour communiquer les termes et conditions de ce Contrat, et/ou toute autre information relative à ce Contrat, à ses sous-traitants, dans la mesure cependant où les personnes auxquelles ces informations sont divulguées prennent l'engagement d'en conserver le caractère confidentiel, et où l'Entrepreneur général ayant communiqué ces informations s'assure du respect de cet engagement.

## G Modifications

Il arrive fréquemment que les modalités de réalisation de l'ouvrage soit modifiées en cours de réalisation, par des instructions du maître de l'ouvrage<sup>14</sup>. Il appartient à l'entrepreneur général d'indiquer dans son contrat avec le maître de l'ouvrage quelles sont les procédures utiles pour l'enregistrement de ces modifications, et les conséquences de telles modifications sur le coût de l'ouvrage.

<sup>13</sup> Voir supra let. D: intégration.

<sup>14</sup> L'obligation de diligence de l'entrepreneur le contraint à admettre des modifications de commande lorsque celles-ci ne modifient pas l'aspect général de l'ouvrage. GAUCH, der Werkvertrag, 4<sup>e</sup> éd. N 774 ss. L'entrepreneur général a cependant droit à une rémunération supplémentaire (Tribunal fédéral, 17 novembre 2007, 4C-16/2006, DC 2007 p. 60). Ces principes peuvent être reportés dans la relation entre l'entrepreneur et le sous-traitant.

En présence d'une clause de jonction en aval, il est également nécessaire que cette modification soit reportée dans les relations entre l'entrepreneur général et le sous-traitant. Cette répercussion peut être automatique, comme le montrent les exemples de clauses de jonction en aval proposés ci-dessus ("*...and all Modifications issued subsequent thereto*"). Encore faut-il cependant que le sous-traitant soit informé de ces modifications et qu'il les ait acceptées. A défaut, il pourrait remettre en cause l'intégration de ces modifications dans le contrat de sous-traitance.

*Any change orders, addendums or amendment to the Prime contract shall be duly submitted to the Subcontractor.*

Tout ordre de modification, addendum, ou amendement au Contrat principal sera communiqué au Sous-traitant.

Reste à indiquer les conséquences de ces modifications en termes de coûts et d'échéancier<sup>15</sup>. Il est souvent difficile de prévoir à l'avance un système d'indexation, en raison du caractère imprévisible des modifications requises par le maître de l'ouvrage. Une certaine flexibilité dans la négociation de ces conséquences est donc souvent une solution préférable, même si l'effet de ces modifications sur le contrat principal doit rester l'instrument de référence:

*Costs associated with changes and effects of changes on the agreed schedule of Work shall be subject to negotiation in good faith between Contractor and Subcontractor, on the basis of the consequences of these changes on Prime contract as agreed by Subcontractor and Owner.*

Les coûts induits par les modifications, et les effets de ces modifications sur l'échéancier des Travaux, devront être négociés de bonne foi par l'Entrepreneur et le Sous-traitant, sur la base des conséquences de ces modifications sur le Contrat principal, telles qu'elles auront été convenues par l'Entrepreneur général et le Maître de l'ouvrage.

## H Contradictions

Le risque de la coexistence d'un contrat de sous-traitance et d'un contrat principal applicable par référence en vertu d'une clause de jonction en aval est celui d'une contradiction entre les dispositions du contrat principal et les dispositions du contrat de sous-traitance. Une telle contradiction conduit à ce que la volonté des parties ne puisse plus être déterminée par le juge, qui complètera le contrat d'une façon souvent imprévisible. Pour éviter le recours à une interprétation judiciaire, il est donc utile d'intégrer dans le contrat de sous-traitance une clause de priorité des documents contractuels:

<sup>15</sup> En l'absence de clause de jonction spécifique, la modification du contrat principal n'entraîne pas de modification du contrat de sous-traitance, et n'implique donc pas un droit du sous-traitant à une rémunération supplémentaire: Tribunal fédéral du 8.7.2005 (4C.88/2005) in BR 2006 p. 66.

*Precedence. In the event of any conflict between the following documents, the order of precedence between them shall be as follows : The provisions of the Prime contract included herein by reference; the provisions of the Subcontract, without Annexes; The Annexes; Other documents included herein by reference.*

Ordre de priorité des documents contractuels. En cas de contradiction entre les documents contractuels, l'ordre de priorité entre ces documents sera le suivant : les dispositions du Contrat principal intégrées à ce Contrat de sous-traitance par référence; ce Contrat de sous-traitance sans ses Annexes; les Annexes; tout autre document intégré au contrat par référence.

## I Objections

Dès lors que le contrat de sous-traitance est soumis aux dispositions du contrat principal, il est prudent pour le sous-traitant de demander à être mis au bénéfice des exceptions et objections dont dispose l'entrepreneur général dans sa relation avec le maître de l'ouvrage. En droit suisse, le maître ne peut invoquer les droits résultant du défaut de l'ouvrage lorsque l'exécution défectueuse lui est personnellement imputable à raison des ordres qu'il a donnés contrairement aux avis formels de l'entrepreneur, ou pour toute autre cause<sup>16</sup>. Dans l'hypothèse où le maître de l'ouvrage est responsable du défaut de l'ouvrage, l'entrepreneur pourrait être tenté de ne pas faire valoir cette exception pour ménager ses relations avec son client, et de tenir le sous-traitant pour responsable en raison de la clause de jonction. Le sous-traitant doit alors pouvoir exciper de la faute du maître de l'ouvrage, ce qu'il ne peut pas faire *de lege lata* dans sa relation avec l'entrepreneur général. Le contrat peut prévoir expressément cette possibilité.

*Subcontractor shall have the same rights, remedies and objections against the Contractor as the Contractor has against the Owner.*<sup>17</sup>

Le sous-traitant aura à l'égard de l'Entrepreneur général les mêmes droits, moyens de droit et objections dont l'Entrepreneur général dispose à l'égard de Maître de l'ouvrage.

