

COMMISSION UNIVERSITÉ-PALAIS



FORMATION PERMANENTE CUP

DROIT DE LA CONSTRUCTION

par

Cécile DUMORTIER, juge au tribunal de première instance de Liège

André DELVAUX, avocat au barreau de Liège, maître de conférences à l'U.Lg.

Albert-L. FETTWEIS, juge au tribunal de première instance de Liège, collaborateur à l'U.Lg.

Paul-Alain FORIERS, avocat au barreau de Bruxelles, maître de conférences à l'U.L.B.

Jean-Marie GÉRADIN, avocat au barreau de Liège

Jean-Noël KRAEWINKELS, avocat au barreau de Liège

Paul SCHILLINGS, avocat au barreau de Liège

VOLUME XII - 8.11.96

Table des matières

L'ENREGISTREMENT ET LA LUTTE CONTRE LES POURVOYEURS DE MAIN-D'OEUVRE

par Messieurs Jean-Marie GERADIN et Paul SCHILLINGS,
avocats au barreau de Liège 5

QUESTIONS ACTUELLES RELATIVES AUX INTERVENANTS DANS LA CONSTRUCTION ET LEURS RESPONSABILITÉS AVANT LA RÉCEPTION AGRÉATION

par Monsieur André DELVAUX,
avocat au barreau de Liège, maître de conférences à l'U.Lg.
et Monsieur Jean-Noël KRAEWINKELS,
avocat au barreau de Liège 35

LA RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRENEUR APRÈS RÉCEPTION AGRÉATION

par Monsieur Paul-Alain FORIERS,
avocat au barreau de Bruxelles,
maître de conférences à l'U.L.B. 163

QUESTIONS ACTUELLES RELATIVES AUX CONTRATS VISÉS PAR LA LOI BREYNE

par Madame Cécile DUMORTIER,
juge au tribunal de première instance de Liège 185

L'INSTRUCTION DES LITIGES DE LA CONSTRUCTION - QUELQUES QUESTIONS PRATIQUES

par Monsieur Albert-L. FETTWEIS,
juge au tribunal de première instance de Liège,
collaborateur à l'U.Lg. 201

***L'ENREGISTREMENT
DES ENTREPRENEURS ET
LA LUTTE CONTRE LES
POURVOYEURS DE
MAIN-D'OEUVRE***

**Jean-Marie Gérardin
et Paul Schillings
avocats au barreau de Liège,**

SOMMAIRE

LÉGISLATION	9
BIBLIOGRAPHIE	11
SECTION I	
INTRODUCTION	13
SECTION II	
RÈGLES GÉNÉRALES APPLICABLES À CELUI QUI FAIT APPEL	
À UN ENTREPRENEUR NON ENREGISTRÉ	15
1. <i>Champ d'application</i>	15
1.1. <i>Absence d'obligation d'enregistrement</i>	15
1.1.1. <i>Ratione personae</i>	15
1.1.1.1. <i>Dans le chef de celui</i>	
<i>qui contracte avec l'entrepreneur</i>	15
1.1.1.2. <i>Dans le chef de l'entrepreneur</i>	17
1.1.2. <i>Ratione materiae</i>	17
1.1.2.1. <i>Travaux visés</i>	17
1.1.2.2. <i>Exclusions</i>	19
2. <i>Obligations et conséquences en cas d'appel à un</i>	
<i>entrepreneur non enregistré</i>	20
2.1. <i>Obligations</i>	20
2.2. <i>Conséquences</i>	21
3. <i>Cas particulier: faillite de l'entrepreneur</i>	24

SECTION III

LES DISPOSITIONS « ANTINÉGRIERS »..... 25

 1. *Introduction* 25

 2. *Champ d'application* 26

 2.1. *Ratione personae* 26

 2.2. *Ratione materiae* 27

 2.2.1. *Sur base des dispositions de la législation sociale*..... 27

 2.2.2. *Sur base des dispositions de la législation fiscale* 27

 2.2.3. *Exceptions* 28

 2.3. *Ratione temporis*..... 29

 2.4. *Définition de la notion de chantier* 29

 3. *Obligations de l'entrepreneur principal* 29

 3.1. *Retenue* 29

 3.2. *Solidarité*..... 31

 3.3. *Tenue des listes journalières - livres journaliers - cartes d'identité sociale* 31

 3.4. *Renseignements à fournir à l'ONSS*..... 32

 4. *Obligations du sous-traitant* 32

 5. *Sanctions* 15

 5.1. *En cas de non-assujettissement d'un travailleur* 32

 5.2. *En cas de manquement à l'obligation d'information à l'égard de l'ONSS*..... 33

 5.3. *En cas de manquement à la tenue des listes journalières - livres journaliers - cartes d'identité sociale ..* 34

Législation

- Loi anticrise du 4 août 1978 de réorientation économique insérant un article 30bis dans la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et un article 299bis dans le Code des impôts sur les revenus devenu 400 à 404 dans le nouveau C.I.R. suite à la loi de coordination du 12 juin 1992.
- Arrêté royal du 5 octobre 1978 portant exécution des articles 30bis de la loi du 27 juin 1969 et 299bis du C.I.R.
- Arrêté royal n°5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux.
- Arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux.
- Loi programme du 6 juillet 1989 insérant un article 30ter dans la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et un article 299ter dans le Code des impôts sur les revenus devenu 405 à 408 dans le nouveau C.I.R. suite à la loi de coordination du 12 juin 1992.
- Arrêté royal des 12 et 19 mars 1990 portant exécution des article 30ter de la loi du 27 juin 1969 et l'article 299ter du C.I.R. et modifiant l'arrêté royal du 5 octobre 1978.
- Loi du 20 juillet 1991 modifiant l'art. 30ter de la loi du 27 juin 1969.
- Arrêté royal du 12 décembre 1991 modifiant l'arrêté royal du 5 octobre 1978.
- Loi du 6 août 1993 modifiant l'article 30ter de la loi du 27 juin 1969.
- Arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du nouveau C.I.R.
- Loi du 23 mars 1994 modifiant l'arrêté royal du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux.
- Loi du 30 mars 1994 modifiant l'article 30ter de la loi du 27 juin 1969.
- Arrêté royal du 30 juin 1994 exécutant l'article 30 ter, § 4 bis le la loi du 27 juin 1969.
- Arrêté royal du 1 juillet 1994 relatif à la tenue des cartes d'identité sociale.

- Arrêté royal du 12 août 1994 modifiant l'arrêté royal du 12 mars 1990.
- Arrêté royal du 12 août 1994 exécutant l'article 30 ter § 7 alinéa 2 de la loi du 27 juin 1969.
- Arrêté royal du 15 septembre 1994 modifiant l'arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du nouveau C.I.R.
- Arrêté royal du 22 décembre 1994 modifiant l'arrêté royal du 12 mars 1990.
- A.M. du 22 décembre 1994 portant exécution de l'arrêté royal du 1 juillet 1994 relatif à la tenue des cartes d'identité sociale.
- Arrêté royal du 23 décembre 1994 modifiant l'arrêté royal du 1 juillet 1994 relatif à la tenue des cartes d'identité sociale.
- Arrêté royal du 10 février 1995 modifiant l'arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du nouveau C.I.R.
- Arrêté royal du 11 décembre 1995 modifiant l'arrêté royal du 1 juillet 1994 relatif à la tenue des cartes d'identité sociale et l'arrêté royal du 12 août 1994 modifiant l'arrêté royal du 12 mars 1990.
- Arrêté ministériel du 1er février 1996 modifiant l'arrêté ministériel du 22 décembre 1994 portant exécution de l'arrêté royal du 1 juillet 1994 relatif à la tenue des cartes d'identité sociale.
- Arrêté royal du 1er juillet 1996 portant exécution des articles 299bis et 299ter du C.I.R. devenus articles 400 à 408 du nouveau C.I.R. (loi du 12 juin 1992) et des articles 30bis et 30ter de la loi du 27 juin 1969.

Bibliographie

- CAEYMAEX, J., « L'enregistrement des entrepreneurs et la faillite », Entr. et dr., 1988, p. 389 sq. et Manuel des sûretés mobilières, éditions du Jeune barreau de Liège, chapitre 32 § 7 et chapitre 61 § 2.
- DELVAUX, A. et DESSARD, D., « Le contrat d'entreprise », Rép. Not., t. IX, Liv. VIII, Larcier 1991.
- DIEUSAERT, L. et DEVROEY, M., « L'enregistrement dans la construction », Entr. et dr., 1985.
- FLAMME, M.A. et Ph., « Le droit des constructeurs », Entr. et dr. 1984.
- FLAMME, M.A. et Ph., « L'enregistrement des entrepreneurs: un brevet précaire d'honorabilité à l'égard du fisc et de la sécurité sociale », J.T., 1989, pp. 701-712 et 721-725.
- FLAMME, M.A. et Ph., Le contrat d'entreprise 15 ans de jurisprudence, 1975-1990, Larcier, 1991.
- LOUVEAUX, B., « Le statut de l'entrepreneur », Statuts et responsabilités des édificateurs, - l'architecte, l'entrepreneur et le promoteur -, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles 1989 et nombreuses notes dans la Jurisprudence Liège - Mons - Bruxelles.
- SIMONART, V., « L'association momentanée », CREADIE 1990.

Section I

Introduction

La loi-anticrise du 4 août 1978 a dans son titre III adopté des mesures destinées à combattre les pratiques frauduleuses des pourvoyeurs de main d'oeuvre. Cette loi a instauré l'enregistrement des entrepreneurs et prévu des sanctions financières importantes à l'égard de celui qui fait appel à un entrepreneur non enregistré.

Il s'agit de mesures fiscales (1) et de mesures sociales (2).

Ces dispositions adoptées en 1978 ont subi quelques modifications par la loi-programme du 6 juillet 1989, mais cette dernière loi a en outre adopté des dispositions particulières en cas de recours à la sous-traitance. Il s'agit à nouveau de mesures fiscales (3) et sociales (4). La loi du 20 juillet 1991 (5) a modifié les dispositions contenues dans les articles 30bis et 30ter de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs en élargissant notamment le champ d'application des dispositions adoptées en 1989. La loi du 6 août 1993 a modifié l'article 30ter relativement aux documents à tenir par l'entrepreneur principal (livre journalier) et la loi du 30 mars 1994 a encore modifié cet article en créant une nouvelle sanction à charge du sous-traitant.

Nous étudierons d'abord les règles applicables à celui qui fait appel à un entrepreneur non enregistré.

Nous étudierons ensuite les dispositions visant à lutter contre les pourvoyeurs de main d'oeuvre.

-
- (1) Insertion d'un art. 299 bis du Code des impôts sur les revenus devenu articles 400 à 404 du nouveau C.I.R. 1992.
 - (2) Insertion d'un art. 30 bis dans la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale.
 - (3) Art 299ter C.I.R. devenu articles 405 à 408 du nouveau C.I.R.
 - (4) Art. 30ter de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale.
 - (5) M.B. 1er août 1991.

Nous n'aborderons ni les conditions et modalités d'obtention et de radiation de l'enregistrement, ni les catégories d'activité et renvoyons sur ce sujet le lecteur à divers ouvrages (6), mais nous attirons toutefois l'attention sur le fait que des modifications ont été apportées par l'arrêté royal du 1^{er} juillet 1996 en ce qui concerne l'obligation et la possibilité d'enregistrement des entreprises étrangères travaillant en Belgique (7).

-
- (6) A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise », Rép. not. t. IX, liv. VIII, Larcier 1991, pp. 87 et s.; L. DIEUSAERT et M. DEVROEY, « L'enregistrement dans la construction », Entr. et dr., 1985, pp. 30 à 79; M.A. et Ph. FLAMME, « L'enregistrement des entrepreneurs - Un brevet précaire d'honorabilité à l'égard du fisc et de la sécurité sociale », J.T. 1979, pp. 706 à 709; B. LOUVEAUX, « Le statut de l'entrepreneur », in Statuts et responsabilités des édificateurs, l'architecte, l'entrepreneur et le promoteur, Facultés Universitaire Saint-Louis Bruxelles 1989, pp. 70 à 73.
- (7) Cet arrêté royal prévoit l'enregistrement des entreprises des états membres de l' Union Européenne de la même façon que pour les entreprises belges et pour les autres entreprises étrangères, prévoit la possibilité d'un enregistrement provisoire basé sur le numéro d'identification à la TVA qu'elles ont dans leur état.

Section II

Règles générales applicables à celui qui fait appel à un entrepreneur non enregistré

1. Champ d'application

1.1. Absence d'obligation d'enregistrement

Il n'existe aucune obligation pour un entrepreneur d'être enregistré, et de même le maître d'ouvrage n'est pas obligé d'avoir recours à un entrepreneur enregistré (8).

