



Article scientifique

Article

1997

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit direct du maître d'ouvrage contre le sous-traitant

Marchand, Sylvain; Chaix, François

How to cite

MARCHAND, Sylvain, CHAIX, François. Le droit direct du maître d'ouvrage contre le sous-traitant. In: Baurecht, 1997, vol. 3, p. 71–81.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:45141>

Der Aufsatz L'article

Le droit direct du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant

François Chaix, Docteur en droit,
Juge au Tribunal de première instance (Genève)
Sylvain Marchand, Docteur en droit,
Avocat au barreau de Genève

In der Praxis kommt es häufig vor, dass ein Bauunternehmer Arbeiten, die er seinem Besteller (dem Hauptbesteller) schuldet, an einen Subunternehmer weitervergibt. Dadurch entsteht ein Werkvertragsverhältnis zwischen dem Bauunternehmer und seinem Subunternehmer, nicht aber zwischen dem Subunternehmer und dem Hauptbesteller. Mit Rücksicht darauf stellt sich die Frage, ob der Hauptbesteller dennoch direkte Erfüllungsansprüche gegenüber dem Subunternehmer hat. Diese Frage wird im vorliegenden Aufsatz für bestimmte Fälle bejaht, wobei aber der Subunternehmer die Einreden und Einwendungen aus seinem Werkvertrag grundsätzlich auch dem Hauptbesteller entgegenhalten kann.

I. Introduction

Ils viennent chez vous avec leurs outils et leur savoir-faire. Vous leur confiez les choses ou les lieux qui vous sont chers, parce qu'ils sont les hommes de l'art. Vous les avez parfois choisis. Vous les regardez travailler et, peu à peu, des rapports de confiance et de respect mutuel s'instaurent. Pourtant, aux yeux de la loi, ils sont de parfaits étrangers: il s'agit des sous-traitants, engagés par l'entreprise générale ou l'architecte à qui vous avez confié l'ensemble des travaux.

De parfaits étrangers? Cet article tend à démontrer que le droit n'est pas forcément incompatible avec la réalité, et qu'il suffit parfois d'aller au-delà des apparences de la théorie générale pour réconcilier les solutions juridiques et le sentiment de la confiance bafouée.

II. Les prétentions contractuelles du maître contre l'entrepreneur

1. En matière de livraison d'un «aliud»

a. Les règles sur l'inexécution des obligations

Si le maître ne reçoit pas l'ouvrage convenu, mais un ouvrage différent, il n'y a pas mauvaise exécution, mais fausse exécution.¹ Dans une telle situation, les règles sur la garantie des défauts ne s'appliquent pas et le maître doit avoir recours aux

règles générales sur l'inexécution des obligations (art. 97 ss CO)².

Tant que l'entrepreneur n'a pas livré l'ouvrage convenu, il se trouve en demeure de débiteur et le maître peut réclamer l'exécution de l'obligation (art. 102 ss CO). Lorsque l'exécution devient impossible, il convient alors de déterminer si cette impossibilité est imputable à faute (art. 97 CO) ou non (art. 119 CO)³.

b. Les conditions d'application

L'article 97 alinéa 1 CO exige quatre conditions: l'inexécution d'une obligation, un dommage, un rapport de causalité entre l'inexécution et le dommage et la faute du débiteur⁴. En l'occurrence, les trois premières conditions ne prêtent pas à discussion: l'inexécution de l'obligation consiste en l'exécution de l'ouvrage dans un autre matériau que celui convenu; le dommage consiste dans la moins-value de l'ouvrage; quant au rapport de causalité, aucun événement extérieur n'est venu le rompre. La discussion principale concerne donc la faute de l'entrepreneur, présumée selon l'article 97 alinéa 1 CO.

¹ Sur la distinction entre aliud et défaut, voir DC 1987 p 66 n° 73.

² ENGEL, Contrats, p. 710; GAUCH, Werkvertrag, n° 1444; HONSELL, p. 256.

³ GAUCH/SCHLUEP, n° 3178.

⁴ ENGEL, Obligations, p. 704; GAUCH/SCHLUEP, n° 2597 ss.

En matière de sous-traitance, l'entrepreneur peut se voir imputer sa propre faute (art. 97 al. 1 CO), comme celle du sous-traitant qui est considéré comme son auxiliaire (art. 101 al. 1 CO)⁵. Si les conditions d'application de ces deux dispositions sont réalisées, il y a concours entre les articles 97 alinéa 1 et 101 alinéa 1 CO⁶. Selon cette dernière disposition, qui institue pour une partie de la doctrine une responsabilité «causale»⁷, l'entrepreneur peut répondre d'un dommage même en l'absence d'une faute propre. On continue cependant à faire référence à une faute en disposant que le débiteur n'est responsable que dans le cas où, s'il avait agi lui-même à la place de l'auxiliaire, il aurait commis une faute: il s'agit là de la faute hypothétique du débiteur⁸. Or, aborder cette question amène à celle, corrélative, de la preuve libératoire du débiteur.

c. La preuve libératoire de l'entrepreneur

Dans la conception historique de l'article 101 CO, l'auxiliaire était moins spécialisé que le maître; à l'origine, cette disposition avait principalement en vue des situations telles que la secrétaire par rapport à l'avocat, l'assistante dentaire par rapport au dentiste, l'apprenti par rapport au mécanicien⁹. Or, en matière de sous-traitance, la situation est justement inversée: le sous-traitant dispose habituellement de qualifications techniques plus élevées que l'entrepreneur général. Par conséquent, la référence à la faute hypothétique de débiteur n'a pas de sens; par ailleurs, cela reviendrait à encourager les entrepreneurs à prendre des commandes complexes, à les faire exécuter par des sous-traitants spécialisés, puis à accepter la motivation, choquante, selon laquelle l'entrepreneur, s'il avait agi lui-même, n'aurait pas commis de défaut de diligence puisqu'il ne disposait pas de connaissances techniques suffisantes. Il convient donc, pour déterminer le niveau de diligence requis par le débiteur, de faire référence au contenu de la prestation *promise* et non aux connaissances *effectives* du cocontractant¹⁰. Dans ces circonstances, il apparaît que l'entrepreneur, du moment qu'il accepte sans réserve l'exécution d'un ouvrage (en ayant recours à un/des sous-traitant/s), ne peut se libérer au motif qu'il n'aurait pas commis de manquement à la diligence s'il avait agi lui-même¹¹. Cette solution est consacrée en matière internationale par la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui a vocation à s'appliquer à de nombreux contrats d'entreprise¹². Cette convention prévoit en effet que l'entrepreneur ne peut se libérer que dans la mesure où le sous-traitant pourrait le faire lui-même (art. 79 al. 2 CV)¹³.

Par conséquent, le maître pourra obtenir de l'entrepreneur la réparation de son dommage – correspondant à la moins-value de l'ouvrage – en application des articles 97 alinéa 1 et 101 alinéa 1 CO. L'entrepreneur ne pourra pas invoquer de preuve libératoire, sa responsabilité apparaissant quasiment être causale.

2. En matière de demeure

a. Principe

La demeure de débiteur constitue un cas d'inexécution du contrat dans le temps. Pour parer aux conséquences fâcheuses de cette demeure, le maître ne peut invoquer les règles du contrat d'entreprise et est renvoyé aux seules règles de partie générale du Code des obligations¹⁴.

b. Les dommages

Dans l'exemple des retards imputables au sous-traitant, le maître souhaite conserver l'ouvrage, par ailleurs sans défauts, mais obtenir réparation de son dommage. Selon l'article 103 alinéa 1 CO, tant que l'entrepreneur se trouve en demeure, le maître a droit à des dommages-intérêts de retard. Ceux-ci représentent toutes les diminutions involontaires de patrimoine qui trouvent leur cause originaires dans le retard de l'entrepreneur et englobent même le cas fortuit. L'entrepreneur ne répond cependant du dommage que s'il se trouve en demeure par sa faute¹⁵. Celle-ci, comme dans toute responsabilité contractuelle, est présumée (art. 97 al. 1 CO). S'agissant du fait du sous-traitant, l'article 101 alinéa 1 CO s'applique¹⁶.

Par conséquent, le maître pourra obtenir réparation de ses dommages, que ceux-ci consistent dans les diminutions involontaires de son patrimoine ou dans la non-augmentation de son actif. Dans ce cadre, l'entrepreneur ne pourra pas non plus faire valoir une preuve libératoire¹⁷.