## III. Les clauses de jonction en amont

### A Notion

La clause de jonction en amont (« *Prime contract flow-through clause* ») poursuit un but similaire à celui de la clause de jonction en aval: il s'agit de rendre applicable dans la relation entre l'entrepreneur général et le sous-traitant les dispositions du contrat principal. Elle peut se limiter aux dispositions techniques du contrat principal (clause de jonction en amont technique; *technical prime contract flow-through*) ou viser l'ensemble des dispositions du contrat principal, y compris les dispositions de nature juridique (clause de jonction en amont global; *Glogal prime contract flow-through*)

A l'inverse de la clause de jonction en aval, la clause de jonction en amont se trouve dans le contrat principal entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur général<sup>18</sup>. La clause de jonction en

<sup>16</sup> Art. 369 CO.

<sup>17</sup> Cette réserve est proposée par Richard Gary THOMAS in : Killer Subcontractor clauses, publié en 2008 sur le site de l'Etude Thomas, Feldman & Wilshusen à Dallas.

<sup>18</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 4<sup>e</sup> éd., N 182 semble réserver le concept de clause «*flow-through*» à cette situation. La jurisprudence américaine utilise aussi cette terminologie pour les clauses insérées dans les contrats de sous-traitance, que nous avons qualifiées de clauses de jonction en aval.

amont n'a donc pas un effet direct d'intégration des dispositions du contrat principal dans le contrat de sous-traitance, mais implique une obligation de l'entrepreneur général à l'égard du maître de l'ouvrage d'incorporer dans les contrats de sous-traitance une clause d'incorporation des dispositions du contrat principal.

L'intégration dans le contrat de sous-traitance d'une clause de jonction en aval peut donc être la conséquence d'un engagement pris par l'entrepreneur général à l'égard du maître de l'ouvrage par une clause de jonction en amont. L'intérêt du maître de l'ouvrage à de telles clauses réside dans l'assurance que les sous-traitants qui interviendront sur l'ouvrage seront soumis au même cadre contractuel que celui qu'il a convenu avec l'entrepreneur général. La clause de jonction en amont confère donc au maître de l'ouvrage une maîtrise indirecte sur la rédaction des contrats de sous-traitance.

## B Exemple

Une clause de jonction en amont peut être formulée de façon très générale.

*The terms on any Subcontract shall be subject to the provisions of this Contract.*

Les Sous-contrats seront soumis aux dispositions du Contrat principal.

Exprimée de façon aussi objective, une telle clause peut créer une ambiguïté sur la question de savoir si elle impose une obligation à l'entrepreneur général. Il est donc préférable de rédiger la clause sous la forme d'un engagement de l'entrepreneur général à l'égard de maître de l'ouvrage :

*The Contractor shall cause the provisions of the subcontract to be as similar as possible to those of this Contract.*

L'Entrepreneur général s'engage à conclure des contrats de sous-traitance dont les modalités, conditions, garanties et moyens de droit seront aussi proches que possible de ceux du Contrat principal.

Il est également possible de lier la clause de jonction en amont avec l'autorisation de sous-traitance. En droit suisse, l'article 364 al. 2 CO impose à l'entrepreneur général une obligation d'exécution personnelle lorsque l'ouvrage lui a été confié en raison de ses aptitudes personnelles. Il n'impose cependant à l'entrepreneur général que de faire exécuter l'ouvrage sous sa direction personnelle. La norme SIA 118 est plus restrictive, puisqu'elle prévoit que l'entrepreneur doit en principe exécuter lui-même les travaux de construction<sup>19</sup>. Selon cette norme, l'entrepreneur ne peut faire appel à un sous-traitant qu'avec le consentement exprès du maître. Il arrive cependant fréquemment aux parties de déroger à ces obligations, soit implicitement en raison de la nature de l'ouvrage qui ne nécessite pas d'aptitudes personnelles, soit expressément<sup>20</sup>. Ces dérogations expresses au principe de l'exécution personnelle peuvent simplement autoriser le recours aux sous-traitants, ou réglementer plus en détail ce recours, par exemple en autorisant le maître de l'ouvrage à choisir lui-même un ou plusieurs sous-traitants<sup>21</sup>. Une autre possibilité contractuelle est de lier la clause de sous-traitance à une clause de jonction en amont, comme dans l'exemple suivant :

<sup>19</sup> SIA-118 29 III ; Voir Carron, La "SIA 118" pour les non-initiés Journées suisses du droit de la construction - Fribourg 2007, p. 24.

<sup>20</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 4<sup>e</sup> éd., N 618

<sup>21</sup> Voir l'arrêt du 27 janvier 1992 du Tribunal cantonal valaisan, confirmé par le Tribunal fédéral, et publié in ZWR 1992 p. 349.

*Contractor retains the right to subcontract all or any portion of the Work at its discretion, provided however that The terms on any Subcontract shall be subject to the provisions of this Contract.*

L'entrepreneur général aura le droit de sous-traiter tout ou partie de l'ouvrage à sa discrétion, à condition toutefois que les contrats de sous-traitance soient soumis aux dispositions du contrat principal.

## C Information

Contrairement aux clauses de jonction en aval, les clauses de jonction en amont ne nécessitent pas nécessairement que les contrats de sous-traitance soient soumis au maître de l'ouvrage : il appartient à l'entrepreneur général d'exécuter son obligation lors de la préparation des contrats de sous-traitance, et le maître de l'ouvrage peut se contenter d'un contrôle *a posteriori*, lors de la livraison de l'ouvrage, uniquement si l'ouvrage livré ne correspond pas aux spécifications du contrat principal.

Il peut cependant être utile pour le maître de l'ouvrage de se réserver un droit de regard sur les contrats de sous-traitance, pour vérifier si l'entrepreneur général a bien exécuté l'obligation découlant de la clause de jonction en amont. Ce droit de regard permet au maître de l'ouvrage de faire valoir des moyens de droit anticipés, sans attendre la livraison de l'ouvrage final. Un tel droit de regard peut être formulé de la façon suivante :

*The Subcontracts shall be available for inspection by Owner upon his request.*

Les Contrats de sous-traitance seront mis à la disposition du Maître de l'ouvrage pour consultation à sa demande.

Le maître de l'ouvrage peut aller plus loin dans son contrôle des contrats de sous-traitance, et les soumettre à son approbation. Dans ce cas, il est nécessaire d'imposer à l'entrepreneur général d'inclure une condition suspensive dans les contrats de sous-traitance, pour éviter la situation de blocage dans laquelle un contrat de sous-traitance serait conclu sans avoir obtenu l'approbation du maître.