Le recours à un entrepreneur non enregistré, même lorsqu'il n'y a pas de sanction financière directe contre le maître d'ouvrage en faveur de l'ONSS ou du fisc, peut entraîner comme conséquence le refus d'une prime dans la mesure où l'octroi de celle-ci est le plus souvent subordonné à l'enregistrement de l'entrepreneur. Toutefois, il a été jugé dans ce cas, que le maître d'ouvrage pouvait obtenir des dommages et intérêts à charge de l'entrepreneur pour le préjudice subi (9).

En outre, il a été considéré que le fait pour un entrepreneur de ne pas être enregistré était contraire aux pratiques du commerce et constituait un acte de concurrence déloyale (10).

1.1.1. Ratione personae

1.1.1.1. Dans le chef de celui qui contracte avec l'entrepreneur

L'article 400 du nouveau C.I.R. et l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale utilisent les termes « *quiconque fait appel à quelqu'un qui n'est pas enregistré...* ».

(8) A. DELVAUX et D. DESSARD, *op.cit.*, p.89; L. DIEUSAERT et M. DEVROEY, *op.cit.*, p. 5; B. LOUVEAUX, *op.cit.*, p 66.

(9) Civ. Liège, 16 mai 1991, *J.L.M.B.* 1992, p. 385, note B. LOUVEAUX

(10) Comm. (réf.) Bruxelles, 19 décembre 1980, *J.C.B.*, 1981, III, p. 314 et note critique de M. SENELLE et également en sens contraire L. DIEUSAERT et M. DEVROEY, *op.cit.*, p. 6.

Ce terme « *quiconque* » vise donc tout maître d'ouvrage, particulier ou public, mais aussi l'entrepreneur recourant à un sous-traitant et le sous-traitant recourant à un sous-sous-traitant (11). On verra cependant que des dispositions spéciales ont été mises en place par la loi du 6 juillet 1989 et la loi du 20 juillet 1991 en ce qui concerne les relations entre entrepreneur principal et certains sous-traitants.

Notons encore que le fait pour le maître d'ouvrage d'avoir été trompé par l'entrepreneur au sujet de son enregistrement n'exonère pas le maître d'ouvrage de ses obligations (12).

Le fait pour un entrepreneur de se présenter comme enregistré ou d'omettre d'informer le maître d'ouvrage de la radiation de son enregistrement n'exonère pas le maître d'ouvrage de son obligation personnelle de vérification (13). Le fait de faire apparaître un numéro d'enregistrement fictif ne constitue pas une erreur invincible dans le chef du maître d'ouvrage (14). L'erreur invincible constitue toutefois une cause d'exonération de responsabilité; il faut que le maître d'ouvrage se trouve face à une erreur qu'il n'a pu vaincre ou éviter. Ainsi, ne constitue pas un cas de force majeure l'événement qui a pu être prévu ou évité; l'erreur invincible suppose que la personne qui l'invoque ait agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et pertinente (15).

Le maître d'ouvrage a la double obligation de vérifier, non chez l'entrepreneur, mais auprès de l'administration compétente :

- si, au moment de la convention, l'entrepreneur est enregistré;
- si, à chaque paiement, l'entrepreneur n'est pas radié.

L'abstention de l'entrepreneur de signaler qu'il n'est pas enregistré ou radié peut être constitutive d'une culpa in contrahendo, laquelle s'apprécie en prenant en considération l'inégalité des parties (16).

Notons cependant que la cour d'appel de Gand considère que l'architecte qui doit assister le maître d'ouvrage dans le choix de l'entrepreneur doit vérifier s'il est enregistré (17), tandis que la cour du travail de Gand ne lui impose pas cette obligation (18).

(11) L. DIEUSAERT et M. DEVROEY, *op.cit.*, p. 8; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op.cit.*, p. 84; M.A. et Ph. FLAMME, *op.cit.*, J.T., 1979, p. 703.

(12) C. trav. Liège, 13 mars 1985, Entr. et dr., 1986, p. 200; C. trav. Mons, 21 décembre 1988, J.T.T., 1989, p. 159; Cass., 13 mars 1989, Pas., 1989, I, p. 723; J.T.T., 1989, p. 386.

(13) Liège, 16 novembre 1988, Bull. Contr. 1990, 415

(14) Cass., 13 mars 1989, DE GEMEENTE 1990, p. 11

(15) C. trav. Mons, 1er juin 1990, ONSS / S.R., inédit

(16) Com. Charleroi, 18 décembre 1991, J.L.M.B. 1992, p.1471, note B. LOUVEAUX - en l'espèce la culpa in contrahendo n'a pas été retenue compte tenu de ce que le maître d'ouvrage était géomètre.

(17) Gand, 24 juin 1988, R.W., 1990-1991, p. 262.

(18) C. trav. Gand, 11 mai 1989, R.W., 1989-1990, p. 581.

1.1.1.2. Dans le chef de l'entrepreneur

C'est en fonction de la nature des travaux effectués que l'on détermine si un entrepreneur doit ou non être enregistré. Ce problème sera donc examiné dans le champ d'application *ratione materiae*.

Il faut noter que la loi du 6 juillet 1989 a prévu qu' «*est assimilé à un entrepreneur non enregistré, l'entrepreneur enregistré qui, sur les chantiers du maître de l'ouvrage, ne respecte pas les limites de la catégorie ou des catégories pour lesquelles il a été enregistré comme entrepreneur ou qui occupe plus de travailleurs que son enregistrement lui permet d'occuper* » (19).

Rappelons également qu'en cas d'association momentanée, celle-ci doit également justifier d'un enregistrement personnel qui lui sera quasi automatiquement accordé lorsque les associés sont personnellement enregistrés (20).

L'association momentanée doit cependant solliciter son enregistrement (21), toutefois il n'y aurait pas lieu à pratiquer des retenues lorsque chaque associé possède l'enregistrement nécessaire, le but visé par la loi étant atteint (22).

La question de savoir si un enregistrement peut être accordé à une association de fait est controversée (23).

Ajoutons encore que l'obligation de retenue n'est pas subordonnée au fait que l'entrepreneur soit susceptible de devoir des impôts en Belgique (24).

1.1.2. Ratione materiae

1.1.2.1. Travaux visés

Sont visés les travaux énumérés à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 5 octobre 1978 portant exécution de l'article 299bis du Code des impôts sur les revenus et l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969, sur la sécurité sociale.

Il n'est pas précisé par la loi ni par l'arrêté royal si les travaux visés le sont uniquement s'ils sont exécutés dans le cadre d'un contrat d'entreprise.

Selon Messieurs M.A. et Ph. FLAMME (25), suivis par B. LOUVEAUX (26), sont visés les travaux exécutés dans un contrat de louage d'ouvrage tandis que

(19) Art. 299bis, § 1, al. 2. C.I.R. (devenu art 400 du C.I.R. 1992) et art. 30bis, § 1, al. 2, L. 27 juin 1969.

(20) Art. 2 § 2 de l'Arrêté Royal du 5 octobre 1978 - L. DIEUSAERT et M. DEVROEY, *op.cit.*, p. 28 - Valérie SIMONART, L'association momentanée, Créadif 1990, p. 59sq.

(21) Civ. (réf.), Namur, 4 juin 1991, J.L.M.B. 1991, p. 895.

(22) Mons, 17 novembre 1994, J.L.M.B. 1995, p. 1347

(23) L. DIEUSAERT et M. DEVROEY, *op.cit.*, p. 28.

(24) Cass. 14 novembre 1985, Pas., 1986, I, p. 312.

(25) M.A. et Ph. FLAMME, J.T., 1979, p. 704, n° 7.

(26) B. LOUVEAUX, *op.cit.*, p. 68.

selon L. DIEUSAERT et M. DEVROEY (27) et A. DELVAUX et D. DESSARD (28), les contrats de vente pourraient être visés.

Les travaux nécessitant le recours à un entrepreneur enregistré sont, suivant l'article 1 de l'arrêté royal du 5 octobre 1978:

- 1° l'exécution d'un travail immobilier. Par travail immobilier il y a lieu d'entendre: tout travail de construction, de transformation, d'achèvement, d'aménagement, de réparation, d'entretien, de nettoyage et de démolition, de tout ou partie d'un immeuble par nature, ainsi que toute opération comportant à la fois la fourniture d'un bien meuble et son placement dans un immeuble en manière telle que ce bien devienne immeuble par nature;
- 2° toute opération, même non visée au 1°, comportant à la fois la fourniture et la fixation au bâtiment:
 - a) de tout ou partie des éléments constitutifs d'une installation de chauffage central ou de climatisation, en ce compris les brûleurs, réservoirs et appareils de régulation et de contrôle reliés à la chaudière ou aux radiateurs;
 - b) de tout ou partie des éléments constitutifs d'une installation sanitaire de bâtiment et, plus généralement, de tous appareils fixes pour usages sanitaires ou hygiéniques branchés sur une conduite d'eau ou d'égout;
 - c) de tout ou partie des éléments constitutifs d'une installation électrique et bâtiment, à l'exclusion des appareils d'éclairage et des lampes;
 - d) de tout ou partie des éléments constitutifs d'une installation de sonnerie électrique, d'une installation de détection d'incendie et de protection contre le vol, d'une installation de téléphonie intérieure;
 - e) d'armoires de rangement, éviers, armoires-éviers et sous-éviers, armoires-lavabos et sous-lavabos, hottes, ventilateurs et aérateurs équipant une cuisine ou une salle de bains;
 - f) de volets, persiennes et stores placés à l'extérieur (29) du bâtiment;
- 3° toute opération, même non visée au 1°, comportant à la fois la fourniture et le placement dans un bâtiment de revêtements de mur ou de sol, qu'il y ait fixation au bâtiment ou que le placement ne nécessite qu'un simple découpage, sur place, aux dimensions de la surface à recouvrir;
- 4° les travaux de fixation, de placement, de réparation, d'entretien et de nettoyage des biens visés au 2° ou au 3°;
- 5° la mise à la disposition de personnel en vue de l'exécution d'un travail immobilier ou d'une opération visée aux 2°, 3° ou au 4°.

(27) L. DIEUSAERT et M. DEVROEY, *op.cit.*, pp. 15 et 16, n° 22.

(28) A. DELVAUX et D. DESSARD, *op.cit.*, p. 84.

(29) L' article 2 2° de l'arrêté royal du 1 juillet 1996 a remplacé le mot *intérieur* par *extérieur*.

1.1.2.2. Exclusions

Par contre sont exclus en vertu de l'article 404 du nouveau C.I.R. et du paragraphe 6 de l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 sur la sécurité sociale:

- la transformation, l'aménagement, la réparation, l'entretien ou le nettoyage d'une habitation individuelle existante (30);

- la construction d'une maison unifamiliale érigée autrement qu'en groupe à l'initiative et pour le compte d'un particulier (31) (32).

En vertu de l'article 404, paragraphe 1, dernier alinéa du nouveau C.I.R. et du dernier alinéa de l'article 30bis, paragraphe 6 de la loi du 27 juin 1969, les dispositions ne sont pas non plus applicables « *aux particuliers, pour l'habitation unique qu'ils font ériger* ».

Ces exceptions sont interprétées de manière restrictive par la jurisprudence (33).

(30) Cela ne concerne que l'habitation individuelle au sens usuel du terme, c'est-à-dire l'immeuble affecté uniquement au logement; Cass., 9 janvier 1989, Pas., 1989, I, p. 492; J.T.T., 1989, p. 174. - L'exception n'est pas applicable dans le cas où l'habitation est également accessoirement à usage professionnel; Cass., 21 mai 1990, J.T.T., 1990, p. 304. - Il n'est permis ni d'opérer une distinction entre les travaux exécutés par l'entrepreneur non agréé à la partie commerciale d'un immeuble et à la partie servant d'habitation au maître d'ouvrage, ni de ventiler les sommes dues en vue de limiter la solidarité de celui-ci; Cass., 5 septembre 1988, Pas., 1988, I, p. 1024; J.T., 1989, p. 270. - Voir aussi Cass. 21 mai 1990, Pas. 1990, I, p. 1076 et J.T.T., 1990, p. 304 et C. trav. Mons 25 novembre 1992, J.L.M.B. , 94, p. 117, note B. LOUVEAUX.