3. En matière de garantie des défauts

a. Les droits découlant de la garantie

Lorsque l'entrepreneur livre, au terme fixé par les parties, l'ouvrage convenu, mais que celui-ci est entaché de défauts, le maître dispose de trois droits formateurs, qui peuvent être exercés alternativement. Il s'agit du droit de résoudre le contrat (art. 368 al. 1 in initio CO), du droit de réduire le prix de l'ouvrage (art. 368 al. 2, 1^{re} hypothèse CO) et du droit d'exiger la suppression du défaut (art. 368 al. 2, 2^e hypothèse CO).

⁵ La qualité d'auxiliaire du sous-traitant est unanimement reconnue: ATF 116 II 305, 308 = JT 1991 I 173, 175; ATF II 438, 439; SJ 74 (1952) 39, 42; GAUCH, *Werkvertrag*, n° 177; TERCIER, n° 3373.

⁶ Une opinion selon laquelle seul l'article 97 CO s'appliquerait doit être rejetée car elle conduirait à des situations dans lesquelles l'entrepreneur pourrait s'exculper selon l'article 97 alinéa 1 CO alors qu'il devrait répondre selon l'article 101 CO (dans ce sens; CERUTTI, n° 458 ss; KOLLER, n° 230; GAUCH/SCHLUEP, n° 2862).

⁷ CERUTTI, n° 422; GAUCH/SCHLUEP, n° 2825.

⁸ CERUTTI, n° 429; GAUCH/SCHLUEP n° 2865; KOLLER, n° 303; OTT, *in* RSJ 74 (1978) 288.

⁹ OTT, *in* RSJ 74 (1978) 289.

¹⁰ Dans ce sens, SPIRO, p. 247: « (...) des Schuldner verspricht eine, nicht seine Leistung». «Welche Anforderungen an die Fähigkeiten und Kenntnisse des Handelnden zu stellen sind, beurteilt sich vielmehr nach der versprochenen Leistung» (p. 248).

¹¹ Sur la portée résiduelle (et très académique) de la preuve libératoire de l'entrepreneur, voir CHAIX, p. 142 ss.

¹² Article 3 CV.

¹³ Voir à ce sujet NEUMAYER/MING, commentaire, n° 8 ad 79 CV.

¹⁴ GAUCH, *Werkvertrag*, n° 659. Il convient de préciser que l'article 366 alinéa 1 CO ne saisit en effet que les situations antérieures au jour convenu de l'exécution (GAUCH, *Werkvertrag*, n° 668), ce qui n'est pas le cas ici.

¹⁵ CHAVANNE, n° 132 ss; GAUCH/SCHLUEP, n° 2996 ss.

¹⁶ GAUCH/SCHLUEP, n° 3006; KOLLER, n° 267 et 473.

¹⁷ Voir supra II. 1. c.

Ce droit à la suppression du défaut ne suppose pas de faute de l'entrepreneur et s'exerce par simple déclaration de volonté unilatérale et irrévocable¹⁸. Point n'est donc besoin de soumettre la question à un tribunal ou de requérir l'accord d'un tiers.

b. La créance en dommages-intérêts

A ces droits formateurs s'ajoute le droit de demander des dommages-intérêts (art. 368 al. 1 et 2 in fine CO). Le dommage couvert par ces dispositions doit trouver sa source dans le défaut de l'ouvrage, mais se développer en dehors de ce dernier¹⁹. Ainsi, lorsque le défaut a entraîné une diminution de la valeur de l'ouvrage, le maître a droit à la diminution du prix de l'ouvrage (art. 368 al. 2, 1^{re} hypothèse CO) indépendamment de toute faute de l'entrepreneur ou de ses auxiliaires. En revanche, lorsque le défaut a entraîné pour le maître des frais supplémentaires ou l'a empêché de conclure une affaire, des dommages-intérêts peuvent être exigés de l'entrepreneur. En d'autres termes, le maître a droit à la réparation de tout dommage, que celui-ci soit corporel, patrimonial ou économique²⁰.

La responsabilité de l'entrepreneur pour les dommages découlant du défaut de l'ouvrage est soumise aux règles générales de la responsabilité contractuelle. Par conséquent la faute se trouve présumée, charge à l'entrepreneur de s'exculper²¹. Dans une opération de sous-traitance, l'entrepreneur se verra imputer la faute du sous-traitant en application de l'article 101 alinéa 1 CO²².

III. Les prétentions délictuelles du maître contre le sous-traitant

Dans les situations que nous avons examinées, le maître peut désigner s'adresser directement au sous-traitant pour obtenir satisfaction. Le cas le plus courant est celui où l'entrepreneur est tombé en faillite ou insolvable après l'exécution de l'ouvrage. Pour des motifs d'opportunité, le maître peut également être amené à préférer assigner le sous-traitant que son cocontractant: il a en vue de nouveaux projets de contrat avec l'entrepreneur, projet qu'il ne souhaite pas assombrir par une procédure; si le fait dommageable est incontestablement imputable au sous-traitant, une action en justice unique contre l'auteur du dommage peut être préférable à plusieurs actions découlant de nombreux appels en cause et agrémentées de recours successifs.

1. La responsabilité civile en matière de contrat d'entreprise

a. Les atteintes aux droits subjectifs absolus

La responsabilité fondée sur l'article 41 alinéa 1 CO suppose que l'auteur ait agi de manière illicite. Selon la jurisprudence, est illicite tout acte qui viole *directement* ou *indirectement* des ordres ou des défenses édictées pour la protection des droits atteints, étant précisé que ces règles de comportement découlent de l'ordre juridique suisse, soit aussi bien du droit privé et administratif que du droit pénal, droit écrit ou non écrit, fédéral ou cantonal²³. Les violations directes précitées consistent en des atteintes aux droits subjectifs absolus de la victime. Le droit suisse compte comme droits subjectifs absolus la vie, l'intégrité corporelle, la propriété et les droits de la personnalité²⁴. En revanche, en l'état de la jurisprudence, la simple violation du principe général de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) ne constitue pas un acte illicite²⁵.

b. Les atteintes aux droits patrimoniaux

Si la propriété en tant que telle est protégée par l'article 41 CO, il n'en va pas de même des simples atteintes au patrimoine ou des dommages purement économiques que peut subir la victime²⁶. Ces dommages ne sont en effet pris en compte que dans la mesure où leur auteur, en causant le préjudice, a enfreint une norme qui sert indirectement à la protection des intérêts de la victime²⁷. Il s'agit donc des violations *indirectes* précitées. Afin de rester en accord avec la théorie objective de l'illicéité, il convient de rechercher s'il existe des normes visant à protéger les intérêts privés des participants à une opération de sous-traitance.

Les seules normes pouvant entrer en ligne de compte sont les articles 227 et 229 CO concernant l'inondation ou l'écroulement de construction ainsi que la violation des règles de l'art de construire. Selon leur texte, ces deux dispositions ont été édictées pour protéger la vie, l'intégrité corporelle ou la propriété, à savoir les droits subjectifs absolus déjà protégés en eux-mêmes. Par conséquent, il faut en conclure que ces normes ne tendent pas à protéger des intérêts exclusivement patrimoniaux. Il s'agit d'ailleurs de la conclusion à laquelle est arrivée la jurisprudence²⁸.

c. Les contestations de la doctrine

Conscients de l'absurdité que pouvait entraîner, en matière délictuelle, la différence radicale de traitement entre atteintes à des droits subjectifs et atteintes à des intérêts patrimoniaux²⁹, des auteurs ont battu en brèche la théorie objective de l'illicéité adoptée par la jurisprudence. Ainsi, GABRIEL a-t-il repris à son compte la théorie subjective de l'illicéité héritée du droit

¹⁸ GAUCH/SCHLUEP, n° 156; GAUCH, n° 1835.

¹⁹ GAUCH, *Werkvertrag*, n° 1864; HONSELL, p. 256. Voir toutefois sur cette question WERRO, *in DC* 1996 p. 64.

²⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, n° 1869.

²¹ ATF 107 II 438, 439; GAUCH, n° 1891; HONSELL, p. 255 s; TERCIER, n° 3623.

²² Voir supra 1. c.

²³ ATF 116 Ia 162 = JT 1992 II 52, 55.

²⁴ BK-BREHM, n° 35 *ad* Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, p. 71; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 174.

²⁵ ATF 120 II 311, 335 consid. 4; 121 III 350, 354 consid. 6b; CHAPPUIS, *in SJ* (119) 1997 p. 168 et 175.

²⁶ Cette terminologie est reprise de la doctrine allemande («reine Vermögensschäden»: GAUCH, *Werkvertrag*, n° 171) et anglaise («pure economic losses»: MARKESINIS *in MLQR* 1987 p. 354). Elle couvre par exemple les dommages de retard ou d'accélération des travaux.