*Contractor shall cause the Subcontracts to be submitted to the condition precedent of the Owner's approval. The Subcontracts shall enter into force upon written approval by Owner.*

L'Entrepreneur général s'engage à soumettre chaque contrat de sous-traitance à la condition suspensive de son approbation par le Maître de l'ouvrage. Le Contrat de sous-traitance n'entrera en vigueur que lorsqu'il aura été approuvé par écrit par le Maître de l'ouvrage.

Une telle maîtrise du maître de l'ouvrage sur la gestion des contrats de sous-traitance n'est pas sans inconvénient pour l'entrepreneur général qui assume la responsabilité de l'organisation du chantier, sans avoir la liberté d'action qui correspond à cette responsabilité.

## D Sanctions

De façon générale, le dommage causé par le fait que la partie intermédiaire ne respecte pas l'engagement résultant d'une clause de jonction en amont est souvent difficile à établir, et se confond avec le fait que l'entrepreneur général ne livre pas un ouvrage conforme au contrat principal.

La violation de la clause de jonction en amont peut cependant avoir des conséquences qui lui sont propres :

- *En général.* La violation par l'entrepreneur principal de la « *Prime contract flow-through clause* » permet au client final de prévoir avec certitude que l'ouvrage final ne sera pas conforme, lorsque cette violation porte sur les spécifications techniques de l'ouvrage. Une telle situation confère au maître de l'ouvrage les moyens de droit anticipés prévus par le droit applicable au contrat principal. En droit suisse, l'article 366 al. 2 CO permet au maître de l'ouvrage de résoudre ou résilier<sup>22</sup> le contrat lorsqu'il apparaît avec certitude que l'ouvrage livré sera défectueux<sup>23</sup>. La violation par l'entrepreneur général d'une clause de jonction en amont peut également conduire à une perte de confiance entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, justifiant une résiliation pour juste motif du contrat principal<sup>24</sup>.
- *Clauses de jonction en amont conditionnant la sous-traitance.* Lorsque la clause de jonction en amont a été formulée comme une condition de la sous-traitance, sa violation a pour conséquence que la sous-traitance constitue une violation du contrat. Selon le Tribunal fédéral, le maître de l'ouvrage peut mettre en demeure l'entrepreneur de s'exécuter personnellement ou de sous-traiter en respectant la condition posée par le contrat principal. A défaut, le maître de l'ouvrage peut résoudre le contrat en application de l'article 107 CO<sup>25</sup>.
- *Clauses de jonction en amont soumettant les contrats de sous-traitance à l'approbation du maître de l'ouvrage.* Le contrat de sous-traitance qui n'a pas été approuvé par le maître de l'ouvrage n'entre pas en vigueur. Il appartient dès lors à l'entrepreneur de renégocier avec le même sous-traitant ou avec un nouveau sous-traitant un contrat de sous-traitance répondant aux exigences de la clause de jonction en amont. Le retard induit par ce contretemps est imputable à l'entrepreneur général, dès lors que le refus d'approbation par le maître de l'ouvrage était justifié par une violation de la clause de jonction en amont.

## E Prétentions

En droit suisse du mandat, le mandant dispose d'un droit direct contre le sous-mandataire<sup>26</sup>. Ce droit direct permet au mandant de faire valoir ses prétentions directement contre le sous-mandataire sans passer par le mandataire principal. Il évite ainsi les prétentions en cascade du mandant contre le mandataire, puis du mandataire contre le sous-mandataire.

Il n'existe pas de règle équivalente en droit suisse en matière de contrat d'entreprise. En conséquence, le maître de l'ouvrage ne peut faire valoir aucune prétention contractuelle directement contre le sous-traitant. Les fautes du sous-traitant sont imputables à l'entrepreneur général<sup>27</sup>, qui en répond seul à l'égard du maître de l'ouvrage.

Les parties peuvent déroger par contrat à cette solution légale, en prévoyant des droits directs entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Une clause de jonction en amont peut inclure une telle solution contractuelle, en prévoyant non seulement que le contrat de sous-traitance devra contenir les mêmes dispositions que le contrat principal, mais également que le maître de l'ouvrage pourra se prévaloir directement de ces dispositions à l'encontre du sous-traitant :

<sup>22</sup> Seule la résiliation (sans effet rétroactif) est possible lorsque l'ouvrage est un ouvrage immobilier érigé sur le fonds du maître ou sur le point d'être terminé (CHAIX, CR CO I, art. 366, N 22). Dans les autres cas, le maître de l'ouvrage peut choisir entre résolution et résiliation (ATF 116 II 450).

<sup>23</sup> Cette règle correspond à un principe général du droit, exprimé notamment à l'art. 8:105 des principes du droit européen des contrats et à l'art. 7.3.3 des principes Unidroit relatifs au contrats de commerce international

<sup>24</sup> Sur le principe général, ATF 128 III 428. Sur son application à un contrat d'entreprise, CHAIX, CR CO I, art. 377 N 18.

<sup>25</sup> ATF 103 II 52.

<sup>26</sup> Art. 399 al. 3 CO

<sup>27</sup> CHAIX, CR CO I, art. 363, N 39.

*The Contractor shall include in any sub-contract provisions enabling the Principal to enjoy the same rights and guarantees in relation to sub-contractors as it enjoys in relation to the Contractor.*

L'Entrepreneur général intégrera dans chaque sous-contrat des dispositions permettant au Maître de l'ouvrage de jouir directement à l'égard des sous-traitants des moyens de droit et garanties dont il jouit à l'égard de l'Entrepreneur général.

Une telle clause contractuelle ne crée pas en soi un droit direct du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, mais impose à l'entrepreneur général l'obligation d'insérer dans les contrats de sous-traitance une clause de jonction en aval intégrant un tel droit direct. La situation juridique est dès lors très différente suivant que l'entrepreneur général respecte ou ne respecte pas cette obligation.