(31) En vertu de l'art. 31 de l'arrêté royal du 5 octobre 1978, la maison unifamiliale est censée être érigée en groupe : - lorsque dans un lotissement, quartier ou rue déterminé, il est érigé plus de deux maisons unifamiliales similaires par un même entrepreneur principal ou à l'intervention de quelqu'un dont l'activité habituelle consiste à construire ou à faire construire des bâtiments en vue de les céder à titre onéreux, en tout ou partie soit avant leur érection, soit en cours d'érection, soit une fois érigés; - lorsque le particulier à l'initiative ou pour compte duquel elle est érigée a, pour la conclusion des conventions ayant pour objet des activités visées à l'article 1er, fait appel à l'intervention de quelqu'un dont l'activité habituelle consiste à l'entremise dans la conclusion de telles conventions ou dans la vente ou la location d'immeubles.

(32) Une maison unifamiliale est érigée en groupe lorsque entre autres, plusieurs maisons unifamiliales similaires sont érigées par un même entrepreneur principal dans un même lotissement. Il n'est pas décisif pour cela que les habitations montrent une unité de vue, de nature, de type ou de style mais bien qu'elles soient érigées par le même entrepreneur principal dans une aire géographique donnée; C. trav. Gand, 27 mai 1988, R.W., 1988-1989, p. 513.

(33) B. LOUVEAUX, *op.cit.*, pp. 68 à 70; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op.cit.*, pp. 86 et 87.

2. Obligations et conséquences en cas d'appel à un entrepreneur non enregistré

2.1. Obligations

Celui qui fait appel à un entrepreneur non enregistré doit :

- a) en vertu de l'article 26 de l'arrêté royal du 5 octobre 1978:
 - avertir l'ONSS dans les 15 jours de la conclusion de la convention. L'avis doit comporter les renseignements suivants:
 - le nom et l'adresse du cocontractant,
 - le numéro d'immatriculation à l'ONSS et le numéro de TVA du cocontractant,
 - une description succincte des activités pour lesquelles il a été fait appel au cocontractant et la manière de le rémunérer,
 - le lieu où ces activités sont exécutées.
 - avertir de la même manière l'ONSS dans les 15 jours qui suivent la date à laquelle la radiation sort ses effets vis-à-vis des tiers (34).
 - s'il est entrepreneur principal, fournir des renseignements sur les sous-traitants non enregistrés auxquels il fait appel à l'aide d'une formule spéciale à retourner dans les 15 jours à l'ONSS.
- b) en vertu de l'article 402 du nouveau C.I.R., lors de chaque paiement qu'il effectue au cocontractant non enregistré, retenir et verser au fisc 15 % du montant hors TVA.
- c) en vertu de l'article 30bis, paragraphe 3, de la loi du 27 juin 1969, lors de chaque paiement qu'il effectue au cocontractant non enregistré, retenir et verser à l'ONSS 15 % du montant hors TVA.

L'obligation de retenue naît au moment du paiement des factures et non au moment où elles deviennent exigibles (35).

Ces mêmes obligations de retenue des 15 % s'appliquent pour tout paiement effectué postérieurement à la radiation de l'enregistrement d'un entrepreneur et quelle que soit la cause de la radiation même si celle-ci ne résulte pas d'une fraude ou d'une négligence (36).

(34) Jusqu'au 1er août 1996, la radiation était opposable aux tiers 10 jours après sa publication. L'art. 20, § 2 de l'arrêté royal du 5 octobre 1978 a été modifié par l'arrêté royal du 1er juillet 1996 qui stipule que « *la radiation sort ses effets vis-à-vis des tiers à partir du dixième jour du premier mois suivant sa publication* ».

(35) Com. Anvers, 31 mai 1990, Bull. Contr., 1991, p. 2876

(36) Cass., 28 avril 1988, Pas., 1988, I, p. 1024; J.T., 1989, p. 270; Cass., 19 décembre 1988, Pas., 1989, I, p. 431.

La cour d'appel de Mons a considéré que lorsque la créance de l'entrepreneur enregistré faisait l'objet d'un nantissement, l'obligation d'effectuer les retenues n'existait plus. A juste titre B. LOUVEAUX considère que le fait que la créance soit cédée ou donnée en nantissement ne peut avoir pour effet de modifier la créance de l'entrepreneur ni, par répercussion, de supprimer l'obligation de retenue dans le chef de son client (37).

Pour le problème de la faillite de l'entrepreneur, voir infra 3.

2.2. Conséquences

Si celui qui a fait appel à un entrepreneur non enregistré n'a pas respecté les obligations de retenue de 15 %, il pourra se voir appliquer au point de vue fiscal une amende équivalente au double du montant dû et par l'ONSS une majoration équivalente au double du montant dû (38). Les amendes fiscales peuvent être dues même en l'absence de dette de l'entrepreneur. Un recours pourra être introduit en vertu de l'article 366 du nouveau C.I.R. L'article 30bis, paragraphe 3 de la loi du 27 juin 1969 prévoit que le Roi détermine les conditions de remise des majorations. Il l'a fait dans l'article 28 de l'arrêté royal du 5 octobre 1978 (39).

Indépendamment du fait d'avoir ou de ne pas avoir effectué les retenues de 15 %, celui qui fait appel à un entrepreneur non enregistré sera tenu solidairement du paiement des dettes fiscales de son cocontractant non enregistré à concurrence de 35 % du prix des travaux hors TVA (40) et des dettes sociales à concurrence de 50 % du prix des travaux hors TVA (41). Le cas échéant, les retenues de 15 % pratiquées en vertu de l'article 400, paragraphe 1 du Code des impôts sur les revenus et l'article 30bis, paragraphe 1 de la loi du 27 juin 1969 seront imputés sur ces montants.

Les dettes visées sont toutes les dettes fiscales (précomptes, impôts directs, TVA) (42) et sociales (43) sans qu'il soit nécessaire qu'elles aient un lien avec le contrat ni même avec une activité donnant lieu à enregistrement (44).

(37) Mons, 4 mai 1992, J.L.M.B., 1993, p. 1018 et note critique B. LOUVEAUX.

(38) Art. 402, C.I.R. et art. 30bis, § 3, al. 3, L. 27 juin 1969.

(39) Dispense totale peut être accordée lorsque le sous-traitant ou le contractant ne sont pas débiteurs de cotisations et une dispense de 50 % peut être accordée si le non paiement est la conséquence de circonstances exceptionnelles.

(40) Art. 400 C.I.R.

(41) Art. 30bis, § 1, L. 27 juin 1969.

(42) L'article 23, § 1, arrêté royal 5 octobre 1978 impute les paiements d'abord sur les impôts directs, ensuite la TVA et enfin les autres dettes fiscales.

(43) L'article 30bis L. 27 juin 1969 vise les cotisations, majorations de cotisations et intérêts dus à l'ONSS.

(44) Sur ces questions voir L. DIEUSAERT et M. DEVROEY, *op.cit.*, p. 89, n° 86; B. LOUVEAUX, *op.cit.*, p. 75; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op.cit.*, p. 90; M.A. et Ph. FLAMME, *op.cit.*, J.T., 1979, p. 706, n° 10.

L'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 ne distingue pas suivant que les cotisations (dues par le cocontractant) se rapportent ou non :

- à la période pendant laquelle le maître d'ouvrage et l'entrepreneur ont été en rapports contractuels (45),
- à la seule période d'exécution des travaux (46),
- à l'exécution du contrat d'entreprise liant le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, ou à une activité pouvant donner lieu à l'enregistrement comme entrepreneur dans le chef de celui qui s'y livre. La solidarité joue même si les cotisations dues ne se rapportent pas au contrat d'entreprise mais concernent une activité antérieurement exercée pour laquelle n'existe aucune obligation d'enregistrement (47).

La solidarité a pour conséquence qu'en vertu des articles 1203 et 1204 du Code civil, l'ONSS et/ou le fisc peuvent poursuivre le maître d'ouvrage sans avoir au préalable épuisé les possibilités de recouvrement contre l'entrepreneur.

Le maître d'ouvrage pourra cependant opposer à ces créanciers tous les moyens de défense inhérents à la dette proprement dite: non-existence de la dette, prescription (48).

En ce qui concerne la prescription, il faut distinguer entre :

a) la prescription de la dette résultant de la solidarité (art. 30bis, § 1 de la loi du 27 juin 1969)

Sur base de l'article 42 de la loi du 27 juin 1969 l'action se prescrit par 3 ans.

La jurisprudence est hésitante quant à la détermination du point de départ de la prescription. Pour certains, il s'agit de la date de conclusion du contrat avec l'entrepreneur non enregistré (49).

Pour d'autres, à défaut de pouvoir déterminer la date de conclusion du contrat, il faut retenir la date de facturation (50). La solution qui nous paraît logique, qui est aussi approuvée par B. LOUVEAUX est celle retenue par la cour du travail de Mons (51) qui considère que la prescription court à dater de l'époque des paiements des cotisations trimestrielles dues par l'entrepreneur. En effet, s'agissant d'une dette résultant d'une solidarité, il est normal de faire

(45) Cass., 25 mars 1985, J.T.T., 1985, p. 285 - C. trav. Mons, 18 décembre 1992, J.T.T., 1993, p. 412.

(46) Cass., 6 janvier 1986, J.T.T., 1986, p. 469.

(47) Cass., 22 octobre 1990 (deux arrêts), J.T.T., 1990, p. 488 et Chron. D.S., 1991, p. 176.

(48) A. DELVAUX et D. DESSARD, *op.cit.*, p. 90.

(49) C. trav. Mons, 10 juin 1988, J.L.M.B. 1988, p. 1418 et obs. M. WESTRADE

(50) T. Trav. Liège, 11 septembre 1990, J.L.M.B. 1991, p. 843.

(51) C. trav. Mons, 25 novembre 1992, J.L.M.B. 1994, p. 117 et note B. LOUVEAUX.

courir la prescription à partir du moment où commence à courir le délai de la dette du débiteur originaire.

De même, et cela ne semble pas contesté, les actes interruptifs de prescription valablement notifiés à l'entrepreneur valent également à l'égard du maître d'ouvrage.

Sont notamment considérés comme actes interruptifs, les actes visés à l'art. 2244 du Code civil mais aussi toute demande en justice visant à faire reconnaître le droit menacé, tels une assignation en faillite ou le dépôt d'une déclaration de créance (52).

b) la prescription de la dette en ce qui concerne l'obligation de retenue et les majorations sanctionnant ce manquement (art. 30bis, § 3 loi du 27 juin 1969)

Il s'agit d'une dette propre à celui qui fait appel à un entrepreneur non enregistré.

Suivant l'article 42 de la loi du 27 juin 1969 qui vise l'article 30bis dans son ensemble, la prescription est de 3 ans.

Toutefois la cour du travail de Gand (53) considère que celui qui n'applique pas les retenues commet un délit (l'art. 35 de la loi du 27 juin 1969 sanctionne pénalement les personnes visées à l'art. 30 bis § 3) et que dès lors c'est la prescription de 5 ans de l'art. 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle qui s'applique. Cette interprétation paraît critiquable dans la mesure où un texte particulier fixe le délai de prescription à 3 ans (art. 42) et qu'il s'agit d'une **sanction** civile et non d'une action civile de dommages et intérêts.

Le point de départ de la prescription est la date de paiement des factures (54). C'est de manière étonnante que le tribunal du travail de Liège retient la date de la facture (55) puisque l'obligation de retenue naît au moment du paiement.

S'agissant d'obligations personnelles de celui qui fait appel à un entrepreneur non enregistré, la jurisprudence est unanime pour considérer que seuls les actes interruptifs valables à l'égard du premier doivent être pris en considération (56).

(52) T. trav. Liège, 11 septembre 1990, J.L.M.B. 1991, p. 843.

(53) C. trav. Gand, 16 janvier 1992, R.W. 1992-1993, p. 619.

(54) C. trav. Mons, 25 novembre 1992, *op. cit.*

(55) T. trav. Liège, 11 septembre 1990, *op. cit.*

(56) C. trav. Mons, 10 juin 1988, *op. cit.* - T. trav. Liège, 11 septembre 1990, *op. cit.* - C. trav. Mons, 25 novembre 1992, *op. cit.*

La solidarité légale entraîne la subrogation (art. 1251, 3°, C. civ.).

Le maître d'ouvrage est donc subrogé dans les droits, actions et privilèges du fisc ou de l'ONSS contre l'entrepreneur (57).

Cette subrogation trouve sa cause dans la dette de cotisations sociales et non dans le contrat existant entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur en manière telle qu'il ne peut être invoqué une compensation avec la créance que l'entrepreneur non enregistré peut avoir contre le maître d'ouvrage (58).

3. Cas particulier: faillite de l'entrepreneur

En vertu de l'article 7, § 2, de l'arrêté royal du 5 octobre 1978, la faillite est une cause de radiation de l'enregistrement, puisque celle-ci entraîne la cessation d'activités.