²⁷ BK-BREHM, n° 36 *ad* Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, p. 71; GABRIEL, n° 249 et 263; GAUCH/SWEET, p. 119; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 175.

²⁸ ATF 119 II 127 = JT 1994 I 298; ATF 117 II 259 = JT 1992 I 559; Tribunal cantonal Valais, 20.12.1988. RVJ 23 (1989) 305.

²⁹ Dans les cas d'interruption de courant électrique en raison de l'endommagement du câble conducteur, comment admettre que le droit de la responsabilité civile permette facilement au propriétaire du câble endommagé d'obtenir la réparation du (très faible) dommage représentant l'atteinte au câble lui-même, alors que le propriétaire de l'usine, dont l'interruption de courant électrique a causé un important préjudice sous la forme d'une perte de production, doit faire preuve de prouesses juridiques pour se voir éventuellement dédommagé? Sur cette question: voir KRAMER, *in Recht* 2 (1984) 132.

français: la seule limite à l'obligation générale de réparer le dommage serait le fait justificatif, telle l'autorisation du lésé³⁰. Plus récemment, WERRO, estimant également que la réduction de la responsabilité délictuelle n'est pas acceptable, a professé que la simple violation du contrat constitue un acte illicite: «dès lors, non seulement le dommage consécutif au défaut (Mangelfolgeschaden), mais également la moins-value de l'ouvrage résultant du défaut (Mangelschaden) doivent être qualifiés d'illicites quand ils reposent sur un manquement à la diligence qu'on pouvait attendre de l'entrepreneur»³¹.

Ces deux solutions ne peuvent pas être suivies. En premier lieu, il faut craindre une explosion, peu souhaitable et en tous cas pas souhaitée par la jurisprudence³², de la responsabilité civile. Il n'est pas possible de partir du principe que tout dommage doit être réparé civilement: il apparaît en effet que notre ordre juridique, s'il ne les autorise pas, du moins tolère certaines atteintes au patrimoine d'autrui qu'entraîne la vie des affaires³³. En second lieu, la théorie subjective de l'illicéité exigerait l'élaboration d'un système complexe de faits justificatifs qui n'aurait pour conséquence que de déplacer le problème³⁴. Finalement, l'extension de la responsabilité civile n'apporterait pas de réponse conforme aux intérêts du lésé en matière de présomption de faute, d'intervention d'auxiliaire et de prescription³⁵.

d. Exclusion de la responsabilité civile

Par conséquent, en matière de contrat d'entreprise, aucune norme ne permet, indirectement, de protéger les intérêts exclusivement patrimoniaux du maître. Celui-ci ne peut donc s'adresser au sous-traitant sur une base délictuelle pour obtenir réparation des dommages caractéristiques qu'il a subis dans une opération immobilière. Il convient maintenant d'examiner la portée de la responsabilité aquilienne dans les exemples qui nous intéressent.

2. En matière de livraison d'un «aliud»

La livraison d'un autre ouvrage que celui convenu ne porte pas atteinte au droit de propriété du maître, seul droit subjectif absolu susceptible d'entrer en ligne de compte. Le maître ne dispose en effet pas d'un droit de propriété sur l'ouvrage avant sa livraison (art. 714 al. 1 CC). La moins-value de l'ouvrage constitue donc typiquement une atteinte aux seuls intérêts patrimoniaux du maître, qui n'est pas visée, même indirectement, par une norme de protection.

Par conséquent, dans une telle situation, la responsabilité civile n'est d'aucun secours pour le maître qui désire assigner directement le sous-traitant pour obtenir de lui le paiement de la différence de prix entre ouvrage convenu et ouvrage livré. Par ailleurs, la responsabilité aquilienne ne lui permet pas de continuer à agir en exécution comme le prévoient les règles sur l'inexécution du contrat.

3. En matière de demeure

Les retards dans la livraison de l'ouvrage entraînent pour le maître des conséquences économiques fâcheuses: il doit engager des frais supplémentaires et renoncer à des gains futurs. Ces dommages ne portent cependant pas atteinte au droit de pro-

priété du maître. Par ailleurs, aucune norme de protection des intérêts privés du maître ne permet d'envisager la commission d'un acte illicite.

Par conséquent, le maître ne peut s'adresser au sous-traitant sur une base délictuelle pour obtenir réparation de dommages découlant de la demeure de livraison. Aucun des postes des dommages mentionnés dans cet exemple ne peut être couvert par l'article 41 alinéa 1 CO.

4. En matière de garantie de défauts

a. Les droits découlant de la garantie

La livraison en tant que telle d'un ouvrage défectueux ne porte pas atteinte à des droits subjectifs absolus du maître³⁶. La livraison d'un ouvrage dont la valeur objective est inférieure à celle convenue (art. 368 al. 2, 1^{re} hypothèse CO) ne concerne en particulier pas le droit de propriété du maître. A défaut, dans ce contexte, de normes de protection des intérêts privés du maître, celui-ci ne peut pas obtenir réparation de ces dommages purement économiques sur une base délictuelle. Il ne peut pas non plus demander sur la base de l'article 41 alinéa 1 CO la suppression du défaut.

b. La créance en dommages-intérêts

Les dommages créés par le défaut de l'ouvrage à des (autres) biens du maître constituent une atteinte à la propriété de ce dernier, droit subjectif protégé directement par l'article 41 alinéa 1 CO. La condition de l'acte illicite étant réalisée, le maître devra encore prouver l'existence d'un lien de causalité entre cet acte et le préjudice ainsi que la survenance d'une faute du sous-traitant. Au contraire de la responsabilité contractuelle, la responsabilité aquilienne ne présume pas la faute de l'auteur du dommage. Il appartient en conséquence à la victime d'en apporter la preuve (art. 8 CC).

Par ailleurs, la responsabilité fondée sur l'article 41 alinéa 1 CO apparaît moins favorable à la victime que celle découlant de l'article 97 alinéa 1 CO pour d'autres motifs. D'une part, le maître peut se voir opposer la preuve libératoire du sous-traitant en cas d'intervention d'un auxiliaire si celui-ci a été correctement choisi, instruit et surveillé (art. 55 al. 1 CO). D'autre part, l'action délictuelle se prescrit dans le court délai d'une année dès la connaissance du dommage et de la personne qui en est l'auteur (art. 60 al. 1 CO) alors que la prescription contractuelle s'élève à 5 ans en matière de construction immobilière (art. 371 al. 2 CO; art. 180 Norme SIA 118). Si toutes ces conditions sont respectées, le maître pourra obtenir du sous-traitant une indemnisation pour le dommage causé à ses biens.

³⁰ GABRIEL, n° 840 et 903. Selon cet auteur, ce système éviterait les cautèles rendues nécessaires par la rigidité de la théorie absolue.

³¹ WERRO, in DC 1996 p. 68.

³² Voir les développements du Tribunal fédéral en matière de responsabilité fondée sur la confiance: CHAPPUIS, SJ 119 (1997) 165.

³³ GUHL/MERZ/KOLLER, p. 174; KELLER/GABI, p. 36.

³⁴ GAUCH/SWEET, p. 138.

³⁵ Voir infra 4. b.

³⁶ Contra: WERRO, in DC 1996 p. 68.

5. L'inadéquation de la responsabilité civile dans le contrat d'entreprise

La responsabilité civile, qui offre une action directe du maître contre le sous-traitant, n'assure pas la réparation des dommages typiques d'une opération de sous-traitance et soumet les autres préjudices à des conditions plus sévères que la responsabilité contractuelle. L'inadéquation de la responsabilité civile ne surprend pas du fait qu'une telle opération est doublement contractuelle et ne peut donc être saisie de manière satisfaisante par un type de responsabilité extracontractuelle. Par conséquent, il faut rester dans le domaine contractuel et examiner avec attention quels obstacles s'opposent véritablement à l'extension de l'effet du contrat de sous-traitance au bénéfice du maître. Cette discussion oblige nécessairement à se poser la question de la portée du principe de la relativité des conventions.

IV. La relativité des conventions et ses exceptions

1. Le fondement juridique

Au contraire du droit français³⁷, mais à l'instar des droits allemand³⁸ et anglais³⁹, le droit suisse ne connaît pas de base légale décrivant le principe de la relativité des conventions. L'absence, en Suisse, de consécration législative du principe, ne signifie pas son inexistence. La jurisprudence rappelle en effet, de manière occasionnelle, qu'«en vertu du principe de la relativité des conventions, le contrat n'a d'effet qu'entre les parties»⁴⁰. Pour la doctrine, il s'agit d'ailleurs d'une évidence («Selbstverständlichkeit»⁴¹) qui ne mérite que rarement des développements. En raison de son absence de codification, il a toutefois été reconnu que le principe de la relativité des conventions relève de la dogmatique juridique: par conséquent, il appartient et il incombe à la doctrine d'en définir l'exacte portée⁴². Dans ce travail, il convient d'examiner comment le législateur a aménagé les relations des parties en matière de sous-contrat.