- *Si l'entrepreneur respecte cette obligation*, la clause ainsi intégrée dans le contrat de sous-traitance doit être considérée comme une stipulation pour autrui parfaite du sous-traitant en faveur du maître<sup>28</sup>. La clause confère au client final le droit d'agir directement contre le sous-traitant. Les modalités de règlement du litige entre le client final et le sous-traitant (clause compromissoire, clause de médiation, élection de droit, élection de for) ne sont cependant celles du contrat principal que si le contrat de sous-traitance le prévoit expressément ou si la connaissance par le sous-traitant de ces clauses de règlement des litiges implique qu'il les a tacitement acceptées<sup>29</sup>.
- *Si l'entrepreneur général viole cette obligation*, le maître de l'ouvrage n'acquiert aucun droit contre les sous-traitants. Ses droits contre l'entrepreneur général ne sont pas augmentés, puisque par nature, l'entrepreneur général répond déjà des actes de ses auxiliaires comme des siens. La violation de cette obligation par l'entrepreneur général peut cependant constituer un juste motif de résiliation du contrat principal.

## IV. Les clauses de coordination financières

### A Notion

Alors que les clauses de jonction tendent à rendre applicable aux contrats de sous-traitance les dispositions du contrat principal, les clauses de coordination n'ont d'autre but que d'organiser la coexistence de ces différents contrats.

Une question pour laquelle cette coexistence peut être délicate est celle des paiements. Il est nécessaire au bon fonctionnement du chantier d'organiser le flux régulier des paiements du maître de l'ouvrage jusqu'au dernier des sous-traitants. Les clauses de coordination des paiements sont des clauses qui tendent à lier les paiements aux différents niveaux de la structure contractuelle.

### B La clause « *pay when paid* »

Le lien entre les paiements effectués aux différents niveaux de la structure contractuelle peut être limité à la question de la date d'exigibilité. L'entrepreneur général peut ainsi lier le moment de l'exigibilité des créances des sous-traitants aux paiements fait par le maître de l'ouvrage. Il s'agit de la clause « *pay when paid* » parfois utilisée dans les contrats de construction.

<sup>28</sup> Aer. 112 al. 2 CO; MARCHAND/CHAIX, Le droit direct du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, DC 3/97, p. 76.

<sup>29</sup> Sur les principes gouvernant l'extension d'une clause compromissoire à un tiers, voir ATF 129 III 727.

*Upon receipt of payment from the Owner, the Contractor will pay the Subcontractor without unreasonable delay.*

L'Entrepreneur général paiera le Sous-traitant dans un délai raisonnable dès qu'il aura reçu le paiement du Maître de l'ouvrage.

La clause « *pay when paid* » n'a d'effet que sur le moment de l'exigibilité du paiement au sous-traitant, et non sur l'existence du droit au paiement. Lorsqu'il apparaît clairement que le client final ne paiera pas, le sous-traitant retrouve le droit de se faire payer<sup>30</sup>.

### C La clause « *pay if paid* »

Le lien entre les paiements intervenant aux différents niveaux de la structure contractuelle peut également être exprimé sous forme de condition d'exigibilité. Le lien est alors beaucoup plus radical, et implique que le sous-traitant n'est payé que si le client final paie l'entrepreneur général. Le paiement par le maître de l'ouvrage est donc une condition suspensive du droit du sous-traitant d'être payé. De telles clauses sont connues sous le nom de clauses « *pay if paid* ».

*The Contractor shall be under no obligation to make any payment to the Subcontractor except to the extent that the Contractor has received funds from the Owner for the work performed by the Subcontractor; that is to say, the Subcontractor shall not be entitled to payment if for any reason, including the Owner's financial situation or lack of available funds, the Owner fails to pay the Contractor in accordance with the General Contract.*

L'Entrepreneur général n'aura aucune obligation de payer le Sous-traitant s'il n'est pas payé par le Maître de l'ouvrage pour l'ouvrage ou la partie de l'ouvrage réalisé par le Sous-traitant. En d'autres termes, l'Entrepreneur général sera libéré de son obligation de payer le Sous-traitant si, pour n'importe quelle raison que ce soit, y compris des difficultés financières ou des problèmes de liquidités, le Maître de l'ouvrage ne paie pas l'Entrepreneur général conformément au contrat principal.

La clause « *pay if paid* » peut être expressément formulée sous forme de condition suspensive.

*Receipt of payment from the Owner is a condition precedent to payment to Subcontractor and payment to Subcontractor will only be made after the Contractor is paid by Owner.*

L'obligation de l'Entrepreneur de payer le Sous-traitant est soumise à la condition du paiement de l'Entrepreneur par le Maître de l'ouvrage, et aucun paiement ne sera fait au Sous-traitant si et tant que ce paiement du Maître de l'ouvrage à l'Entrepreneur ne sera pas intervenu.

### D Distinctions

Il est parfois difficile de distinguer une clause « *pay when paid* » qui ne concerne que la date d'exigibilité des paiements dus aux sous-traitants, d'une clause « *pay if paid* », par laquelle le

<sup>30</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 4<sup>e</sup> éd., 1996, N 158.

paiement par le client final est une condition suspensive du droit du sous-traitant de se faire payer par l'entrepreneur général<sup>31</sup>.

Si la clause prévoit le paiement du sous-traitant au plus tard à la fin du chantier ou du contrat principal, ou au terme d'une procédure de recouvrement de l'entrepreneur général contre le client final, il s'agit clairement d'une clause « *pay when paid* ». Si la clause ne prévoit rien, il convient de déterminer si la volonté des parties était de faire supporter au sous-traitant le risque du non paiement ou de l'insolvabilité du client final.

En cas de doute, la clause est présumée être une clause « *pay when paid* »<sup>32</sup>.

## E Obligation de bonne foi de l'entrepreneur général

La clause « *pay if paid* » conditionne le droit du sous-traitant d'être payé au paiement effectué par le maître de l'ouvrage. Il s'agit donc d'une condition suspensive, qui est soumise en droit suisse à l'article 156 CO. Selon cette disposition la condition est réputée accomplie quand l'une des parties en a empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi.

La clause « *pay if paid* » n'est donc pas applicable si l'entrepreneur général est responsable de mauvaise foi du non-paiement par le maître de l'ouvrage<sup>33</sup>. Il n'existe pas de jurisprudence suisse sur l'étendue des obligations de bonne foi de l'entrepreneur général. Il nous semble qu'il doit effectuer toutes les démarches raisonnables, y compris l'inscription d'une hypothèque légale sur l'ouvrage réalisé et la poursuite en réalisation du gage qui en découle, pour obtenir le paiement du maître.