La question de savoir si des retenues devaient être opérées sur des versements effectués à un curateur pour des travaux exécutés par un entrepreneur avant sa faillite ou par le curateur dans le cadre d'une continuation d'activité a été controversée jusqu'à deux arrêts de cassation (59).

La loi du 6 juillet 1989 a entériné la jurisprudence de la Cour de cassation en insérant un paragraphe 7 dans l'article 299bis du Code des impôts sur les revenus devenu l'article 404, § 2 du nouveau C.I.R. et dans l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 libellé comme suit : « *Le présent article reste applicable en cas de faillite ou de tout autre concours de créanciers de même qu'en cas de cession, saisie-arrêt, nantissement et dation en paiement* ».

Notons encore que la créance de l'ONSS bénéficie d'un privilège général institué par l'article 19, 4^oter, de la loi hypothécaire non seulement sur les meubles du débiteur mais aussi sur les meubles du contractant de l'entrepreneur, débiteur solidaire (60). La majoration due par le maître d'ouvrage à l'ONSS pour l'absence de retenue ne peut être récupérée à charge de l'entrepreneur ni admise au passif de sa faillite car elle sanctionne la négligence du maître d'ouvrage (61).

(57) Sur ces questions voir L. DIEUSAERT et M. DEVROEY, *op.cit.*, n° 91 à 94, pp. 99 à 104; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op.cit.*, p. 91; B. LOUVEAUX, *op.cit.*, p. 77.

(58) Cass., 6 juin 1994, J.L.M.B., 1995, p. 248.

(59) Cass., 11 juin 1987, J.L.M.B., 1987, p. 1204 et J.T., 1987, p. 644 et Cass., 8 octobre 1987, J.L.M.B. 1988, p. 195 et voir J. CAEYMAEX, « *L'enregistrement des entrepreneurs et la faillite* », Entr. et Dr., 1988, p. 389 sq et J. CAEYMAEX, Manuel des sûretés mobilières, Editions du Jeune Barreau de Liège, chapitre 32 § 7 et chapitre 61 § 2.

(60) Cass., 23 février 1989, Pas., 1989, I, p. 646; J.L.M.B., 1989, I, p. 874 - Liège, 30 mai 1991, Pas., II, p. 170.

(61) Mons, 6 avril 1994, J.L.M.B. 1995, p.1315.

Section III

Les dispositions « *antinégriers* »

1. Introduction

La loi du 4 août 1978 n'ayant pas atteint tous les objectifs souhaités, le 6 juillet 1989, le législateur a adopté de nouvelles mesures pour lutter contre les activités des pourvoyeurs de main-d'oeuvre et plus particulièrement des mesures s'imposant aux entrepreneurs généraux occupant des sous-traitants.

Cette loi du 6 juillet 1989 a inséré un article 299ter dans le Code des impôts sur les revenus (devenu articles 405 à 408 du nouveau C.I.R.) et un article 30ter dans la loi du 27 juin 1969 sur la sécurité sociale.

Divers arrêtés d'exécution ont été adoptés les 12 mars 1990, 19 mars 1990, 26 mars 1990.

La loi du 20 juillet 1991 a à nouveau modifié l'article 30ter de la loi du 27 juin 1969 sur la sécurité sociale en

- étendant l'obligation d'information de l'entrepreneur principal à l'égard de l'ONSS;
- créant une obligation d'information du sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal;
- réformant le système des sanctions applicables en cas d'infraction au système légal;
- permettant la prise en considération de nouveaux critères pour la fixation par arrêté royal de seuils pour l'application des dispositions de la loi contre les pourvoyeurs de main d'oeuvre.

La loi du 6 août 1993 a modifié l'article 30ter § 4 en remplaçant la liste journalière qui devait se trouver sur le chantier avec le nom des travailleurs y occupés par «*un livre journalier préalablement visé et paraphé à chaque page par les services de l'inspection sociale du Ministère de la Prévoyance Sociale*».

Le § 4 bis réservait au Roi la possibilité d'autoriser le remplacement de ce livre par un autre document offrant les mêmes garanties.

Par arrêté royal du 30 juin 1994, le Roi a utilisé cette faculté. Cet arrêté royal qui est entré en vigueur le 1 juillet 1994 stipule que l'obligation de tenir un livre journalier est remplacée par l'obligation pour tous les travailleurs occupés sur le chantier d'être en possession d'une carte d'identité sociale valable ou d'une demande de carte d'identité sociale.

Un arrêté royal pris le 1er juillet 1994 a précisé le contenu de la carte d'identité sociale en précisant d'ailleurs le modèle requis (62) pour les travailleurs occupés par un employeur exerçant des activités relevant des articles 30 bis et 30 ter § 9, 2° de la loi du 27 juin 1969 et des articles 299 bis et 299 ter § 6, 2° devenus 400 à 407 et 408 § 2 du nouveau C.I.R. (63).

Un arrêté ministériel d'exécution de l'arrêté royal du 1er juillet 1994 relatif à la tenue des cartes d'identité sociale a été pris le 22 décembre 1994 et est entré en vigueur le 1er janvier 1995 (64). Celui-ci prévoit notamment que les cartes d'identité sociale des travailleurs de la construction ne sont valables qu'un trimestre mais, passé ce délai, peuvent faire l'objet d'un renouvellement.

2. Champ d'application

2.1. *Ratione personae*

L'article 405 du nouveau C.I.R. et l'article 30ter de la loi du 27 juin 1969 définissent en leur paragraphe 1

- **l'entrepreneur principal** comme étant :

a) *« la personne physique ou morale qui s'engage, moyennant un certain prix, à exécuter ou à faire exécuter, par un maître d'ouvrage, des travaux répondant à des activités déterminées par le Roi »* voir Section III, 2.2.

b) *« chacun des associés d'une association momentanée ou d'une association en participation qui exécute semblables travaux »;*

- **le sous-traitant** comme étant :

« la personne physique ou morale qui soit directement, soit indirectement, à quelque stade que ce soit, s'engage à exécuter ou faire exécuter pour un certain prix, le travail ou une partie du travail concédé à l'entrepreneur principal ou à mettre des travailleurs à disposition à cet effet ».

(62) modèle A.

(63) L'arrêté ministériel d'exécution du 23 décembre 1994 prévoit, en ce qui concerne les entreprises relevant du champ d'application de la commission paritaire de la construction, une entrée en vigueur au 1er janvier 1995...

(64) voir supra note 63

2.2. Ratione materiae

2.2.1. Sur base des dispositions de la législation sociale

Jusqu'au 1er janvier 1995, en vertu de l'article 2 de l'arrêté royal du 12 mars 1990 exécutant certaines dispositions de l'article 30 ter de la loi du 27 juin 1969, les activités visées étaient :

- les travaux de terrassement,
- les travaux de bétonnage,
- les travaux de coffrage,
- les travaux de ferrailage,
- les travaux de maçonnerie,
- les travaux de démolition.

L'arrêté royal du 12 août 1994 a supprimé l'article 2 de l'arrêté royal du 12 mars 1990 et a modifié l'article 1 en précisant que les activités visées aux articles 30 ter § 1 et § 2 sont celles visées par l'arrêté royal du 5 octobre 1978 portant exécution des articles 299 bis et 299 ter, §6, 2° du C.I.R. et des articles 30 bis et 30 ter § 9, 2° de la loi du 27 juin 1969 (65). Cette disposition devait entrer en vigueur au 1er janvier 1995.

Toutefois, cette disposition n'est pas encore entrée en vigueur.

En effet, par arrêté royal du 22 décembre 1994 dont l'ensemble des dispositions devaient entrer en vigueur le 1er janvier 1996, il a été prévu que l'article 1 était remplacé par un article stipulant que les travaux visés sont ceux qui relèvent du champ d'application de la commission paritaire de la construction, ce même article étant cependant déjà déclaré applicable pour la période du 1er janvier 1995 au 31 décembre 1995.

Nous pouvons donc conclure que depuis le 1er janvier 1995 jusqu'au 31 décembre 1996, les activités visées sont les 31 activités relevant du champ d'application de la commission paritaire de la construction.

2.2.2. Sur base des dispositions de la législation fiscale

Les dispositions fiscales semblent suivre la même évolution que les dispositions sociales.

L'article 227 bis de l'arrêté royal du 4 mars 1965 inséré par l'arrêté royal du 26 mars 1990 reprenait les mêmes catégories que celles visées par l'article 2 de l'arrêté royal du 12 mars 1990 première mouture.

(65) Voir énumération de ces travaux supra au 1.1.2.1.

L'article 207 de l'arrêté royal du 27 août 1993 pris en exécution du nouveau C.I.R. reprenait la même disposition.

L'arrêté royal du 15 septembre 1994 qui devait entrer en vigueur le 1er janvier 1995 a lui aussi précisé que les activités visées étaient celles énoncées par l'arrêté royal du 5 octobre 1978 portant exécution des articles 299 bis et 299 ter, §6, 2° du C.I.R. et des articles 30 bis et 30 ter § 9, 2° de la loi du 27 juin 1969.

Cet article a été modifié par arrêté royal du 10 février 1995 qui a rapporté l'arrêté royal du 15 septembre 1994 et a précisé que du 1er janvier 1995 au 31 janvier 1995, les activités visées étaient celles relevant du champ d'application de la commission paritaire de la construction (31 activités). Ce même arrêté royal prévoyait en son article 4 § 3 qu'à dater de du 1er janvier 1996, les activités visées seraient celles de l'arrêté royal du 5 octobre 1978.

Par arrêté royal du 8 janvier 1996, la date d'entrée en vigueur a été reportée au 1er janvier 1997, en sorte qu'à ce jour, les activités visées sont toujours les 31 activités relevant de la commission paritaire de la construction.

2.2.3. Exceptions

Les obligations mises à charge de l'entrepreneur principal et du sous-traitant ne s'appliquent pas :

- à la transformation, l'aménagement, la réparation, l'entretien ou le nettoyage d'une habitation individuelle existante,
- à la construction d'une maison unifamiliale érigée autrement qu'en groupe, à l'initiative et pour le compte d'un particulier,
- aux particuliers pour l'habitation unique qu'ils font ériger (66).

L'article 30ter, § 7, de la loi du 27 juin 1969 modifié par la loi du 20 juillet 1991 permet au Roi de limiter l'application des dispositions qui vont être examinées ci-dessous « *aux chantiers dont l'importance, exprimée en montant et en durée des travaux et par le nombre de travailleurs qui y sont occupés, dépasse une limite qu'il détermine* » (67).

(66) Art. 408 § 2 du C.I.R. et 30ter § 9 de la loi du 27 juin 1969.

(67) L'arrêté royal du 12 août 1994 prévoit qu'à dater du 1er janvier 1995, l'article 30 ter § 5 de la loi du 27 juin 1969 n'est pas applicable aux entrepreneurs principaux qui ne font pas appel à un sous-traitant, pour les chantiers pour lesquels le montant total des travaux hors TVA ne dépasse pas 1.000.000 F. Si toutefois au cours des travaux le montant est dépassé, ou s'il faut faire appel à un sous-traitant, alors, la déclaration doit se faire à ce moment-là.

2.3. Ratione temporis

Les différentes dispositions résultant de la loi du 6 juin 1989 sont entrées en vigueur le 1er avril 1990, sauf les obligations de retenue et les règles de solidarité (art. 299ter, § 2 et 3) qui ne sont entrées en vigueur qu'à partir du 1er janvier 1991 pour les travaux exécutés sur base de contrats écrits qui ont été conclus et datés avant le 1er février 1990 (68).

Les dispositions nouvelles de la loi du 20 juillet 1991 sont entrées en vigueur rétroactivement au 1er juillet 1991 sauf les modifications de l'article 30ter, paragraphe 6, B, alinéa 1 et C, qui sont entrées en vigueur rétroactivement également mais à la date du 1er avril 1990 en manière telle que les mêmes dispositions de la loi du 6 juillet 1989 sont censées ne jamais avoir été d'application (69).

En ce qui concerne l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 6 août 1993 remplaçant les listes journalières par un livre coté et paraphé, celles-ci ne sont donc jamais entrées en vigueur puisque l'arrêté royal du 30 juin 1994 a remplacé l'obligation de tenir un livre journalier par l'obligation pour le travailleur d'être en possession d'une carte d'identité sociale, disposition entrée en vigueur le 1er juillet 1994.

2.4. Définition de la notion de chantier

Etant donné que les dispositions légales font fréquemment référence à la notion de chantier, l'article 405 du nouveau C.I.R. et l'article 30ter de la loi du 27 juin 1969 contiennent la définition.

Le chantier est « *le lieu ou l'ensemble des lieux où l'entrepreneur principal effectue ou fait effectuer, pour un maître d'ouvrage, des travaux qui constituent de par leur nature un tout* ».