2. Les sous-contrats en droit suisse

Fortement inspiré à cet égard par le droit français⁴³, le Code des obligations connaît des exceptions notables au principe de la relativité des conventions en matière de sous-location et de sous-mandat.

a. Le contrat de bail⁴⁴

En matière de bail, l'article 262 alinéa 3 CO permet au bailleur, qui craint que la chose louée ne soit pas utilisée conformément à la convention principale, de s'adresser directement au sous-locataire pour l'obliger à respecter les termes du contrat principal. Bien que le texte de cette disposition limite à cette seule situation le droit direct du bailleur envers le sous-locataire, certains auteurs ont voulu étendre les effets de cette disposition⁴⁵. Récemment, le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis qu'un rapport juridique particulier existe entre bailleur principal et sous-locataire⁴⁶.

b. Le contrat de mandat

Dans le domaine du contrat de mandat, l'article 399 alinéa 3 CO prévoit un droit direct du mandant contre la personne que le mandataire s'est substituée. La notion de substitution, énoncée à l'article 398 alinéa 3 CO, implique que le substitut agisse de manière indépendante sur les plans juridiques, techniques et économiques⁴⁷. Dans la pratique, cette notion recouvre celle de sous-mandataire⁴⁸, mais exclut l'auxiliaire dépourvu d'initiative personnelle et incorporé dans un rapport de subordination tel que le travailleur vis-à-vis de son employeur⁴⁹. Finalement, la substitution ne suppose en revanche pas que l'activité soit déployée dans le seul intérêt ou dans l'intérêt prépondérant du mandant⁵⁰. Il apparaît ainsi que la notion de substitution de mandat se rapproche de la notion de sous-traitance qui nous intéresse.

c. Les autres contrats de durée

Les contrats apparentés au contrat de mandat se verront également appliquer les règles sur le droit direct. Parmi les autres contrats de durée prévus par le Code des obligations, le contrat de travail (art. 319 ss CO) ne se conçoit pas comme un sous-contrat en raison du caractère personnel de la prestation fournie par le travailleur⁵¹. Un sous-contrat est également exclu en matière de prêt de consommation (art. 312 ss CO): du moment que l'emprunteur acquiert la propriété des choses remises, il lui est loisible d'en disposer comme bon lui semble, notamment en les re-

³⁷ Selon l'article 1165 du Code civil français (ci-après CCF), «les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121» (stipulation pour autrui).

³⁸ De manière complète: KRAMER, Münchener Kommentar, n° 14 ad Art. Einleitung (Schuldrecht Allgemeiner Teil).

³⁹ ZWEIGERT/KÖTZ, p. 156. Le droit anglais accentue l'élément intime de la relativité des conventions en parlant de «privity of contract».

⁴⁰ ATF 117 II 315, 318 concernant la responsabilité des réviseurs vis-à-vis des créanciers de l'établissement bancaire. Le principe de la relativité des conventions apparaît encore énoncé dans les décisions suivantes: ATF 120 III 112, 115; 63 II 18, 21; SJ 105 (1983) 201, 206.

⁴¹ BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 107; OR-BUCHER, n° 38 ad Vorbemerkungen vor Art. 1-40.

⁴² GROSSEN, p. 113; ENGEL, Obligations, p. 18 s.

⁴³ Voir les articles 1753 alinéa CCF (bail) et 1994 alinéa 2 CCF (mandat). Dans ce sens, s'agissant du mandat: BK-FELLMANN, n° 5 ad Art. 399 OR.

⁴⁴ Ces développements valent également en matière de sous-affermage (art. 291 al. 3 CO).

⁴⁵ Selon TANDOGAN, par exemple, l'article 262 alinéa 3 CO admet implicitement le droit à l'indemnité du bailleur envers le sous-locataire. Selon TERCIER (n° 1167 de l'édition 1988), le bailleur serait en droit de résilier, pour le compte du sous-bailleur, le contrat du sous-locataire.

⁴⁶ ATF 120 II 112, 115.

⁴⁷ BK-FELLMANN, n° 541 OR ad Art. 398; HONSELL, p. 274; TERCIER, n° 4003.

⁴⁸ BK-BECKER, n° 3 ad Art. 399 OR; GUHL/MERZ/DRUEY, p. 498; BK-GAUTSCHI, n° 40c ad Art. 398 OR; HONSELL, p. 274; TERCIER, n° 4009.

⁴⁹ BK-FELLMANN, n° 562 ad Art. 398 OR; BK-GAUTSCHI, n° 40c ad Art. 398 OR.

⁵⁰ Cette condition (supplémentaire) n'est exigée que dans le cadre de la substitution autorisée de l'article 399 alinéa 2 CO: SJ 116 (1994) 284; ATF 118 II 112, 114 = JT 1993 I 384; ATF 112 II 347, 353 = JT 1987 I 28, 30.

⁵¹ Quelques très rares exceptions ne sont envisageables qu'en cas de travail à domicile (OR-REHBINDER, n° 3 ad Art. 321 OR).

mettant à un tiers. Cette remise à un tiers se fonde alors sur un nouveau contrat, mais il ne s'agit pas d'un sous-contrat, car la prestation n'est plus la même.

d. Le contrat de transport

Les conventions internationales applicables aux transports internationaux connaissent également l'institution du droit direct: en matière de transport maritime et aérien, le transporteur contractuel répond de l'ensemble du transport, alors que le transporteur sous-traitant ayant de fait exécuté une partie du transport répond directement vis-à-vis de l'expéditeur ou du passager pour la partie du transport qu'il a exécutée⁵².

L'article 10.2 de la Convention de Hambourg⁵³, l'article II de la Convention de Guadalajara⁵⁴, les articles 30.2 et 30.3 de la Convention de Varsovie⁵⁵, l'article 4 alinéa 1 de la Convention d'Athènes⁵⁶ instaurent un tel droit direct du passager ou de l'expéditeur contre le transporteur sous-traitant. Cette solution est également admise en droit maritime sous l'empire des règles de La Haye-Visby⁵⁷, et dans certains cas, la jurisprudence relative à la CMR⁵⁸ parvient à cette solution⁵⁹.

3. La sensibilité du droit suisse aux sous-contrats

Ce bref aperçu des contrats réglés par la loi ou les conventions débouche sur le constat suivant: le droit suisse prend en compte la spécificité des opérations sous-contractuelles pour dessiner certaines limites à l'application stricte du principe de la relativité des conventions⁶⁰. Il consacre ainsi un système particulier qui prévoit, pour les contrats s'écoulant dans le temps et plus particulièrement pour ceux visant à fournir des services, un droit direct du destinataire de la prestation contre le sous-contractant. L'admission d'un droit direct de nature contractuelle entre maître et sous-traitant découle de ce constat. Par ailleurs, il apparaît en harmonie avec les développements récents du Tribunal fédéral en matière de responsabilité fondée sur la confiance qui tendent à créer un nouveau chef de responsabilité en matière de rapport spécial de confiance tel qu'un ensemble contractuel⁶¹.

V. Les prétentions contractuelles du maître contre le sous-traitant

1. Les aménagements contractuels

Le droit direct du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant peut en premier lieu résulter de la volonté des parties et du texte de leur contrat. Cette volonté peut être exprimée soit dans le contrat entre l'entrepreneur et le sous-traitant, soit dans le contrat entre l'entrepreneur et le maître, soit encore dans un contrat nouveau entre le sous-traitant et le maître.

a. Le contrat entre l'entrepreneur et le sous-traitant: la stipulation pour autrui

a.1 Les parties à une stipulation pour autrui

Le droit suisse permet expressément la possibilité pour deux parties de prévoir que le bénéficiaire de la prestation convenue

est un tiers, et de conférer à ce tiers le droit de réclamer personnellement l'exécution de cette prestation (art. 112 al. 2 CO)⁶².

Une telle convention, qui aménage un droit direct du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, doit être intégrée dans le contrat entre l'entrepreneur et le sous-traitant. Cette construction contractuelle ne suppose pas l'accord du maître de l'ouvrage⁶³, à qui il sera simplement notifié qu'une stipulation pour autrui en sa faveur a été faite par l'entrepreneur et le sous-traitant.