La question de savoir si le sous-traitant peut lui-même procéder à l'inscription d'une hypothèque légale est délicate, puisqu'il n'a pas de créance en paiement tant que la condition (le paiement par le maître de l'ouvrage) n'est pas survenue. Cela conduit à la question de la validité d'une clause « *pay if paid* » en droit suisse.

## F Validité de la clause «*pay if paid*»

La clause « *pay if paid* » a été considérée comme n'étant pas valable par les tribunaux américains<sup>34</sup>. Le motif de cette invalidité repose sur le caractère impératif de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, qui existe également en droit américain. L'effet de la clause « *pay if paid* » est en effet le même que celui d'une renonciation à l'hypothèque légale: si le maître de l'ouvrage ne paie pas l'entrepreneur général, la créance en paiement du sous-traitant n'est pas exigible, ce qui l'empêche de requérir l'inscription.

Il n'existe aucune jurisprudence suisse à cet égard. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est également impérative en droit suisse<sup>35</sup>, ce qui nous amène à penser qu'un raisonnement similaire à celui des Cours américaines pourrait être tenu par le Tribunal fédéral. Dans son analyse de la clause, GAUCH ne voit cependant aucun motif d'invalidité<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> CHAIX in : CR CO I - CHAIX, art. 363, N 37 indique qu'une clause « *pay when paid* » peut être soit une véritable condition, soit un terme de paiement. Dans le premier cas, la clause « *pay when paid* » est en réalité une clause « *pay if paid* ».

<sup>32</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 4<sup>e</sup> éd., N 159.

<sup>33</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 4<sup>e</sup> éd., N 159.

<sup>34</sup> Wm. R. Clarke Corporation v. Safeco Ins. Co. (June 26, 1997) 1997 D.A.R. 8247, avec néanmoins une opinion dissidente.

<sup>35</sup> Art. 837 al. 2 CC

<sup>36</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 4<sup>e</sup> éd., N 159.

## G Dissociation des paiements

Les parties au contrat de sous-traitance peuvent au contraire déconnecter le paiement dû au sous-traitant du paiement par le client final :

*This schedule of payments is strictly construed and is not conditioned upon Contractor first being paid by Owner.*

Cet échéancier des paiements devra être respecté strictement et ne sera pas dépendant de l'état des paiements du Maître de l'ouvrage à l'Entrepreneur général.

Une telle clause est évidemment tout à fait favorable au sous-traitant, mais fait courir à l'entrepreneur général le risque de devoir payer les sous-traitants sans avoir été payé par le maître de l'ouvrage. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneur réduit ce risque, en ce sens qu'elle garantit le paiement par le maître de l'ouvrage.

En l'absence de toute disposition contractuelle de coordination des paiements, les paiements dus par le maître de l'ouvrage et les paiements dus aux sous-traitants sont dissociés, du fait du principe de la relativité des contrats.

## H Contrôle par le maître de l'ouvrage des paiements faits aux sous-traitants

Du point de vue du maître de l'ouvrage, la question du paiement des sous-traitants par l'entrepreneur général peut être une question sensible. C'est notamment le cas dans un système juridique dans lequel, comme en droit suisse, les sous-traitants non payés disposent de prétentions contre le maître de l'ouvrage, à travers l'hypothèque légale des artisans et entrepreneur<sup>37</sup>. La clause suivante est souvent utilisée dans les contrats d'entreprise générale :

*If a subcontractor or material supplier has performed part of the Work or supplied material used in relation to the performance of the Work under this Construction Contract, the contractor shall pay to its subcontractors or material suppliers, within seven days of receipt by the contractor of each progress payment, the full amount due to such subcontractor or material supplier for the Work completed or material supplied. Further progress payments by the Owner to the Contractor shall be conditioned upon the Contractor providing to the Owner a receipt of payment by the subcontractor or material supplier for work completed or material supplied.*

Si un sous-traitant ou un fournisseur de matériaux intervient dans le cadre de la réalisation de l'Ouvrage, l'Entrepreneur général doit payer entièrement ce sous-traitant ou ce fournisseur dans un délai de sept jours dès réception du paiement de la tranche de travaux concernée par le Maître de l'ouvrage. Les paiements des tranches de travaux suivantes par le Maître de l'Ouvrage à l'Entrepreneur général pourront être conditionnés à la preuve par l'Entrepreneur général du paiement des sous-traitants ou des fournisseurs de matériaux pour les ouvrages ou tranches d'ouvrages réalisés ou pour les matériaux livrés.

Il est parfois prévu que le sous-traitant déclarera renoncer à toute hypothèque légale dès réception du paiement par l'entrepreneur générale. La clause peut être un moyen pour le maître de l'ouvrage de surveiller l'évolution des paiements (par la vérification des déclarations de

<sup>37</sup> Art. 837 al. 1 CC.

renonciation reçues), mais ne saurait valoir renonciation valable à l'hypothèque des artisans et entrepreneurs en raison du caractère impératif de ce mécanisme<sup>38</sup>:

*Each subcontractor or material supplier shall provide a waiver of any mechanic's or materialman's lien conditioned upon payment for the work completed or material supplied.*

Chaque sous-traitant ou fournisseur de matériaux fournira une renonciation à toute hypothèque légale, dès réception du paiement pour l'ouvrage réalisé ou pour les matériaux livrés.

Il peut enfin être prévu que le maître de l'ouvrage sera autorisé à payer directement un sous-traitant qui requiert l'inscription d'une hypothèque légale, et que ce paiement pourra être déduit des montants restant à payer à l'entrepreneur général.

*The Owner shall not pay directly a subcontractor, but with the written agreement of the Contractor, or in the event the subcontractor is filing a mechanic's lien conditioned upon payment for the work completed, if the Contractor does not provide the Subcontractor with a satisfactory suretyship within the meaning of SCC article 839 par. 3. Such payment made directly by the Owner to the subcontractor shall be deducted from the outstanding amounts to be paid by the Owner to the Contractor under this Contract.*

Le Maître d'ouvrage ne peut payer directement le sous-traitant ou le fournisseur avec effet libératoire qu'avec l'accord de l'Entrepreneur ou en cas de dépôt d'une requête en inscription d'une hypothèque légale par le Sous-traitant, si l'Entrepreneur, dûment avisé, ne fournit pas les sûretés prévues à l'article 839 al. 3 CC. Le montant de ce paiement direct sera déduit du montant devant encore être payé par le Maître de l'ouvrage à l'Entrepreneur général.