3. Obligations de l'entrepreneur principal

3.1. Retenue

L'article 299ter § 2 du C.I.R. devenu 406 du C.I.R. nouveau et l'article 30ter de la loi du 27 juin 1969 imposent à l'entrepreneur qui traite avec un sous-traitant qui exécute une des activités visées d'effectuer au point de vue fiscal une retenue de 15 % et au point de vue social de 35 % sur les montants hors TVA dont il est redevable. Ce principe de retenue vaut pour chaque paiement d'une facture d'un sous-traitant déclaré à l'ONSS.

(68) arrêté royal 19 mars 1990, art. 2, al. 2.

(69) Art. 28 L. 20 juillet 1991.

L'entrepreneur principal est dispensé d'effectuer la retenue si les conditions suivantes sont réunies (70):

- l'entrepreneur principal est enregistré,
- le sous-traitant est enregistré,
- chaque travailleur occupé par le sous-traitant qui, aussi bien pendant la durée du chantier qu'au moment du paiement est en possession d'une carte d'identité sociale valable ou d'une demande de carte d'identité sociale (71). L'entrepreneur principal perd le bénéfice de la dispense lorsqu'il est, même postérieurement à un paiement, constaté à l'égard d'un sous-traitant que celui-ci ne remplissait pas toutes les conditions précitées. Toutefois la dispense reste acquise lorsque cette constatation résulte de faits qui ne se sont pas déroulés sur un chantier de l'entrepreneur principal (72) (73).

L'entrepreneur principal doit adresser à l'ONSS et au receveur des contributions un formulaire indiquant la partie du travail exécutée par les différents sous-traitants et le stade d'exécution dont il s'agit.

Les modalités du versement et les affectations des retenues au point de vue fiscal étaient déterminées par les articles 227ter et quater de l'arrêté royal du 4 mars 1965 devenus 208 et 209 de l'arrêté royal du 27 août 1993 tandis que l'article 227 quinquiés de l'arrêté royal du 4 mars 1965 devenu 210 de l'arrêté royal du 27 août 1993 détermine comment le sous-traitant peut obtenir la restitution de ces sommes s'il n'a pas de dettes fiscales.

Les modalités du versement et les affectations des retenues au point de vue social sont déterminés par les articles 3 et 4 de l'arrêté royal du 12 mars 1990 pris en exécution de l'article 30ter de la loi du 27 juin 1969 tandis que l'article 5 du même arrêté royal détermine comment le sous-traitant peut obtenir la restitution.

(70) Art. 1 arrêté royal 19 mars 1990 modifié par l'arrêté royal du 12 août 1994.

(71) Voir supra III.3.

(72) Avant l'A.R. du 12 août 1994 modifiant l'art 1 de l'arrêté royal du 19 mars 1990, le texte était : *chaque travailleur occupé sur le chantier est en possession d'une fiche individuelle sur laquelle figure la vignette délivrée par le Fonds de Sécurité et d'existence établissant que les cotisations sociales ont été versées.*

(73) Compte tenu de ce que les obligations sont subordonnées au respect des conditions tant au moment du paiement que pendant toute la durée du chantier, il faut être prudent en ce qui concerne les paiements par traites car il se peut que les conditions soient remplies au moment de l'émission de la traite, mais ne le soient plus au moment du paiement de celle-ci.

3.2. Solidarité

Lorsqu'il n'a pas effectué ou n'a effectué que partiellement les versements résultant des retenues, l'entrepreneur principal ainsi que le sous-traitant et chaque sous-traitant suivant sont solidairement responsables:

- **au point de vue fiscal** : de toutes les dettes d'impôts existantes y compris en matière de précomptes, du précompte professionnel dû sur les salaires payés pour l'exécution des travaux concernés et des impôts sur les revenus relatifs aux années durant lesquelles les travaux ont été effectués (74).
- **au point de vue social** : des sommes dues par le sous-traitant en application de la législation et de réglementation en matière de sécurité sociale des travailleurs salariés, des rémunérations dues aux travailleurs pour les prestations qu'ils ont effectuées ou effectuent sur le chantier pour compte de ce sous-traitant et des cotisations sociales y afférentes (75).

Cette responsabilité existe également à charge des associés des associations momentanées ou en participation qui ont contracté conjointement avec des sous-traitants (76).

Tant à l'égard du fisc qu'à l'égard de l'ONSS, la responsabilité est limitée à 50 % horsTVA du montant total dû pour le chantier, et les versements résultant de la retenue de 15 % ou de 35 % sont déduits le cas échéant du montant pour lequel s'exerce la responsabilité (77).

3.3. Tenue des listes journalières - livres journaliers - cartes d'identité sociale

Jusqu'au 30 juin 1994, l'entrepreneur avait l'obligation de tenir sur chantier une liste journalière de tous les travailleurs qui y étaient occupés et il devait conserver cette liste pendant 5 ans à partir du troisième jour suivant la journée à laquelle elle se rapporte (78).

Depuis le 1er juillet 1994 (79), l'entrepreneur aurait dû tenir sur le chantier un livre coté et paraphé par les services de l'inspection sociale du Ministère de la Prévoyance Sociale et le conserver pendant 5 années à dater de la dernière inscription, mais nous rappelons que cette obligation a été remplacée par l'obligation pour le travailleur d'être en possession d'une carte d'identité sociale (80).

(74) Art. 299ter, § 3, C.I.R. devenu 407 du C.I.R. 1992.

(75) Art. 30ter, § 3, L. 27 juin 1969.

(76) Art. 299ter, § 3, al. 3, C.I.R. devenu 407, al. 3 du C.I.R. 1992 et 30ter, § 3, al. 4, L. 27 juin 1969.

(77) Art. 299ter, § 2 du C.I.R. devenu 407, al. 2 du C.I.R. 1992 et art. 30ter, § 3, al. 2.

(78) Art 30ter, § 4, L. 27 juin 1969.

(79) Loi du 6 août 1993.

(80) Voir supra 3.

3.4. Renseignements à fournir à l'ONSS

Avant le début de tout chantier (81), l'entrepreneur principal doit fournir à l'ONSS les informations nécessaires destinées à en évaluer l'importance et, le cas échéant, à en identifier les sous-traitants à quelque stade que ce soit. Il doit aussi renseigner les sous-traitants auxquels son sous-traitant ferait appel. Si au cours des travaux, d'autres sous-traitants sont amenés à intervenir, l'entrepreneur principal a le même devoir d'avertir (82).

Cette obligation n'est donc pas limitée aux chantiers où il y a intervention de sous-traitants.

4. Obligations du sous-traitant

Jusqu'au 30 juin 1994, chaque sous-traitant avait l'obligation de transmettre journalièrement à l'entrepreneur principal la liste des travailleurs qu'il occupait sur chantier ainsi que tous renseignements nécessaires à ce sujet (83). Depuis l'instauration des cartes d'identité sociale en lieu et place du livre journalier, cette obligation n'existe plus légalement, mais elle est encore souvent imposée contractuellement par l'entrepreneur principal.

Le sous-traitant qui fait appel à un sous-traitant doit préalablement en informer par écrit l'entrepreneur principal (84).

5. Sanctions

5.1. En cas de non-assujettissement d'un travailleur

Indépendamment des sanctions pénales prévues pour les infractions à la législation fiscale et à la législation sur la sécurité sociale, le législateur a prévu qu'en cas de non-assujettissement d'une ou plusieurs personnes à la loi du 27 juin 1969, le juge condamne l'employeur et lorsque le cas se présente, l'entrepreneur principal visé à l'article 30ter, pour les personnes occupées par le sous-traitant sur le chantier de l'entrepreneur principal, au paiement à l'ONSS d'une indemnité égale au triple des cotisations éludées sans qu'elle puisse

(81) sauf ceux dont le montant total des travaux hors T.V.A. est inférieur à 1.000.000 F. et pour lesquels il n'est pas fait appel à un sous-traitant (arrêté royal du 12 août 1994 exécutant l'article 30 ter § 7 de la loi du 27 juin 1969)

(82) Art. 30ter, § 5, L. 27 juin 1969 et art. 6 arrêté royal 12 mars 1990 en application de l'art. 30ter.

(83) Art. 30ter, § 4.

(84) Art. 30ter, § 5, dernier al.

être inférieure à 51000 F par personne occupée et ce par mois ou par fraction de mois. Ce montant est adapté en fonction de l'évolution des salaires et des taux des cotisations de sécurité sociale (85).

5.2. En cas de manquement à l'obligation d'information à l'égard de l'ONSS

Avant la loi du 20 juillet 1991, l'entrepreneur qui ne remplissait pas ses obligations d'information à l'égard de l'ONSS était d'office tenu à une amende équivalente à 5 % de la valeur totale du marché concédé à l'entrepreneur principal.

Actuellement, l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation de la gravité de l'infraction et peut se limiter à adresser un avertissement (86). La loi du 6 août 1993 a cependant ajouté qu'un tel avertissement ne pourrait être donné qu'à la suite de circonstances exceptionnelles ou lorsqu'il s'agit d'une première infraction du contrevenant. Les circonstances exceptionnelles doivent être déterminées par arrêté royal, mais à notre connaissance, cela n'a pas encore été fait.

Elle peut aussi apprécier le montant de l'amende à infliger :

- un minimum de 5 % du montant des travaux hors TVA qui n'ont pas fait l'objet d'une communication à l'ONSS,
- au maximum 5 % du montant total des travaux hors TVA concédés à cet entrepreneur sur le chantier en cause.

En outre, le montant de l'amende infligée à l'entrepreneur principal sera diminué du montant de l'amende payée par le sous-traitant dans tous les cas où il est établi que le défaut de communication à l'ONSS par l'entrepreneur principal résulte de la non-exécution par le sous-traitant de son obligation d'information vis-à-vis de l'entrepreneur principal (87).

La loi du 20 juillet 1991 a prévu à l'égard du sous-traitant qui ne respecte pas son obligation d'informer l'entrepreneur principal qui lui-même recourt à un sous-traitant, une amende dont le montant est égal à 5 % du montant des travaux que ce sous-traitant a concédés à un ou plusieurs sous-traitants (88). L'administration peut cependant comme dans le cas de l'entrepreneur principal se limiter à adresser un avertissement.

(85) Art. 35, L. 27 juin 1969, dernier al.

(86) Art. 30ter, § 6, C.

(87) Art. 30ter, § 6, B.

(88) Art. 30ter, § 6, B, al. 2.

5.3. En cas de manquement à la tenue des listes journalières - livres journaliers - cartes d'identité sociale

Jusqu'au 30 juin 1994, l'entrepreneur principal qui ne tenait pas la liste, omettait d'y mentionner un travailleur, ou y apportait de fausses mentions était redevable à l'ONSS d'une somme égale au triple des cotisations calculées sur une base forfaitaire (égale en mai 1996 à 42493 F). Ce montant était ensuite multiplié par le nombre de travailleurs ne figurant pas sur les listes ou le livre journalier ainsi que par le nombre de fausses mentions ou de mentions omises (89).

Le sous-traitant qui omettait de transmettre à l'entrepreneur la liste journalière des travailleurs qu'il occupait sur le chantier de l'entrepreneur s'exposait à la même sanction.

Cependant depuis la loi du 20 juillet 1991, l'administration peut dans ce cas aussi se limiter à donner un avertissement (90), faculté limitée par la loi du 6 août 1993.

Ainsi que cela a été exposé (91), la liste journalière a été remplacée par un livre journalier, lui-même remplacé par la carte d'identité sociale, le roi ayant fait application de l'article 30 ter § 4 bis par l'arrêté royal du 30 juin 1994.

La loi du 23 mars 1994 a inséré un nouveau § 3 dans l'arrêté royal du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux en vertu duquel la carte d'identité sociale est devenue un document social obligatoire.

Les manquements relatifs à la tenue des cartes d'identité sociale sont dès lors sanctionnés par les dispositions relatives à la tenue des documents sociaux (92)

(89) Art. 30ter, § 6, al. 1, L. 27 juin 1969.

(90) Art. 30ter, § 6, C.

(91) Supra 3.

(92) arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux et Art. 11 de l'A.R n°5 du 23 octobre 1978 contenant les sanctions aux manquements dans la tenue des documents sociaux.

QUESTIONS ACTUELLES DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

**André Delvaux,
avocat au barreau de Liège,
maître de conférences à l'U.Lg.
avec la collaboration de Jean-Noël Kraewinkels,
avocat au barreau de Liège**

Les réflexions les plus approfondies du présent rapport sont le fruit d'échanges de vues stimulants avec Monsieur le Bâtonnier HANNEQUART.

Qu'il en soit vivement remercié.