Le maître de l'ouvrage n'aura alors qu'à déclarer au sous-traitant qu'il entend user de son droit pour que l'entrepreneur et le sous-traitant ne puissent plus modifier leur contrat à cet égard⁶⁴.

En pratique, un maître d'ouvrage peut convenir contractuellement avec l'entrepreneur que celui-ci devra conclure une stipulation pour autrui en sa faveur avec le sous-traitant. La conclusion de cette stipulation pour autrui devient alors une obligation contractuelle de l'entrepreneur envers le maître.

a.2 La conclusion de la stipulation pour autrui

La stipulation pour autrui parfaite suppose un accord de l'entrepreneur et du sous-traitant selon lequel l'ouvrage est fait en faveur du maître, qui aura le droit d'en réclamer personnellement l'exécution.

⁵² Sur ces questions, voir MARCHAND, Transport successif et transport de fait en droit aérien international, in *European Transport Law*, 1997, vol. 1, pp. 25–52.

⁵³ Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg 1978, non ratifiée par la Suisse.

⁵⁴ Convention de Guadalajara du 18 septembre 1961 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international effectué par une personne autre que le transporteur contractuel, RO 1964, p. 150.

⁵⁵ Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international effectué par une personne autre que le transporteur contractuel, RO 1964, p. 150.

⁵⁶ Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages, RO 1988, p. 1144.

⁵⁷ Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, Bruxelles, 1924, RO 1954 776 (Hague rules); Protocole portant modification de la Convention de 1924, Bruxelles, 1968 RO 1977 1077 (Visby rules); Protocole portant modification de la Convention de 1924 telle qu'amendée en 1968, Bruxelles 1979, RO 1988 927. Cf. Navire Ever-Grand in *Droit Maritime Français* 1991, p. 115: le réceptionnaire de la marchandise, porteur régulier du connaissance direct émis par le transporteur principal, peut agir contre le transporteur substitué même si celui-ci a émis un nouveau connaissance; également Cour d'appel de Rouen, 19 mars 1954, in *Droit Maritime Français* 1955 208.

⁵⁸ Convention relative au transport international de marchandises par route, Genève 1956, RO 1970, p. 851; Protocole du 5 juillet 1978, RO 1983 1933.

⁵⁹ Hof van Cassatie van België, 17.9.1987 in *European Transport Law* (ETL) 1988, p. 201, contra Bundesgerichtshof 24.10.1991, in ETL 1992, p. 839.

⁶⁰ Dans ce sens: ARMBRÜSTER, *Recht* 11 (1984) 84; TANDOGAN, *Réparation*, p. 309; YUNG, *Responsabilité*, p. 311.

⁶¹ CHAPPUIS, *SJ* 119 (1997) 171 ss.

⁶² Sur cette hypothèse, voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 134.

⁶³ OR-GONZENBACH, n° 6 ad Art. 112 OR.

⁶⁴ Art. 112 al. 3 CO. Cette déclaration n'est soumise à aucune condition de forme: OR-GONZENBACH, n° 18 ad Art. 111 OR.

Même si, en théorie, un tel accord peut résulter du comportement concluant des parties, il doit en pratique résulter très clairement du texte du contrat, car il suppose une dérogation à l'article 29 alinéa 2 Norme SIA 118, selon lequel «*Dans l'exécution de ses travaux, le sous-traitant n'a de rapport contractuel qu'avec l'entrepreneur*»⁶⁵. A titre d'exemple, le fait que le sous-traitant ait été désigné directement par le maître de l'ouvrage ne suffit pas à justifier une telle dérogation⁶⁶.

a.3 Les effets de la stipulation pour autrui

La stipulation pour autrui parfaite n'affecte en rien les droits de l'entrepreneur vis-à-vis du sous-traitant, qui reste son co-contractant. Le maître de l'ouvrage devient, solidairement avec l'entrepreneur, créancier d'un certain nombre de droits contre le sous-traitant.

Le maître de l'ouvrage peut ainsi directement:

- agir en exécution contre le sous-traitant⁶⁷,
- mettre le sous-traitant en demeure d'exécution en cas de retard⁶⁸,
- formellement renoncer à l'exécution en cas de mise en demeure⁶⁹, conformément aux conditions de l'article 107 CO,
- agir en dommages-intérêts contre le sous-traitant, que ce soit en cas de retard⁷⁰ ou en cas de défaut de l'ouvrage⁷¹,
- exiger la réparation de l'ouvrage⁷².

Le maître de l'ouvrage ne peut cependant pas exercer directement des droits formateurs issus de la sous-convention à laquelle il n'est pas partie, soit en particulier⁷³:

- résoudre ou résilier le contrat, en cas de demeure, en cas de défaut, ou sans motif,
- exercer l'action minutoire en cas de défaut de l'ouvrage.

Ces prétentions tendent en effet à modifier le contenu du contrat et ne peuvent être exercées que par l'entrepreneur, qui est partie au sous-contrat.

a.4 Les moyens de défense du sous-traitant

Le sous-traitant n'est pas défavorisé par cette structure. Il **peut en effet faire valoir** contre le maître de l'ouvrage⁷⁴:

- *Les exceptions ou objections découlant de son contrat avec l'entrepreneur.*

Toutes les dispositions du sous-contrat sont opposables au maître. Ainsi, le sous-traitant reste au bénéfice d'une éventuelle clause de dérogation de responsabilité prévue par son contrat avec l'entrepreneur. Tous les cas de nullité du contrat, les conditions suspensives ou résolutoires, les cas d'invalidation pour lésion, erreur essentielle, dol, crainte fondée, les cas de résolution (par exemple en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur: art. 83 al. 2 CO), ou les cas d'impossibilité d'exécution qui affectent le contrat entre le sous-traitant et l'entrepreneur, peuvent être opposés au maître par le sous-traitant.

De même le sous-traitant peut-il faire valoir la prescription de la créance, dont le *Dies a quo* doit se déterminer selon le sous-contrat. La prescription annale ou quinquennale de l'article 371 CO court dès la livraison de l'ouvrage par le sous-traitant

à l'entrepreneur, et non dès la livraison de l'ouvrage final de l'entrepreneur au maître de l'ouvrage.

Si l'entrepreneur n'a pas respecté son incombance d'avis des défauts (art. 367 al. 1 CO), le sous-traitant peut opposer la péremption qui en découle au maître de l'ouvrage, à qui il ne restera plus qu'à se retourner contre l'entrepreneur.

Enfin, l'exception de non-exécution réciproque de l'article 82 CO⁷⁵ permet au sous-traitant de refuser l'exécution que lui réclame le maître de l'ouvrage, si l'entrepreneur ne le paie pas au terme prévu par le contrat.

- *Ses exceptions ou objections personnelles contre le maître de l'ouvrage.*

Le sous-traitant peut notamment compenser la créance que le maître de l'ouvrage fait valoir contre lui, avec une créance qu'il aurait contre le maître de l'ouvrage⁷⁶.

Au contraire, le sous-traitant **ne peut pas faire valoir**⁷⁷:

- *Les exceptions ou objections découlant du contrat principal entre l'entrepreneur et le maître.*

Si le contrat principal comprend une clause d'exonération de responsabilité de l'entrepreneur, qui n'a pas d'équivalent dans le contrat entre le sous-traitant et l'entrepreneur, le maître pourra agir en dommages-intérêts contre le sous-traitant, sans que celui-ci ne puisse faire valoir le fait que le maître n'aurait pas été en mesure d'agir contre l'entrepreneur.

De même, si le maître de l'ouvrage n'a pas notifié à temps l'avis des défauts à l'entrepreneur, alors que celui-ci a respecté cette incombance vis-à-vis de son sous-traitant, le sous-traitant ne pourra faire valoir la péremption découlant du défaut de diligence du maître. Celui-ci sera empêché d'agir contre l'entrepreneur, mais pas contre le sous-traitant.

Si le contrat principal a été résolu, le maître garde en principe les droits découlant de la stipulation pour autrui parfaite, puisque celle-ci lui confère un droit indépendant. Il pourrait cependant être choquant que le maître de l'ouvrage agisse en exécution

⁶⁵ De façon plus générale, aucun usage ne consacre la stipulation pour autrui dans le cas de la sous-traitance: voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 165.

⁶⁶ CHAIX, p. 221.

⁶⁷ GAUCH, *Werkvertrag*, n° 166; ATF 120 II 116.

⁶⁸ CHAIX, p. 226.

⁶⁹ OR-GONZENBACH, n° 15 *ad* Art. 112 OR.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ GAUCH, *Werkvertrag*, n° 1497.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Sur le principe, voir ATF 114 II 239; BK-BECKER, n° 26 *ad* Art. 112; GAUCH, *Werkvertrag*, n° 1497; OR-GONZENBACH, n° 15 *ad* Art. 112; ENGEL, *Obligations*, p. 426.