Cette solution permet au maître de l'ouvrage d'éviter que son immeuble ne soit grevé d'une hypothèque légale, sans supporter le risque financier de payer deux fois pour le même ouvrage. La compensation qu'elle implique suppose cependant que l'entrepreneur général n'ait pas encore été intégralement payé.

## V. Les clauses de coordination temporelles

### A L'organisation du chantier

Les complexes de contrats impliquent fréquemment des interventions qui doivent être coordonnées. Dans le cadre d'un contrat d'entreprise exécuté par des sous-traitants, chaque sous-traitant doit intervenir sur le chantier selon un programme de travail défini.

Ce programme ne doit pas être fixé de façon trop peu flexible, pour éviter que le retard d'un sous-traitant ne désorganise totalement le chantier. D'un autre côté, il n'est pas possible d'exiger du sous-traitant une totale disponibilité durant toute la durée du chantier.

### B L'intervention à la demande

Il existe différentes techniques de gestion des chantiers. Le contrat doit en toute hypothèse trouver un équilibre entre les nécessités d'une certaine flexibilité, et les limites de disponibilité des sous-traitants. Il est souvent prévu que les sous-traitants doivent intervenir à la demande de l'entrepreneur général, dans un certain délai qui leur est nécessaire pour s'organiser :

<sup>38</sup> Art. 837 al. 2 CC.

*Subcontractor shall not deliver any materials to the job site or commence work until notified to do so by Contractor. Subcontractor shall commence work within [ ] days after written notice from Contractor.*

Le Sous-traitant ne devra livrer aucun matériel sur le chantier, ni commencer les travaux, avant que l'Entrepreneur général lui en donne l'instruction. Le Sous-traitant commencera les travaux dans un délai de [ ] dès cette instruction écrite de l'Entrepreneur général.

Une telle clause rend la date de commencement des travaux par le sous-traitant incertaine. Cette flexibilité doit se retrouver dans la rédaction de l'échéancier fixé au sous-traitant, en ce sens que cet échéancier ne peut plus être exprimée en jours fixes, mais en périodes courant dès le *dies a quo* (date de commencement des travaux) ainsi déterminé par l'ordre de l'entrepreneur général. Cette durée peut être exprimée en jours de travail:

*After Subcontractor commences work, he will then complete the work within [ ] working days thereafter subject to excusable delays. Working days are defined as Monday through Friday inclusive, holidays excluded. Scheduling of work, as provided for in this subcontract, is based on acceptable industry standards.*

Les travaux devront être achevés dans un délai de [ ] jours ouvrables dès la date de leur commencement sous réserve de retards excusables. Les jours ouvrables sont le lundi jusqu'au vendredi inclus, à l'exclusion des jours fériés. Le programme des travaux prévu par ce sous-contrat est basé sur les standards acceptables de cette branche d'activité.

### **C Limites de la disponibilité du sous-traitant**

Le sous-traitant ne pouvant pas être indéfiniment disponibles, il convient de prévoir la situation dans l'hypothèse où le retard du chantier est tel que l'entrepreneur général ne peut faire appel à ses services dans un délai raisonnable.

*The subcontract provisions for price and time included herein shall be void at the option of the subcontractor, if subcontractor is not called upon to commence work within six (6) months from the date of the signing of this contract. Should this situation arise, subcontractor is relieved of any responsibility to perform under this subcontract agreement and shall be held harmless by contractor of any liability associated with his refusal to perform.*

Les dispositions de ce contrat de sous-traitance relatives au prix et aux délais pourront être annulées par le sous-traitant, si le sous-traitant n'a pas reçu l'instruction de commencer les travaux dans un délai de six (6) mois depuis la date de signature de ce contrat de sous-traitance. Dans ce cas, le sous-traitant sera libéré de son obligation d'exécuter ce contrat de sous-traitance, et ne devra aucune indemnité de ce fait à l'entrepreneur général.

En droit suisse, le fait que l'entrepreneur ne fasse pas appel au sous-traitant dans le délai prévu pourrait être interprété comme une résiliation de fait du contrat de sous-traitance, et donner lieu à l'indemnité de résiliation en faveur du sous-traitant prévue par l'article 377 CO. Il peut donc être utile de prévoir non seulement que le sous-traitant sera libéré de toute obligations (comme

dans l'exemple qui précède) mais également qu'il n'aura droit à aucune indemnité pour gain manqué dans cette hypothèse<sup>39</sup>.

## D Clause de coordination des acceptations

Dans les contrats d'entreprise se pose le problème du décalage entre le moment de la livraison des ouvrages des sous-traitants et le moment de la livraison de l'ouvrage global au client final. Selon les articles 367 et 370 CO, l'entrepreneur général doit vérifier l'ouvrage du sous-traitant dès sa réception et signaler tout défaut apparent, sous peine de déchéance<sup>40</sup>. Selon l'article 371 CO, son action contre le sous-traitant se prescrit par un an ou cinq ans dès la réception selon que l'ouvrage est mobilier ou immobilier. Le maître de l'ouvrage est soumis aux mêmes dispositions, mais les « *dies a quo* » (points de départ) de ces délais sont fixés au jour de la réception de l'ouvrage final, qui peut intervenir plusieurs mois, voire plusieurs années après la réception de l'ouvrage du sous-traitant. Le risque existe donc qu'une prétention du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur soit encore possible, alors que les droits de recours de l'entrepreneur contre le sous-traitant sont prescrits ou périmés<sup>41</sup>.

Les articles 367 et 370 et 371 CO sont de droit dispositif, et plusieurs solutions contractuelles peuvent être envisagées pour exclure ce risque, par exemple une prolongation de la durée de la garantie du sous-traitant, ou un report du « *dies a quo* » de cette garantie.

Les parties peuvent également prévoir une date de réception fictive des ouvrages des sous-traitants, à la date de livraison de l'ouvrage final.