SOMMAIRE

SECTION I

CONTRAT D'ENTREPRISE	43
1. <i>Notion</i>	43
1.1. <i>Distinction vente - entreprise</i>	43
1.2. <i>Distinction entreprise - autres contrats</i>	44
2. <i>Gratuité du devis - preuve et contenu</i>	46
2.1. <i>Gratuité en principe du devis</i>	46
2.2. <i>Preuve du contrat</i>	46
2.3. <i>Contenu du contrat</i>	47
3. <i>Forfait - bordereau de prix - régie</i>	48
4. <i>Obligations du maître d'ouvrage</i>	52
4.1. <i>Obtenir les autorisations nécessaires</i>	52
4.2. <i>S'adjoindre un architecte</i>	54
4.3. <i>Eviter toute immixtion</i>	55
4.4. <i>Informier l'entrepreneur</i>	55
4.5. <i>Mettre les lieux à disposition</i>	56
5. <i>Obligations de l'entrepreneur</i>	56
5.1. <i>Exécuter le travail commandé</i>	56
5.2. <i>Exécuter le travail dans le délai conventionnellement fixé</i>	56
5.3. <i>Livrer l'ouvrage - Question du transfert des risques</i>	57
5.4. <i>Conseiller le maître de l'ouvrage</i>	58

6. <i>Obligations respectives concernant la protection des câbles et canalisations souterrains</i>	60
6.1. <i>Devoir de renseignement de l'entrepreneur</i>	60
6.2. <i>Obligation de consultation</i>	61
6.3. <i>Obligation de localisation des câbles</i>	62
6.4. <i>Nécessité d'un constat contradictoire en cas de dommage</i>	64
6.5. <i>Obligations incombant aux concessionnaires ou propriétaires d'installations souterraines</i>	64

SECTION II

LE CONTRAT D'ARCHITECTURE	67
1. <i>Déontologie et procédure disciplinaire</i>	67
2. <i>Preuve du contrat</i>	69
3. <i>Indépendance et incompatibilité légale entre architectes et entrepreneurs</i>	71
3.1. <i>Etat de la question en général</i>	71
3.2. <i>Situation de l'architecte face au promoteur</i>	74
a) <i>Jurisprudence</i>	74
b) <i>Les différentes figures de promotion et la jurisprudence relative à la licéité du contrat entre promoteur et architecte</i>	76
c) <i>Nouvelles perspectives</i>	79
d) <i>Conclusion</i>	82
4. <i>Mission et obligations de l'architecte</i>	84
4.1. <i>Etendue de la mission</i>	84
4.2. <i>Obligations de l'architecte</i>	87
a) <i>Devoir de conseil et d'assistance</i>	87
b) <i>Obligations de conception</i>	89
c) <i>Obligations au stade de l'attribution du marché de travaux</i>	91
d) <i>Obligations au stade de l'exécution des travaux : obligation de contrôle</i>	91

5.	<i>Des honoraires de l'architecte</i>	95
5.1.	<i>Principe du caractère onéreux de l'intervention</i>	95
5.2.	<i>Honoraires et concurrence</i>	96
6.	<i>Résiliation unilatérale - droit à indemnité</i>	99

SECTION III

PREUVE DE LA RESPONSABILITE

DANS LE DROIT DE LA CONSTRUCTION 101

1.	<i>Principe de base : responsabilité pour faute</i>	102
1.1.	<i>Exigence d'une faute</i>	102
1.2.	<i>Justification de l'absence de toute présomption de faute.</i>	105
1.3.	<i>Notion de faute</i>	105
2.	<i>Détermination de la preuve à apporter selon le type de faute</i>	106
2.1.	<i>Jurisprudence de la Cour de cassation</i>	106
2.2.	<i>Sur le plan de la responsabilité extracontractuelle</i>	107
2.3.	<i>Sur le plan de la responsabilité contractuelle</i>	107
2.4.	<i>Quant au vice des matériaux</i>	108
2.5.	<i>Quant au vice du sol</i>	110
2.6.	<i>Quant au vice de conception ou de construction proprement dit</i>	111
3.	<i>Preuve de la relation causale avec le dommage</i>	112
4.	<i>Incidences du moment de l'apparition du dommage sur la preuve à apporter</i>	115
4.1.	<i>Avant réception-agréation</i>	115
4.2.	<i>Après réception sans agrégation</i>	116
4.3.	<i>Après réception-agrégation</i>	116
4.4.	<i>Pendant la période dite «de garantie»</i>	117
5.	<i>Conséquences des exigences de preuve sur les modes de preuve</i>	118

SECTION IV

PARTICULARITES RELATIVES A CERTAINS INTERVENANTS

ET AUX RESPONSABILITES 121

- 1. *Sous-traitance* 121
 - 1.1. *Autonomie du contrat de sous-traitance* 121
 - 1.2. *Sous-traitant spécialiste* 122
 - 1.3. *Autres problèmes* 122
- 2. *Matériaux* 123
- 3. *Bureaux de contrôle* 125
 - 3.1. *Mission* 125
 - 3.2. *Responsabilité en «second rang»* 126
- 4. *Promotion* 128
- 5. *Responsabilité extracontractuelle* 131
- 6. *Obligation in solidum* 132

SECTION V

SANCTIONS A L'ENCONTRE DU COCONTRACTANT DEFAILLANT ... 137

- 1. *Primauté de l'exécution en nature* 137
- 2. *Exécution de bonne foi* 138
- 3. *Exception d'inexécution* 138
- 4. *Faculté de remplacement* 139
 - 4.1. *Conditions de mise en oeuvre* 139
 - 4.2. *Sanctions du non-respect des conditions* 141
 - 4.3. *Distinction avec la résiliation unilatérale* 141
- 5. *Remplacement judiciaire* 142
- 6. *Résolution pour faute* 145

SECTION VI

TRANSMISSIBILITE DES ACTIONS

EN RESPONSABILITE CONTRACTUELLE 147

- 1. *Position du problème 147*
- 2. *Etat de la jurisprudence la plus récente 148*
 - 2.1. *Transmission de l'action en garantie des vices
cachés au sous-acquéreur 148*
 - 2.2. *Transmission à l'acquéreur de l'action
en responsabilité du maître d'ouvrage contre
l'architecte et/ou l'entrepreneur 149*
 - 2.3. *Transmission au maître d'ouvrage de l'action
contre le fournisseur de son cocontractant 150*
 - 2.4. *Transmission au maître d'ouvrage de l'action
contre le sous-traitant de son cocontractant 151*
- 3. *Caractère inadmissible de la non-reconnaissance
de la transmission de l'action contre le
sous-traitant du cocontractant 152*
- 4. *Détermination du fondement de la transmission
de l'action en responsabilité contractuelle 153*
- 5. *Possibilité d'un recours du titulaire de la chose fondé sur la
responsabilité extracontractuelle du débiteur de son propre
cocontractant et les incidences d'un recours à la voie aquilienne
par rapport à la voie contractuelle 160*

Section I

Contrat d'entreprise

1. Notion de contrat d'entreprise

1.1. Distinction entreprise-vente

La distinction entre contrat de vente et contrat d'entreprise a fait l'objet de l'étude approfondie de A. FETTWEIS, in *Actualités du droit* 1991, p. 861 et suivantes.

Il a mis en lumière (p. 874) que pour distinguer les deux contrats, la jurisprudence adoptait de plus en plus deux critères, à savoir celui de la «conception spécificité» et celui de la «volonté des parties», les deux étant parfois pris en compte simultanément, le premier étant révélateur du second, pour conclure que *«dans notre système juridique, la volonté des parties doit toujours l'emporter lorsqu'elle ne se heurte point à l'ordre public ou à des règles impératives»* (p. 875).

La jurisprudence la plus récente confirme cette analyse :

- Le contrat qui porte sur la conception et la réalisation d'une installation de réfrigération d'une patinoire étant fondé sur l'intention principale commune des parties de ne pas organiser un simple transfert de propriété de matériel de réfrigération a été considéré comme un contrat d'entreprise et non comme un contrat de vente: Mons, 1^{ère} chambre, 2 mars 1992, J.T. 1993, p. 228; Entr. et Dr. 1993, p. 287; J.L.M.B. 1992, p. 1262 et note B. LOUVEAUX, «La responsabilité pour vice caché en matière d'entreprise».
- Le contrat par lequel une firme vend et place une cuisine équipée a été qualifié de contrat d'entreprise: Civil Bruxelles, 22 juin 1993, Rev. Rég. Dr. 1995, p. 46.
- L'installation d'une porte de garage fabriquée sur mesure constitue un contrat d'entreprise et non un contrat de vente lorsque les parties ont manifestement eu principalement en vue le façonnage de la porte et sa mise en place par le menuisier: Mons, 11 janvier 1994, Rev. Rég. Dr. 1994, p. 515.
- Une convention ayant pour objet le transfert de propriété d'une maison d'habitation en voie de construction vise principalement une réalisation

achevée, un résultat sans trop de préoccupations de moyens pour y parvenir. Elle a été qualifiée de vente de chose future et non de contrat d'entreprise dès lors que les plans émanent de la partie qui promet d'exécuter les travaux et que l'acquéreur ne dispose d'aucun pouvoir d'intervention ou de contrôle pendant leur exécution: Mons, 7ème chambre, 11 mars 1994, J.L.M.B. 1994, p. 1294 et obs. B. LOUVEAUX, «Promotion et obligations de résultat», p. 1300.

1.2. Distinction entreprise-autres contrats

Le lecteur est renvoyé à l'étude précitée de A. FETTWEIS. Dans la jurisprudence récente, on peut relever les décisions suivantes.

- Contrat d'entreprise et mandat

Dès lors que la mission du bureau d'études porte sur la conception et l'aménagement d'un parc et la supervision des travaux, avec également mission de rassembler les devis des entreprises spécialisées, il a été jugé qu'il y avait contrat d'entreprise et non simple mandat : Comm. Bruxelles, 18ème chambre, 4 octobre 1991, Entr. et Dr. 1994, p. 67.

- Contrat d'entreprise ou louage d'ouvrage et transport

Le contrat portant sur le déménagement de l'équipement d'une usine avec prix établis sur base d'un salaire horaire comprenant l'utilisation d'une grue et de matériel et la participation de deux mécaniciens, étant entendu que les opérations de chargement, de transport et de déchargement et le déplacement d'un lieu à l'autre étaient de peu d'importance et d'un caractère accessoire, a été qualifié de louage d'ouvrage et non de transport: Gand, 5 décembre 1990, Jur. Anv. 1992, p. 171.

- Contrat d'entreprise et louage de choses ou de main-d'oeuvre

La mise à disposition d'autrui d'un matériel avec personnel nécessaire à son fonctionnement a été analysée par P. HENRY et V. d'HUART in *Actualités du droit* 1992, p. 193, avec référence notamment aux observations de Th. BEGUIN «La mise à disposition d'une grue avec grutier : louage de chose ou d'industrie ?» sous Liège, 12 avril 1991, J.L.M.B. 1991, p. 839.

P. HENRY a fait à nouveau le point à propos de la responsabilité extra-contractuelle lors du recyclage de septembre 1996 relatif au droit de la responsabilité (1).

(1) La responsabilité du fait d'autrui : commettants, préposés et organes in *Droit de la responsabilité*, Formation permanente CUP, vol. X, p. 235-236

Le problème est évoqué ici uniquement sous l'angle des relations contractuelles.

Dans son arrêt du 12 avril 1991 (2), la cour d'appel de Liège a considéré qu'il y avait contrat d'entreprise et non de location de main-d'oeuvre au motif que le sous-traitant a été chargé par l'entrepreneur principal d'exécuter en toute indépendance un ouvrage par l'accomplissement d'actes matériels, la circonstance que le coût de l'entreprise était établi selon un tarif horaire étant sans incidence sur la détermination de la nature du contrat.

Le problème est de déterminer l'élément prédominant dans l'intention des parties: le travail humain ou la mise à disposition de la machine, ainsi que le relève P. HENRY dans sa dernière contribution précitée. Toutes les décisions qu'il cite révèlent l'analyse faite cas par cas des données de fait :

- La mise à disposition d'une grue assortie de la présence d'un ingénieur, d'une personne chargée de sa mise en position et d'un opérateur spécialisé a été considérée comme un louage d'industrie.

La circonstance que le coût de l'entreprise est établi selon un tarif horaire est sans effet sur la détermination de la nature du contrat (3).

- A été qualifié de louage de chose la convention par laquelle une société met à disposition d'une entreprise de démolition une grue avec brise-roches ainsi que l'ouvrier conduisant cet engin lorsqu'il apparaît des éléments de l'espèce que la grue est fournie pour un temps déterminé, que le prix est fixé en fonction du temps et du mode d'utilisation, que le travail à effectuer est désigné au fur et à mesure et que l'accident et l'indisponibilité de la grue ont mis fin au contrat. En pareil cas, l'entreprise de démolition est devenue le commettant du conducteur de la grue.