⁷⁴ BUCHER, p. 483; OR-GONZENBACH, n° 17 *ad* Art. 112 OR; GAUCH/SCHLUEP, n° 4030; ENGEL, *Obligations*, p. 427.

⁷⁵ Voir notamment BUCHER, p. 483; ATF 92 II 10.

⁷⁶ Voir notamment BUCHER, p. 483, note 68, qui apporte un tempérament à ce principe.

⁷⁷ OR-GONZENBACH, n° 17 *ad* Art. 112 OR.

tion contre le sous-traitant, alors que son contrat avec l'entrepreneur a été résolu, par exemple en raison de l'insolvabilité du maître de l'ouvrage (art. 83 CO). L'interdiction de l'abus de droit apporte un tempérament à cette situation surprenante.

– *Ses exceptions personnelles contre l'entrepreneur.*

Le sous-traitant ne pourra compenser les prétentions du maître à son égard, avec une créance qu'il avait contre l'entrepreneur⁷⁸. On pense évidemment à la créance en paiement du prix de l'ouvrage: le sous-traitant actionné en responsabilité par le maître pour le défaut de l'ouvrage ne peut faire valoir, à titre compensatoire, le fait qu'il n'a pas été payé par le maître (alors que s'il est actionné en responsabilité dans le cadre d'une mise en demeure, il pourra faire valoir le non-paiement comme clause libératoire au sens de l'art. 82 CO). La rigueur de cette solution est cependant tempérée par le fait que le sous-traitant garde sa créance en paiement contre l'entrepreneur, et jouit d'une hypothèque légale sur l'ouvrage, garantissant le paiement du prix, fût-ce aux dépens du maître.

**b. Contrat entre le maître et l'entrepreneur:
la cession de créance**

b.1 Les parties à la cession de créance

Dans le contrat principal entre le maître et l'entrepreneur, il peut être prévu une cession des droits de l'entrepreneur contre le sous-traitant, en particulier une cession de l'action en dommages-intérêts. La cession de créances futures est en effet admise par la jurisprudence⁷⁹.

Une telle cession ne suppose pas l'accord du sous-traitant.

b.2 La conclusion d'un accord de cession de créance

Une cession de créance doit faire l'objet d'un contrat écrit (art. 165 al. 1 CO).

Elle peut être intégrée au contrat principal. Il s'agit alors de la cession de créances futures. Il appartient dans ce cas aux parties de rendre la créance future cédée suffisamment déterminable quant à la personne du débiteur, son fondement juridique et son contenu⁸⁰.

La cession de créance peut également être convenue ultérieurement par le maître et l'entrepreneur, lorsque la cause de la créance (par exemple le défaut de l'ouvrage) est survenue.

b.3 Les effets de la cession de créance

Lorsqu'une cession de créance est convenue entre le maître et l'entrepreneur, le maître se substitue à l'entrepreneur dans l'exercice du droit cédé. Le sous-traitant doit être informé de la cession (art. 167 CO).

Le droit cédé peut être:

- le droit d'exiger l'exécution,
- le droit futur à des dommages-intérêts en cas de défaut, retard ou inexécution,
- le droit à la réparation de l'ouvrage⁸¹.

Par contre, les droits formateurs tels que l'action rédhibitoire et l'action minutoire⁸² ne peuvent être cédés sans l'accord du sous-traitant: ils tendent en effet à la modification du contenu du contrat entre sous-traitant et entrepreneur, et ne peuvent être exercés

par un tiers sans l'accord du sous-traitant⁸³. Il ne s'agirait plus alors d'une simple cession de créance, mais d'une cession de contrat, tendant à faire disparaître l'entrepreneur de la configuration contractuelle⁸⁴.

b.4 Les moyens de défense du sous-traitant

La cession de créance n'affecte pas les droits du sous-traitant, qui peut faire valoir contre le maître de l'ouvrage toutes les exceptions qu'il avait contre l'entrepreneur au moment où il a été informé de la cession (art. 169 al. 1 CO)⁸⁵. Comme dans le cas de la stipulation pour autrui, le sous-traitant peut donc faire valoir les exceptions et objections découlant de son contrat avec l'entrepreneur, mais pas celles qui découlent du contrat principal entre le maître et l'entrepreneur.

Contre la prétention du maître de l'ouvrage, le sous-traitant pourra faire valoir une compensation avec:

- une créance qu'il peut avoir contre le maître de l'ouvrage,
- une créance qu'il peut avoir contre l'entrepreneur, notamment sa créance en paiement du prix de l'ouvrage, si cette créance n'était pas exigible lorsqu'il a eu connaissance de la cession, et si cette créance est devenue exigible avant que la créance cédée ne le soit (art. 169 al. 2 CO).

En d'autres termes, le sous-traitant ne pourra compenser une créance en dommages-intérêts du maître en cas de défaut de l'ouvrage, avec sa propre créance en paiement du prix de l'ouvrage, que si les événements sont intervenus dans l'ordre chronologique suivant: notification de la cession au sous-traitant, date convenue pour le paiement de l'ouvrage au sous-traitant, survenance du défaut.

c. Contrat entre le sous-traitant et le maître

Le sous-traitant et le maître de l'ouvrage n'ont en principe aucune relation contractuelle directe. Il est cependant possible qu'un droit contractuel direct du maître contre le sous-traitant résulte d'une garantie donnée directement au maître par le sous-traitant. Ainsi le sous-traitant peut-il promettre au maître une «exécution sans défaut», ou un «travail irréprochable»⁸⁶.

Une telle obligation de garantie suppose l'accord du sous-traitant, et ne saurait découler du contrat principal entre le maître et l'entrepreneur, même si ce contrat garantit le travail parfait du sous-traitant⁸⁷.

⁷⁸ ATF 112 II 40; 115 II 248.

⁷⁹ Voir OR-GIRSBERGER, n° 36 ss ad Art. 164 OR.

⁸⁰ ATF 57 I 539; 84 II 366.

⁸¹ Soit toute créance découlant du contrat, dont l'exercice n'affecte pas le contenu de l'exécution du contrat. Sur l'action en réparation en particulier, voir ATF 114 II 239, 247; GAUCH/SCHLUEP, n° 3556.

⁸² Voir cependant les opinions contraires mentionnées par GAUCH/SCHLUEP, n° 3556. Il est à notre avis inopportun que le maître puisse demander au sous-traitant une réduction du prix, alors que le débiteur du paiement est l'entrepreneur.

⁸³ OR-GIRSBERGER, n° 33 ad Art. 164 OR; GAUCH/SCHLUEP, n° 3556.

⁸⁴ Sur la cession de contrat, voir CHAIX, p. 37 ss.

⁸⁵ Pour un assouplissement de cette règle, voir OR-GIRSBERGER, n° 6 ad Art. 169 OR; BUCHER, p. 568.

⁸⁶ GAUCH, Werkvertrag, n° 164.

⁸⁷ CHAIX, p. 219.

Il s'agit alors d'un rapport de droit indépendant du contrat principal et du contrat de sous-traitance. La clause de garantie détermine l'étendue des droits du maître et leurs modalités. Les moyens de défense du sous-traitant sont exclusivement ceux qui découlent du contrat de garantie ou de ses relations personnelles avec le maître, à l'exclusion des exceptions ou objections découlant du contrat principal ou du contrat de sous-traitance.

d. Le contrat multilatéral

On ne saurait conclure cet exposé des différentes configurations contractuelles aménageant un droit contractuel direct du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant sans mentionner la possibilité d'une adhésion du maître au contrat entre l'entrepreneur et le sous-traitant. Il ne s'agit plus alors à proprement parler d'un contrat de sous-traitance, mais d'un contrat multilatéral auquel le maître est partie au même titre que l'entrepreneur⁸⁸.

2. Le droit dispositif

a. Le silence relatif du droit suisse

Les parties au contrat peuvent exclure tout droit direct du maître contre le sous-traitant, ce qui est le cas lorsque les normes SIA sont applicables⁸⁹. Elles peuvent également aménager un tel droit direct, comme nous venons de le voir. Il reste cependant à déterminer quelle doit être la situation juridique lorsque les parties n'ont ni exclu, ni aménagé le droit direct du maître contre le sous-traitant.

Les règles du contrat d'entreprise se réfèrent implicitement à l'hypothèse de la sous-traitance (art. 364 al. 2 CO), mais restent muettes quant aux rapports entre les différentes parties à une opération de sous-traitance. Elles n'excluent ni n'imposent la solution du droit direct.