*Subject to the terms and conditions of this Subcontract, final acceptance of the Work under this Subcontract shall be deemed to take place upon final acceptance of the work by the Owner and the approval thereof by the Architect.*

L'acceptation finale de l'Ouvrage conformément à ce Sous-contrat sera présumée être intervenue dès l'acceptation finale de l'ouvrage final par le Maître de l'ouvrage et son approbation par l'Architecte.

Une telle clause n'exclut pas une réception intermédiaire de l'ouvrage du sous-traitant lors de sa livraison, et la levée de réserves qu'elle peut impliquer. La réception n'est cependant définitive, et donc de nature à faire partir les délais de péremption et de prescription de la garantie, qu'au moment de l'acceptation de l'ouvrage final par le maître de l'ouvrage.

## E Clause de coordination des durées

Le contrat d'entreprise est un contrat instable par nature, qui peut prendre fin avant son échéance contractuelle dans de nombreuses situations<sup>42</sup>. Or, les contrats de sous-traitance n'ont de raison d'être que dans la mesure où le contrat principal reste en force. Il est donc nécessaire de coordonner la durée des contrats de sous-traitance et celle du contrat principal, par exemple par l'intégration dans le contrat de sous-traitance d'une condition résolutoire liée à la continuation du contrat principal.

Si le contrat de sous-traitance est un contrat d'entreprise, cette clause résolutoire peut être superfétatoire dans son principe dès lors qu'un contrat d'entreprise peut être résilié en tout temps

<sup>39</sup> Bien que la question ait été laissée ouverte par le Tribunal fédéral, la doctrine s'accorde pour voir en l'article 377 CO une règle dispositive: CHAIX in CR CO I, art. 377, N 20.

<sup>40</sup> Voir également la norme SIA 1198 157-164, qui prévoit des mécanismes d'acceptation similaires.

<sup>41</sup> Pour un exemple de ces délais décalés, voir ATF 120 II 214 = SJ 1994 p 605-611. Le problème peut être encore accru par le fait que le sous-traitant ne fait que livrer des matériaux, auquel cas la garantie se prescrit par une année dès la livraison (art. 210 CO).

<sup>42</sup> Voir la contribution de BETTSCHART pour les présentes journées.

sans motif<sup>43</sup>. La clause reste néanmoins utile dans ses conséquences, si elle exclut ou règlemente l'indemnité du sous-traitant en cas de résiliation anticipée due à la fin du contrat principal<sup>44</sup>.

*This Subcontract will be terminated with immediate effect, without any right to indemnity for the Subcontractor, in the event that the Prime Contract between Contractor and Owner is terminated, or ineffective for whatever cause*

Ce Contrat de sous-traitance sera résilié avec effet immédiat, sans qu'aucune indemnité ne soit due au Sous-traitant, si le Contrat principal entre l'Entrepreneur général et le Maître de l'ouvrage prend ou cesse de déployer ses effets pour une cause quelconque.

## VI. LA COORDINATION DES clauses pénales

### A L'effet translatif des clauses pénales

Lorsque le contrat principal contient une clause pénale, l'inexécution ou le retard du sous-traitant implique l'obligation de l'entrepreneur général de payer le montant de la clause au client final.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce montant fait partie des postes du dommage dont l'entrepreneur général peut demander la réparation au sous-traitant :

*Der Verspätungsschaden berechnet sich nach dem positiven Interesse des Gläubigers an der rechtzeitigen Erfüllung und umfasst sowohl entgangenen Gewinn (lucrum cessans) wie abgeschlossene Vermögensverminderungen (damnum emergens). Der letztgenannte positive Schaden umfasst nach Lehre und Rechtsprechung auch Vermögensverminderungen des Gläubigers, die daraus erwachsen, dass er wegen des Ausbleibens der Erfüllung seinerseits Verpflichtungen gegenüber Dritten nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen kann und deswegen Schadenersatz **oder Konventionalstrafe** entrichten muss (BGE 32 II 271 E. 5; Becker, Berner Kommentar, 2. Aufl. 1941, N 13 zu Art. 103 und N 35 zu Art. 97 OR; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, S. 144; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 360 Fn 125; Gauch/Schluemp, a.a.O., S. 139 Rz 1761).*<sup>45</sup>

En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que le contrat de sous-traitance comprenne une clause de jonction en aval incorporant la clause pénale du contrat principal dans le contrat de sous-traitance, pour que cette clause pénale soit translaturée dans les rapports entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, sous forme de dommages et intérêts.

### B Remarques critiques

Cette effet translatif de la clause pénale du contrat principal est problématique et ne devrait pas être admis automatiquement:

- *Causalité adéquate*. En droit suisse, un dommage n'est réparable que s'il est dans un rapport de causalité adéquate avec la violation du contrat. Selon la formule consacrée, tel

<sup>43</sup> Art. 377 CO.

<sup>44</sup> En cas de résiliation selon l'article 377 CO, le sous-traitant a droit à une indemnité équitable. Cette règle est cependant de droit dispositif: CHAIX, CR CO I, art. 377 N 20.

<sup>45</sup> ATF 116 II 443; également GAUCH, Der Werkvertrag, 4<sup>e</sup> éd., N 665.

est le cas s'il est dans le cours ordinaire des choses que la violation du contrat conduise à un dommage de ce type. Selon les circonstances, le paiement de la clause pénale n'est pas nécessairement dans un rapport de causalité adéquate avec le retard ou la violation du contrat par le sous-traitant, en ce sens qu'il n'était pas dans le cours ordinaire des choses qu'une clause pénale se trouvât dans le contrat principal.