En matière de louage de choses en vertu de l'article 1732 du Code civil, le preneur répond des dégradations qui arrivent pendant sa jouissance sauf à démontrer lui-même la cause étrangère. Il faut la preuve positive de la cause étrangère ou tout au moins qu'il résulte des éléments produits que la possibilité même de toute faute soit complètement exclue (4).

On relèvera que dans cette dernière espèce, l'engin n'était pas particulier, sa manipulation ne devait pas être réservée à un ouvrier spécialisé, le preneur possédait plusieurs grues du même modèle dont l'une était sur le chantier. Son personnel avait discuté avec le pilote de la grue et avait convenu de la manière de travailler avec ce dernier et le travail lui avait été indiqué après qu'il soit arrivé sur le chantier.

(2) J.L.M.B. 1991, p. 839 et obs. Th. BEGUIN, «La mise à disposition d'une grue avec grutier : louage de chose ou d'industrie ?»

(3) Comm. Liège, 21 février 1994, J.L.M.B. 1995, p. 622 et note B. LOUVEAUX

(4) Liège, 12 mars 1993, Rev. Rég. Dr. 1993, p. 396; J.L.M.B. 1994, p. 126 et obs. B. LOUVEAUX

- **Contrat d'entreprise sensu stricto et contrat de promotion**

Le lecteur est renvoyé ci-après à la section IV.

2. Gratuité du devis - Preuve - Contenu

2.1. Gratuité - en principe - du devis de l'entrepreneur

Les études préliminaires, plans et devis réalisés par l'entrepreneur avant la conclusion du contrat constituent des «risques d'entreprise» et dès lors en principe ne donnent pas lieu à rémunération, ainsi que l'a fait observer J.M. GERADIN in Actualités du droit 1991, p. 1105 et les références citées.

Tel est le cas même lorsque l'étude ne dépasse pas le risque usuel accepté par tout entrepreneur d'accomplir un travail, même détaillé, de remise de prix gratuite, en vue de valoriser la qualité et l'intérêt de ses prestations éventuelles ainsi que d'augmenter les chances d'obtenir une commande. Ainsi, l'indication dans l'étude de certaines informations parmi lesquelles des indices de performance estimés, ou le recours à des sous-traitants ou à du personnel a été considérée comme n'étant pas la preuve d'un travail conceptuel original : Bruxelles, 4ème chambre, 8 mars 1993, J.L.M.B. 1993, p. 1308 et obs. B. LOUVEAUX.

En revanche, il a été jugé qu'il y avait exception à ce principe lorsque le projet établi par l'entrepreneur, le plus souvent spécialisé, sort du cadre de la simple «information» pour entrer dans la catégorie des études menées par les architectes, ingénieurs conseils ou bureaux d'études qui, en raison de l'activité créatrice qu'elles impliquent, sont normalement rémunérées: trois séries de maquettes, correction d'annotations de texte, traduction, épreuve couleur d'une brochure, longue période de discussion avec instructions et directives et exigence de mise au point: Liège, 7ème chambre, 18 novembre 1993, J.L.M.B. 1994, p. 567.

2.2. Preuve du contrat

La preuve du contrat doit être rapportée conformément aux règles générales de preuve prévues aux articles 1315 et suivants du Code civil, comme la jurisprudence a eu l'occasion de le préciser :

- Une offre de prix a été distinguée d'un «accord sur le prix» par lequel les parties s'accordent déjà sur le prix d'un contrat d'entreprise à conclure ultérieurement et dès lors n'a pu constituer la preuve d'un contrat d'entreprise: Anvers, 27 février 1995, A.J.T. 1994-1995, p. 503.
- L'acceptation tacite d'une offre a été admise spécialement en matière commerciale en raison de l'usage selon lequel, entre commerçants qui se con-

naissent et qui sont déjà en relations d'affaires ou entre lesquels des pourparlers sont en cours, l'un ne peut laisser l'autre dans l'incertitude.

L'exécution de bonne foi du contrat de sous-traitance impliquait de mener à terme les travaux nécessaires à la réalisation du marché confié à l'entrepreneur principal. En invoquant, après sept mois d'exécution, l'absence d'accord sur certaines modalités accessoires du contrat alors qu'il n'était ni démontré, ni même allégué que ces modalités aient eu en l'espèce une importance particulière pour l'exécution des travaux, le tribunal de commerce de Namur a considéré que le sous-traitant avait agi au mépris de la bonne foi avec laquelle il était tenu de remplir ses obligations contractuelles (5).

2.3. Contenu du contrat

Le contenu du contrat doit faire l'objet d'un engagement précis, ainsi que l'a rappelé la jurisprudence.

- Dès lors que les bons de commande se bornent à préciser les travaux à exécuter en vertu d'un contrat type d'entreprise qui, ayant pour objet l'obtention de primes, ne comporte aucune clause pénale ou majoration conventionnelle, les dispositions insérées au verso de ces bons de commande tendant à pénaliser le retard de paiement des factures ont été jugées inopposables au client: Bruxelles, 7^{ème} chambre, 8 février 1991, J.T. 1992, p. 602.
- De même, l'entrepreneur n'a pu invoquer les clauses reprises sur ses factures dès lors qu'elle ne font pas partie de l'accord écrit entre les parties. Elles ne peuvent compléter le contrat initial rien que par leur apparition ultérieure sur les factures, même si celles-ci n'ont pas été protestées: Comm. Termonde, 27 décembre 1994, D.A. 1995, n° 34, p. 95.
- L'existence d'une convention d'arbitrage peut être prouvée par des documents éventuellement non signés engageant les parties et manifestant leur volonté de recourir à l'arbitrage. Si les conditions générales d'une des parties à la convention contiennent une clause d'arbitrage, l'opposabilité de cette clause ne dépend point des règles spécifiques relatives à l'arbitrage, mais des règles générales du droit des obligations et contrats qui déterminent l'opposabilité des conditions générales. Il convient donc de déterminer si l'écrit intitulé «cahier spécial des charges» en général et la clause compromissoire en particulier font partie des clauses et conditions acceptées par le maître d'ouvrage dans sa relation contractuelle avec l'architecte.

(5) Comm. Namur, 1er avril 1993, Entr. et Dr. 1995, p. 153

Il convient en outre de déterminer l'influence d'une telle clause éventuellement convenue entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage sur la relation contractuelle entre ce dernier et l'architecte auteur de la clause: Bruxelles, 7ème chambre, 4 novembre 1991, J.T. 1992, p. 60.

- Les conditions générales faisant partie de la convention lient les parties. Il ne peut être considéré qu'il y a renonciation tacite à leur application par le fait que les revendications du sous-traitant en l'espèce n'invoquaient pas tel article des conditions générales et ce, dès lors que par son action, il apparaissait clairement que ledit sous-traitant n'avait pas renoncé à l'objet de sa demande portant en l'espèce sur des révisions de prix. Aussi la cour d'appel a-t-elle considéré qu'elle pouvait faire application des conditions générales comme complément apporté d'office au fondement juridique de la demande, complément auquel le juge est obligé dès lors qu'il ne modifie pas les faits servant de fondement à la demande ni l'objet de l'action: Gand, 1ère chambre, 27 juin 1986, Entr. et Dr. 1991, p. 386.
- Une clause pénale n'est contraire à l'ordre public que lorsqu'elle ne peut être une indemnisation du dommage subi et qu'elle présente pour le créancier un avantage plus grand que l'exécution normale du contrat. Elle ne peut avoir d'effet que si l'insuffisance de prestation est à reprocher à la faute de la partie adverse. Tel n'est pas le cas lorsque le débiteur ne s'exécute pas temporairement en raison de mauvaises circonstances atmosphériques: Anvers, 2ème chambre, 19 avril 1995, A.J.D. 1995-1996, n° 2, p. 52 et obs. J. VANBELLE. Une telle solution ne peut se justifier qu'en raison de circonstances propres à l'espèce et qui seraient constitutives d'un cas fortuit ou de force majeure.

3. Forfait - Bordereau de prix - Régie

Les différentes modalités de fixation du prix du contrat d'entreprise ont été analysées par J.M. GERADIN in *Actualités du droit* 1992, p. 1104.

Quelques cas particuliers ont été tranchés par la jurisprudence comme suit :

L'article 1793 du Code civil excluant tout supplément sauf changement ou augmentation autorisés par écrit n'est d'application que pour un contrat portant sur la construction d'un bâtiment conclu avec le propriétaire du sol et à forfait pur et simple sur base d'un plan arrêté et convenu (6). S'écartant du droit commun, il doit recevoir une interprétation restrictive. Il n'est dès lors pas d'application à une convention prévoyant des changements et/ou améliorations d'une construction existante (7).

(6) op. cit. p. 1105-1106

(7) Comm. Gand, 9 avril 1991, R.W. 1994-1995, p. 1232

Le marché en régie est défini in *Actualités du droit* 1992, p. 1110.

Il se caractérise par le mode de détermination du prix, à savoir, en principe, la fixation d'un prix unitaire d'heures ou de fournitures à multiplier par le nombre d'heures ou de fournitures effectivement réalisées. Pour le surplus, ce marché est un contrat d'entreprise qui engage la responsabilité de droit commun des architectes et entrepreneurs.

Dans les hypothèses où le prix est difficile à déterminer, les parties sont tenues d'une **obligation réciproque d'information et de réaction**.

- Ainsi, il appartient à l'entrepreneur d'informer le maître d'ouvrage si les travaux dépassent le prix approximatif évoqué, de manière à permettre aux parties de se consulter sur la manière dont un dépassement supérieur à celui censé acceptable peut être évité. Sachant que le budget de cinq millions de francs était déjà dépassé, l'entrepreneur a commis une faute en poursuivant les travaux pour quatre millions supplémentaires.

Il a ainsi manqué à son obligation d'informer le cocontractant de ce qu'implique l'obtention d'un bon résultat dans le délai prévu avec le budget prévu (8).

- Réciproquement, il appartient au maître d'ouvrage de réagir rapidement à l'encontre de l'entrepreneur lorsqu'il souhaite contester le montant d'une facture spécialement lors de travaux en régie (9).

Ainsi, la détermination par l'une des parties de l'objet du contrat doit être faite dans le respect du principe de l'exécution de bonne foi des conventions (10).

Aussi le contrôle du prix ne peut-il être que marginal, le juge se bornant à vérifier si les prix pratiqués ne dépassent pas les prix normaux au sens de l'article 1er, par. 2, de la loi du 22 janvier 1945 (11) et par application de l'article 32.2 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs, ainsi que le relève J.F. JEUNEHOMME.

(8) Comm. Gand, 9 avril 1991, R.W. 1994-1995, p. 1232

(9) Comm. Bruxelles, 25^{ème} chambre, 14 juin 1991, Entr. et Dr. 1995, p. 80

(10) J.F. JEUNEHOMME, Contrat d'entreprise et contrôle des prix par le juge, obs. sous J.P. Fexhe-Slins, 29 juin 1992, J.L.M.B. 1992, p. 1037, renvoyant à P. VAN OMMESLAGHE, Examen de jurisprudence, Les obligations, R.C.J.B. 1986, p. 85 et svtes; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, Examen de jurisprudence, Les contrats spéciaux, R.C.J.B. 1986, p. 329

(11) J.P. Fexhe-Slins, 29 juin 1992, précité

La portée du forfait et ses limites ont fait l'objet des pages 1151 et suivantes in Actualités du droit 1991.

Le forfait comprend *«le prix d'exécution résultant des aléas normaux raisonnablement prévisibles, compte tenu de la description dans le plan arrêté et convenu, de la nature et de la localisation des travaux commandés, ainsi que de tous les autres éléments qu'il appartient au bon professionnel de prendre en considération lorsqu'il s'engage à réaliser telle construction»*.

En d'autres mots, le forfait couvre les travaux intrinsèquement nécessaires ou indispensables à l'achèvement complet de l'ouvrage, conformément aux règles de l'art, ou constituant le complément prévisible nécessaire de l'ouvrage convenu».

En conséquence, toutes les difficultés ou aléas non raisonnablement prévisibles ne sont pas couverts par le forfait (12) et, outre la commande de travaux supplémentaires, l'entrepreneur peut faire valoir comme exception aux contraintes du forfait la faute ou le fait du maître de l'ouvrage ou d'un de ses conseillers ou d'un entrepreneur tiers dont il doit répondre notamment en cas de vice de plan ou du sol, ou le fait du prince, la sujétion imprévue, et le cas fortuit (13).