Comme nous l'avons déjà souligné, les règles du contrat de mandat, au contraire, instituent expressément un tel droit direct:

«Le mandant peut faire valoir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée les droits que ce dernier a contre elle» (art. 399 al. 3 CO).

Dans le silence de la loi en matière de contrat d'entreprise, se pose la question de l'application par analogie de l'article 399 alinéa 3 CO.

b. Application de l'article 399 alinéa 3 CO au sous-contrat d'entreprise

De nombreux arguments d'opportunité militent en faveur de l'application par analogie de l'article 399 alinéa 3 CO au contrat d'entreprise:

- Le contrat d'entreprise, comme le contrat de mandat, est un contrat dont l'exécution s'inscrit dans une longue période⁹⁰. Or, la loi aménage des droits directs dans tous les cas de ce type, sauf dans le cas du contrat d'entreprise.
- Certains contrats d'entreprise sont si proches d'un contrat de mandat que les distinctions sont difficiles à faire en pratique et justifient de longs développements doctrinaux et jurisprudentiels. Ainsi la nature du contrat d'architecte a-t-elle été longtemps contestée⁹¹.

- La doctrine considère que l'article 399 alinéa 3 CO s'applique au cas où le contrat principal est un contrat de mandat, et le sous-contrat un contrat d'entreprise⁹². Du point de vue du sous-traitant, la nature du contrat principal ne joue aucun rôle et on ne voit pas pourquoi il devrait être traité différemment sur la base de ce critère.

- La gratuité qui fait la spécificité théorique du contrat de mandat ne correspond plus à la pratique⁹³.

- L'article 399 alinéa 3 CO ne se justifie pas par la responsabilité limitée du mandataire en cas de sous-mandat autorisé (art. 399 al. 2 CO): l'article 399 alinéa 3 CO s'applique également aux cas de sous-mandat non autorisé, pour lequel le mandataire principal répond sans limites vis-à-vis du mandant.

- La justification pratique de l'article 399 alinéa 3 CO vaut pour le contrat d'entreprise autant que pour le contrat de mandat: il s'agit d'éviter que le mandant ne puisse s'adresser qu'au mandataire, devant lui-même se retourner pour la même prétention contre le sous-mandataire. L'absurdité de la situation saute aux yeux: «*Dass ein solcher Umweg unpraktisch wäre und den Hauptauftraggeber unter Umständen zu einem «Zweifrontenkrieg» zwingen würde, liegt auf der Hand*»⁹⁴.

- L'article 399 alinéa 3 CO donne au mandant un droit direct contre le sous-mandataire alors même que le sous-mandataire n'a aucun droit contractuel contre le mandant⁹⁵. La situation est moins déséquilibrée en matière de contrat d'entreprise, puisque le sous-traitant dispose d'une hypothèque légale sur l'ouvrage, qui rend en pratique le maître de l'ouvrage garant du paiement du prix au sous-traitant. Le droit direct du maître de l'ouvrage serait alors la contrepartie à sa position de garant du paiement au sous-traitant.

c. Les effets de l'application par analogie de l'article 399 alinéa 3 CO au contrat d'entreprise

L'article 399 alinéa 3 crée un rapport de solidarité entre le maître et l'entrepreneur pour leurs prétentions communes⁹⁶. L'entrepreneur ne perd aucune prétention contre le sous-traitant, ni le maître contre l'entrepreneur. Sur ces rapports de base se greffe le droit du maître de faire valoir, solidairement avec l'entrepreneur, un certain nombre de droits contre le sous-traitant.

Les droits que peut faire valoir le maître sont:

- Le droit de demander l'exécution du sous-contrat, de mettre en demeure le sous-traitant, et de renoncer à l'exécution au sens de l'article 107 CO⁹⁷.

⁸⁸ Sur cette hypothèse, voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 1494.

⁸⁹ Cf. supra, V.1.a.2.

⁹⁰ Voir cependant GAUCH, *Werkvertrag*, n° 9.

⁹¹ GAUCH, *Werkvertrag*, n° 47–64.

⁹² BK-FELLMANN, n° 562 *ad* Art. 398 OR.

⁹³ OR-WEBER, n° 16 *ad* Art. 394.

⁹⁴ BK-FELLMANN, n° 92 *ad* Art. 399 OR.

⁹⁵ BK-FELLMANN, n° 108 *ad* Art. 399 OR.

⁹⁶ BK-FELLMANN, n° 97 *ad* Art. 399 OR, qui rejette l'idée d'une cession légale soutenue par certains auteurs.

⁹⁷ TERCIER, n° 4011; CHAIX, p. 241.

- Le droit à des dommages-intérêts en cas d'inexécution ou de défaut⁹⁸. Certains auteurs considèrent que l'article 399 alinéa 3 CO ne concerne pas l'action en dommages-intérêts⁹⁹. Il s'agit là d'une restriction abusive du champ d'application de l'article 399 alinéa 3 CO: le droit de demander l'exécution du contrat implique le droit de faire valoir les droits découlant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution, dans la mesure où ces droits ne remettent pas en cause la substance du sous-contrat. On ne saurait conférer à un tiers le droit de demander l'exécution d'une prestation, en le privant du droit de se plaindre de l'inexécution ou de la mauvaise exécution, c'est-à-dire d'agir en dommages-intérêts: on ne donne pas une étoile de shérif à un cow-boy en lui interdisant le port d'arme.
- Le droit de demander la réparation de l'ouvrage¹⁰⁰. Il s'agit d'une forme particulière de l'action en exécution, qui ne saurait connaître un sort différent.

L'article 399 alinéa 3 CO ne rend cependant pas le bénéficiaire du droit direct partie au sous-contrat. Celui-ci n'a donc pas la possibilité de modifier la substance de ce sous-contrat à travers l'exercice de droits formateurs¹⁰¹, tels que:

- l'action minutoire,
- l'action réhibitoire,
- la résolution du contrat en cas de demeure,
- la résiliation du contrat sans motifs¹⁰².

d. Les moyens de défense du sous-traitant dans le cadre de l'article 399 alinéa 3 CO

La littérature relative à l'article 399 alinéa 3 CO réserve au sous-traitant des moyens de défense tout à fait comparables à ceux qui lui sont réservés en cas de stipulation pour autrui. Le sous-traitant peut en effet faire valoir:

- Les exceptions et objections découlant du sous-contrat entre le sous-traitant et l'entrepreneur¹⁰³. Cette règle découle du texte même de l'article 399 alinéa 3 CO, selon lequel le bénéficiaire du droit direct ne peut faire valoir que les droits que le mandataire/entrepreneur détient contre le sous-mandant/sous-traitant.
- Ses exceptions personnelles contre le maître de l'ouvrage, comme la compensation¹⁰⁴.

La doctrine considère que le sous-mandant peut également faire valoir les exceptions personnelles dont il dispose contre l'entrepreneur, en particulier l'exception de compensation¹⁰⁵. Il nous semble que les restrictions posées à l'article 169 alinéa 2 CO devraient au moins être respectées. Certes, l'article 399 alinéa 3 CO n'instaure pas en faveur du maître une cession légale des droits de l'entrepreneur envers le sous-traitant. L'article 169 alinéa 2 CO est cependant la seule règle posée par le législateur dans une situation voisine. Ses critères doivent être retenus dans le cadre de l'application de l'article 399 alinéa 3 CO.

Enfin, le sous-traitant ne peut pas faire valoir les exceptions ou objections découlant du contrat principal entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur¹⁰⁶. Le maître de l'ouvrage peut ainsi bénéficier du contrat plus favorable que l'entrepreneur a passé avec le sous-traitant. Si le contrat principal contient une clause d'exclusion de responsabilité qui n'est pas reprise dans le con-

trat de sous-traitance, le maître pourra agir en responsabilité contre le sous-traitant, alors qu'il n'aurait pas pu le faire contre l'entrepreneur.

VI. Conclusion

De nombreux contrats du droit suisse connaissent, sous une forme ou une autre, un droit direct du bénéficiaire d'une prestation contre le sous-prestataire. Les règles du contrat d'entreprise restent cependant silencieuses à ce sujet.

Les parties peuvent y remédier, soit en excluant toute relation contractuelle entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, soit au contraire en aménageant un droit direct du maître, à travers une stipulation pour autrui, une cession de créance ou une garantie expresse.

Si le contrat reste silencieux, il appartient au juge de le compléter selon les pouvoirs que l'article 1 alinéa 2 du Code Civil lui confère. Il ne peut s'arrêter dans ce travail de création du droit au principe général de la relativité du contrat, qui souffre de nombreuses exceptions. Il doit également rechercher les règles similaires du Code des obligations applicables aux contrats les plus proches.