- *Disproportion de la clause pénale.* La clause pénale est souvent fixée en fonction de l'importance du marché. C'est même un critère utilisé par le Tribunal fédéral pour déterminer si la clause est excessive au sens de l'article 163 al. 3 CO<sup>46</sup>. Une clause pénale qui peut paraître raisonnable par rapport au marché principal peut être totalement disproportionnée si elle est reportée dans les relations entre l'entrepreneur et un sous-traitant qui n'exécute qu'une petite partie de l'ouvrage final.
- *Réduction impossible.* Toute clause pénale excessive peut être réduite par le juge, en application de la règle impérative<sup>47</sup> de l'article 163 al. 3 CO. Le sous-traitant ne peut cependant requérir cette réduction<sup>48</sup> puisque cette clause pénale ne se trouve pas dans son contrat. Le juge ne peut prononcer d'office cette réduction : l'article 163 al. 3 CO n'est plus applicable, dès lors que le sous-traitant doit payer des dommages et intérêts et non une clause pénale (même si ces dommages et intérêts sont calculés en tenant compte de la clause pénale du contrat principal). Il n'est pas admissible à notre avis que le sous-traitant soit privé du bénéfice de l'article 163 al. 3 CO. C'est d'autant plus regrettable que l'entrepreneur sera peu enclin à contester lui-même le montant de cette clause pénale, puisqu'elle sera en fin de compte supportée par le sous-traitant.
- *Devoir d'information de l'entrepreneur général.* A notre avis, il appartient à l'entrepreneur d'informer le sous-traitant de l'existence de la clause pénale dans le contrat principal. S'il faillit à ce devoir d'information, il commet une faute concomitante qui doit conduire à une réduction de l'indemnité due par le sous-traitant<sup>49</sup>.
- *Principe de la relativité des contrats.* La prise en compte de la clause pénale du contrat principal dans le cadre du contrat de sous-traitance constitue une violation du principe de la relativité des contrats. Elle conduit à ce qu'une clause pénale qui n'a pas été acceptée par le sous-traitant lui soit *de facto* appliquée.
- *Justification de la clause pénale.* Enfin et surtout, le paiement d'une clause pénale ne se justifie que par l'usage qui a été fait par les parties de leur liberté contractuelle. Seul le contrat, librement négocié et consenti par les parties, peut justifier que le débiteur soit dans l'obligation de payer un montant qui n'est pas le montant du dommage qu'il a causé. Or, en raison de l'effet translatif de la clause pénale tel qu'il résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le sous-traitant serait amené à payer une clause pénale qu'il n'a ni négociée, ni acceptée.

La situation créée par cette jurisprudence n'étant à notre avis pas satisfaisante, les parties ont tout intérêt à utiliser leur liberté contractuelle pour trouver une solution préférable. La meilleure solution est d'intégrer dans le contrat de sous-traitance une clause pénale identique à celle du contrat principal, ou adaptée au contrat de sous-traitance. Dans ce dernier cas, le sous-traitant

<sup>46</sup> ATF 133 III 201 : comparaison de la clause pénale et du prix de l'objet du contrat. Selon cet arrêt, une clause pénale excédant 20 % du prix de la chose vendue est excessive.

<sup>47</sup> ATF 133 III 201

<sup>48</sup> Selon l'arrêt du Tribunal fédéral du 4 juin 2005, 4C.36/2005, le débiteur de la clause pénale doit conclure précisément à la réduction de cette clause. La jurisprudence antérieure prévoyait au contraire une réduction d'office : ATF 109 II 120.

<sup>49</sup> CO 44.

doit exclure expressément l'application de l'article 161 al. 2 CO, pour éviter de se retrouver victime de l'effet translatif de la clause pénale du contrat principal<sup>50</sup>.

### C Coordination des clauses pénales

La clause qui suit est une solution intermédiaire qui confirme la solution du Tribunal fédéral :

*Liquidated damages, and any amount in excess of liquidated damages, to be paid by the Principal to the Client as a consequence of the non-performance or improper performance of the Work will be part of the damage for which the Principal may seek compensation from the Subcontractor.*

Une clause pénale, ainsi que tout montant supplémentaire, devant être payé par l'Entrepreneur général au Client en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de l'Ouvrage fera partie du dommage dont l'Entrepreneur général pourra demander la réparation au Sous-traitant.

Une telle clause reste néanmoins utile en ce qu'elle attire l'attention du sous-traitant sur le risque de devoir supporter le paiement de la clause pénale du contrat principal. A notre avis et en raison des principes d'incorporation mentionnés à propos des clauses de jonction en aval, une telle clause ne devrait être efficace que si le sous-traitant a eu la possibilité de consulter le contrat principal. Cette réserve ne résulte cependant pas de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'effet translatif de la clause pénale.

### D Dissociation des clauses pénales

Au contraire, le sous-traitant peut exiger qu'une clause pénale présente dans le contrat principal ne lui soit pas imposée sous forme de dommages et intérêts :

*The Subcontractor shall not be liable to the Contractor under or in connection with the subcontract for any amount to be paid by the Contractor to the Owner as a penalty or liquidated damages in excess of the actual damage.*

Le Sous-traitant ne sera pas responsable à l'égard de l'Entrepreneur général du dommage correspondant à tout montant payé par l'Entrepreneur général au client à titre de clause pénale, pénalité, ou à quel qu'autre titre que ce soit, dans la mesure où ce montant est supérieur au dommage effectivement causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'Ouvrage.

Au regard de la jurisprudence du tribunal fédéral relative à l'effet translatif des clauses pénales, une telle clause correspond à une limitation de responsabilité du sous-traitant. Elle n'est donc valable en droit suisse que si le sous-traitant ne commet pas de faute grave ou de dol<sup>51</sup>.

## VII. Conclusion : partition pour un chef d'orchestre

L'entrepreneur général est un chef d'orchestre. Il recherche en permanence l'harmonie.

<sup>50</sup> Sur les clauses d'exclusion de l'article 161 al. 2 CO (paiement de dommages et intérêts supérieurs au montant de la clause pénale), voir MARCHAND, *Clauses contractuelles, du bon usage de la liberté contractuelle*, Helbing & Lichtenhahn, 2008, p. 216.

<sup>51</sup> Art. 100 al. 1 CO.



Cette harmonie est d'abord technique : c'est le subtil mariage des matériaux dont naît l'ouvrage. C'est l'organisation des interventions, dont la fluidité est le miracle quotidien qui permet de tenir les délais.

Cette harmonie est ensuite humaine : sur le chantier, il faut faire travailler ensemble des intervenants qui n'ont pas toujours les mêmes intérêts, rarement la même culture d'entreprise. De l'architecte au manœuvre, du technicien au décorateur, tous doivent collaborer à la réalisation du même ouvrage.

Cette harmonie est enfin juridique. De cet enchevêtrement de contrats qu'implique la réalisation d'un chantier doivent ressortir des règles claires et des responsabilités distinctes. La présente contribution n'a d'autre ambition que de donner au chef d'orchestre quelques idées pour limiter les fausses notes.