Dans ce cadre, il doit appliquer les solutions de l'article 399 alinéa 3 CO qui permettent au maître d'agir directement en exécution, en dommages-intérêts et en réparation de l'ouvrage contre le sous-traitant. Cette solution ménage la réalité contractuelle et la réalité pratique:

- Elle ménage la réalité contractuelle, puisqu'elle maintient les droits du maître contre l'entrepreneur, conserve à l'entrepreneur tous ses droits contre le sous-traitant, interdit au maître de modifier la substance du sous-contrat par l'exercice des droits formateurs réservés à l'entrepreneur, et protège enfin le sous-traitant en le laissant jouir des moyens de défense qui découlent du sous-contrat.

⁹⁸ TERCIER, n° 4011.

⁹⁹ BK-FELLMANN, n° 102 *ad* Art. 399 OR. Sur les solutions de rattrapage que constituent les théories allemandes du déplacement de l'intérêt ou du contrat avec effet de protection pour les tiers, voir CHAIX, p. 244 ss.

¹⁰⁰ CHAIX, p. 240. L'analogie avec les solutions préconisées par la doctrine en matière de stipulation pour autrui parfaite (notamment GAUCH, n° 1497) s'impose à notre avis.

¹⁰¹ BK-FELLMANN, n° 108 *ad* Art. 399 OR.

¹⁰² Sur ces deux derniers cas, voir BK-FELLMANN, n° 103 *ad* Art. 399 OR. *Contra* cependant TERCIER, n° 4011; BK-GAUTSCHI, n° 10b *ad* Art. 399; ATF 110 II 186, au sujet d'une résiliation au sens de l'article 404 CO. Il nous semble, avec FELLMANN, que l'article 399 alinéa 3 CO doit s'inscrire dans la logique globale que la présente contribution tend à dégager, à travers les cas de stipulation pour autrui et de cession de créance.

¹⁰³ BK-FELLMANN, n° 110 *ad* Art. 399 OR, qui cite le cas de l'article 82 CO. Le sous-traitant peut donc opposer au maître le fait qu'il n'a pas été payé par l'entrepreneur.

¹⁰⁴ *Ibid*, n° 112.

¹⁰⁵ *Ibid*, n° 111, contrairement aux règles que la jurisprudence a posées en matière de stipulation pour autrui (ATF 112 II 40).

¹⁰⁶ *Ibid*, n° 112.

– Elle correspond également à la réalité pratique, puisqu'elle permet au maître de l'ouvrage d'agir directement contre celui qui a été négligent, court-circuitant d'artificiels recours internes. Tous ceux qui ont commandé des travaux savent que bien souvent, les rapports du maître avec les sous-traitants présents sur le site sont plus étroits, plus empreints de confiance et d'expectatives mutuelles que les rapports du maître avec un lointain entrepreneur général.

Elle profite aux trois parties: au maître qui obtient des droits supplémentaires, à l'entrepreneur qui évite de devoir faire face à un «*Zweifrontenkrieg*», et au sous-traitant qui évite de mettre l'entrepreneur, c'est-à-dire son client, dans l'embarras, tout en conservant tous les moyens de défense que lui réservent les solutions classiques.

En d'autres termes, le maître obtient réparation de son dommage par celui qui l'a causé; le sous-traitant répare ni plus ni moins que le préjudice qu'il a causé, dans les limites de son contrat; l'entrepreneur, enfin, reste au-dehors de la liquidation d'un dommage qu'il n'a ni causé, ni subi. Qui s'en plaindrait, sinon quelques zéloteurs fanatiques du principe de la relativité des contrats?

Bibliographie

- ARMBRÜSTER CHRISTIAN, Drittschäden und vertragliche Haftung, *in* Recht 11 (1993) 84–91.
- BECKER HERMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, t. VI. 1, Art. 1–183 OR, 2^e édition, Stämpfli, Bern 1941; cité: BK-BECKER.
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, t. VI. 1. 3. 1., Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, Stämpfli, Bern 1990; cité: BK-BREHM.
- BUCHER EUGEN, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Vorbemerkungen vor Art. 1–40), Helbing & Lichtenhahn / 2^e édition, Basel 1996; cité: OR-BUCHER.
- Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2^e édition, Schulthess, Zürich 1988.
- CERUTTI ROMEO, Der Untervertrag, thèse Fribourg, Universitätsverlag Fribourg Schweiz, Fribourg 1990.
- CHAIX FRANÇOIS, Le contrat de sous-traitance en droit suisse: limites du principe de la relativité des conventions, thèse Genève, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1995.
- CHAPPUIS CHRISTINE, La responsabilité fondée sur la confiance, *in* SJ 119 (1997) 165–176.
- CHAVANNE SYLVIE, Le retard dans l'exécution des travaux de construction: selon le Code des obligations et la norme SIA 118, mémoire de DES Genève, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993.
- DESCHENAUX HENRI, TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, 2^e édition, Stämpfli, Berne 1982.
- ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse: traité de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, art. 183 à 551 CO ainsi que quelques contrats innommés, Stämpfli, Berne 1992; cité: Contrats.
- Traité des obligations en droit suisse: dispositions générales du CO / 2^e édition, Stämpfli, Berne 1997; cité: Obligations.
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, t. VI. 2. 4, Art. 394–406 OR, Stämpfli, Bern 1992; cité: BK-FELLMANN.
- GABRIEL BRUNO, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, thèse Fribourg, Huber Druck AG, Entlebuch 1987.
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag: Ein systematischer Grundriss, 4^e édition, Schulthess, Zürich 1996; cité: Werkvertrag.
- GAUCH PETER, SCHLUEP WALTER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 6^e édition, Schulthess, Zürich 1995.
- GAUCH PETER, SWEET JUSTIN, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, *in* Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Schulthess, Zürich 1989, pp. 117–140.
- GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, t. VI. 2. 4, art. 394–406 OR, Stämpfli, Bern 1971; cité: BK-GAUTSCHI.
- GIRSBERGER DANIEL, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Art. 164–174), Helbing & Lichtenhahn, 2^e édition, Basel 1996; cité: OR-GIRSBERGER.
- GONZENBACH RAINER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Art. 112–118), Helbing & Lichtenhahn, 2^e édition, Basel 1996; cité: OR-GONZENBACH.
- GROSSEN JACQUES-MICHEL, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, *in* Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Universitätsverlag, Fribourg 1968, pp. 121–136.
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 8^e édition, Schulthess, Zürich 1991, cité: GUHL/COLLABORATEURS.
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, 3^e édition, Stämpfli, Bern 1995.
- KELLER MAX, GABI SONJA, Haftpflichtrecht, 2^e édition, Helbing et Lichtenhahn, Basel/Frankfurt-am-Main 1988.
- KOLLER ALFRED, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, thèse Fribourg, Schulthess, Zürich 1980.
- KRAMER ERNST A., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, tome 2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil (§§ 241–432), C.H. Beck, München 1979; cité: Münchener Kommentar.
- «Reine Vermögensschäden» als Folge von Stromkabelbeschädigungen, *in* Recht 2 (1984) 128–134.
- MARCHAND SYLVAIN, Transport successif et transport de fait en droit aérien international, *in* European Transport Law, 1997 Vol. 1 pp. 25–52.
- MARKESINIS B.S., An expanding tort law: the price for a rigid contract law, *in* The Law Quarterly Review 1987, 354–397.
- NEUMAYER KARL; MING CATHERINE, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire, CEDIDAC, Lausanne 1993.
- OTT WALTER, Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn: Gedanken zum Problem der sachkundigen Hilfsperson, *in* RSJ 74 (1978) 285–290.
- REHBINDER MANFRED, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Art. 319–363), Helbing & Lichtenhahn, 2^e édition, Basel 1996; cité: OR-REHBINDER.
- SPIRO KARL, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Stämpfli, Bern 1984.
- TANDOGAN HALUK, La réparation du dommage causé à un tiers, *in* Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, pp. 305–323.
- TERCIER PIERRE, Les contrats spéciaux, Schulthess, Zurich 1995.
- WEBER ROLF H., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Helbing & Lichtenhahn (Art. 394–411), 2^e édition, Basel 1996; cité: OR-WEBER.
- YUNG WALTER, La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés, *in* Etudes et articles, Mémoires publiés par la Faculté de Droit, Georg, Genève 1971, pp. 303–321.
- ZWEIGERT KONRAD, KÖTZ HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, tome I: Grundlagen, J.C.B. Mohr, Tübingen 1971.