La jurisprudence en a fait les applications suivantes :

- Les conséquences d'une inappropriation fautive de la chose, dont le placement dans une structure éventuellement inadaptée, faisant elle aussi l'objet du contrat ont été admises comme ne relevant pas des aléas normaux et raisonnablement prévisibles qu'il appartenait à l'entrepreneur de prendre en compte (14).
- Lorsqu'un travail est repris dans les plans ou le devis, il doit être exécuté dans le cadre du forfait sans supplément de prix.

Les travaux et fournitures accessoires qui relèvent nécessairement et normalement des travaux décrits en vue d'une bonne exécution et d'une finition soignées (15) rentrent dans le forfait.

- L'offre relative à la démolition de bâtiments de superstructure existants englobe nécessairement la démolition des fondations lorsqu'il ressort des plans que la construction d'une route était prévue à l'endroit où se trou-

(12) Actualités du droit 1991, p. 1153

(13) Actualités du droit 1991, p. 1155 et svtes

(14) Bruxelles, 4ème chambre, 26 octobre 1993, J.L.M.B. 1994, p. 1289 à propos d'une convention de transport et de mise en place de pertuis dans un barrage compte tenu de la largeur inadéquate des vannes et/ou de la structure dans laquelle devaient être placées les dites vannes

(15) Anvers, 9 janvier 1991, Entr. et Dr. 1992, p. 182, obs. B. VAN LIERDE

vaient les bâtiments, travaux qui rendaient évidemment nécessaire la démolition complète (16).

Le contrat à bordereau de prix est celui qui fixe pour chaque poste de travail ou chaque fourniture un prix unitaire invariable qui sera appliqué en tenant compte des quantités réellement réalisées et donnera lieu, à la fin du travail, à un décompte en plus ou en moins suivant que les quantités présumées prévues au devis auront été dépassées ou n'auront pas été atteintes.

En pareil cas, l'entrepreneur a été jugé non responsable des imperfections des plans, des oublis ou des erreurs de quantité. Il ne supporte pas tous les risques de l'entreprise et peut facturer des quantités supplémentaires ainsi que les nouveaux postes que le maître d'ouvrage vient à commander en cours de chantier, soit parce que ces ouvrages étaient omis quoique nécessaires, soit parce que le maître d'oeuvre entend compléter la construction par des ouvrages ou finitions qui n'étaient pas prévus initialement (17).

Même si le cahier des charges prescrit un écrit pour toute commande de supplément, la preuve d'une telle commande a été admise compte tenu de la rapidité avec laquelle le chantier a progressé, aux motifs qu'était établie l'existence d'un accord certain entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, que les parties restaient libres d'apporter des modifications, que le maître d'ouvrage avait reconnu avoir passé commande, que l'architecte chargé de la direction pouvait attester de l'accord, que les travaux avaient été réalisés sans remarque et qu'avait été payée sans réserve la facture à laquelle était annexé l'état d'avancement faisant mention du supplément (18).

Dans le cadre d'un marché à bordereau de prix, il importe donc de procéder à un mesurage en fin des travaux. C'est la quantité établie in fine qui s'impose aux parties, les quantités portées en compte en cours d'exécution n'étant que provisoires et les paiements effectués sur cette base ne constituant que des à-valoir.

Il n'en est cependant ainsi que dans la mesure où il est encore possible de procéder à un mesurage. A défaut, ce sont les quantités portées en compte au cours de l'exécution et éventuellement consignées dans des attachements détaillés qui sont à prendre en compte (19).

(16) Comm. Gand, 3ème chambre, 19 juin 1990, Entr. et Dr. 1991, p. 377

(17) Liège, 7ème chambre, 21 février 1995, J.L.M.B. 1995, p. 1328; Répertoire Notarial, Le contrat d'entreprise de construction, tome IX, livre VIII, n° 105, p. 116

(18) Liège, 21 février 1995, précité

(19) Civ. Mons, 2ème chambre, Deceulener c/ Ville de Soignies, inédit

En principe, la remise de prix consentie par un fournisseur revient au corps de métier qui effectue le placement du matériel et n'est accordée à l'acheteur que s'il effectue le travail lui-même. L'entrepreneur est dès lors en droit, conformément à cette coutume et à la clause acceptée par le client, de facturer à prix plein les matériaux qu'il a dû placer (20).

4. Obligations du maître de l'ouvrage

Les principes de cette matière ont été rappelés dans le précédent recyclage de la CUP consacré au «droit de la construction», Actualités du Droit 1991, par François DELOBBE «La définition des obligations respectives», p.1121 et suivantes. Le lecteur y est renvoyé.

La jurisprudence récente comprend surtout des décisions relatives à la première obligation du maître d'ouvrage, à savoir: **permettre et faciliter l'exécution des travaux**.

Cette obligation générale a des implications multiples.

Ainsi, on considère que le maître d'ouvrage doit :

4.1. Obtenir les autorisations nécessaires

Il appartient au maître d'ouvrage d'obtenir, le cas échéant, avec l'assistance de l'architecte, les autorisations administratives requises pour permettre à l'entrepreneur de réaliser les travaux.

François DELOBBE (op. cit., p.1123) mentionne un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles (5 déc. 1960, Pas. 1960, II, 40) qui déclare que l'autorisation est un élément essentiel du contrat sans lequel il n'y a pas formation de celui-ci. Néanmoins, une jurisprudence ultérieure considère plutôt que l'autorisation constitue une condition suspensive tacite affectant le contrat d'entreprise noué entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur (Brux., 21 nov. 1979, J.T. 1980, 296 et Liège, 25 mars 1970, J.L. 1970-71, 113, cités par Fr. DELOBBE, op. cit., p.1123).

Il est admis que, lorsque ces autorisations sont refusées alors que le contrat d'entreprise a déjà été conclu, l'entrepreneur a droit à des dommages et intérêts si ce refus est la conséquence d'une faute du maître d'ouvrage.

D'autre part, les règles d'urbanisme sont d'ordre public et l'article 64 de la loi du 29 mars 1962 (art. 65 et ss. du CWATUP) sanctionne pénalement le fait d'avoir, par l'exécution ou le maintien des travaux, enfreint les prescriptions des titres II et III de la loi de 1962 (titre II et III du CWATUP).

(20) Bruxelles, 14 janvier 1992, Entr. et Dr. 1993, p. 306

Patrick HENRY et Anne-Valérie BARLET rappellent dans leur contribution au précédent recyclage «Droit de la construction», «Les contraintes quant à la décision de bâtir et quant à la définition de l'ouvrage et leurs conséquences (Actualités du Droit 1991, p.1050)», que le respect de la réglementation en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire n'est pas uniquement l'affaire du maître d'ouvrage.

Les entrepreneurs et les architectes doivent également respecter les décisions administratives.

Ils ne peuvent procéder à une construction non conforme à un permis délivré même si le maître de l'ouvrage leur demande de passer outre aux exigences de l'administration.

Une affaire dont la cour d'appel de Liège a eu à connaître et qui a donné lieu à un arrêt du 14 janvier 1992 (Liège, 3^{ème} ch, 14.01.1992, JLMB 1993, p.544 et suivantes) pose la question de la validité d'un contrat d'architecture portant sur des travaux non encore autorisés ou sur des travaux contraires à un permis de bâtir.

Un maître d'ouvrage avait confié une mission d'architecture pour des travaux pour lesquels il n'existait pas encore de permis.

Le permis fut accordé après la réalisation de ces travaux.

Ultérieurement, sont apparues des malfaçons imputables à une erreur de conception et de contrôle de la part de l'architecte.

Le maître d'ouvrage a dès lors agi contre l'architecte en responsabilité contractuelle.

L'architecte a opposé au maître d'ouvrage la nullité du contrat puisque le contrat d'architecture était contraire à l'ordre public, l'ouvrage n'ayant pas été autorisé au moment de la réalisation.

La cour d'appel de Liège, après avoir rappelé d'une part le principe de la sanction pénale mentionné ci-dessus et d'autre part les conséquences civiles des infractions aux prescriptions de l'urbanisme (en vertu des articles 65 et 67 de la loi de 1962, le juge peut ordonner soit la remise en état des lieux, soit l'exécution d'ouvrages ou de travaux d'aménagement, soit le paiement d'une somme représentant la plus-value acquise par le bien à la suite de l'infraction, ce choix s'imposant au tiers pour ce qui est de la réparation directe sans préjudice du droit à une indemnisation), décide :

«Qu'il résulte du système que, tant que les constructions subsistent l'architecte ou l'entrepreneur, auteur des vices qui les affectent, ne peut décliner toute responsabilité au mépris de la sécurité publique et de l'intérêt général; (...).».

Que (l'architecte) ne peut retirer aucun avantage juridique quelconque de la situation qu'il dénonçait;

Que la validité du contrat d'entreprise et les obligations qui en découlent sont indépendantes des infractions auxquelles peut donner lieu son exécution».

Pour répondre à l'argument pris par l'architecte de l'illicéité du contrat, la cour fait peut-être une application implicite de l'adage «*nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans*», puisqu'il appartenait à l'architecte d'assister le maître d'ouvrage dans sa demande de permis.

En outre, pour justifier la responsabilité de l'architecte vis-à-vis du maître d'ouvrage elle se réfère au principe de la sécurité publique et à l'intérêt général puisqu'il est évidemment dans l'intérêt de tous que les ouvrages immobiliers soient conçus et réalisés correctement, indépendamment du point de savoir s'ils sont ou non autorisés comme tels par l'autorité administrative.

Il est intéressant de constater que la motivation de la cour n'est pas fondée sur le fait que les autorisations en l'espèce avaient été délivrées après l'exécution des travaux et dès lors que ces travaux avaient été validés a posteriori mais plutôt sur le fait que le juge, même s'il condamne au pénal ne prononcera pas automatiquement la remise en état des lieux impliquant la destruction de l'ouvrage.

On peut dès lors penser que la cour adopterait la même position si un maître d'ouvrage agissait contre l'architecte ou l'entrepreneur (la cour étend en effet son raisonnement tant au contrat d'entreprise qu'au contrat d'architecture) dès **avant** qu'une autorisation ait été accordée pour des travaux déjà entamés. Cette autorisation est considérée comme une condition suspensive du contrat d'entreprise. Or, par son arrêt du 5 juin 1981 (Pas. I, 1149 ; P. Van Ommeslaghe, «Examen de jurisprudence (1974 à 1982)», «Les Obligations», R.C.J.B., 1988, p. 70, n°173; et les nombreux commentaires de doctrine cités par Van Ommeslaghe), la Cour de cassation a jugé que la condition suspensive a pour objet de suspendre *l'exécution* de l'obligation qui s'en trouve affectée. Le contrat est parfait dès avant la survenance de la condition. Si l'on suit le raisonnement de la cour d'appel de Liège, l'entrepreneur doit, en vertu des dispositions urbanisistiques, refuser d'exécuter les travaux tant que le permis n'est pas accordé, sous peine d'être susceptible de se voir sanctionner pénalement. Mais s'il a malgré tout commencé à exécuter les travaux, il est alors tenu vis-à-vis du maître à une exécution correcte en vertu du contrat.

4.2. S'adjoindre un architecte

Permettre l'exécution des travaux signifie également que le maître d'ouvrage doit s'adjoindre les compétences d'un architecte dans les cas où la loi le requiert.

La cour d'appel de Liège, 7^e chambre, dans un arrêt du 12 mars 1993 (Entr. et Dr., 1994, p. 75) établit un partage de responsabilité entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage lorsque celui-ci ne s'est pas entouré d'un architecte et qu'il a joué dans les faits le rôle d'un directeur de chantier, décidé à imposer sa conception du travail.

4.3. Eviter toute immixtion

Le maître d'ouvrage a l'obligation de collaborer avec l'entrepreneur, mais doit néanmoins éviter toute immixtion dans la sphère de compétence propre à ce dernier.

C'est ainsi que le tribunal de commerce de Turnhout, 1^{ère} chambre, dans un jugement du 22 octobre 1992 (Turnh. Rechtsl., 1992, 167), déclare le maître d'ouvrage responsable pour un tiers du dommage dans un cas où il avait ordonné à l'entrepreneur d'exécuter un travail conformément aux prescriptions de l'architecte nonobstant l'avis négatif de cet entrepreneur quant à ces prescriptions de l'architecte.

Le tribunal de commerce de Charleroi a eu l'occasion de préciser la notion d'immixtion dans un jugement du 15 février 1994 (J.L.M.B., 1994, 1301). Il s'agit d'une espèce où un maître d'ouvrage avait commandé à un architecte d'intérieur des travaux d'aménagement d'un bureau. A cette occasion, il avait émis son souhait de voir utiliser un certain carrelage pour le revêtement de sol. Ce type de carrelage différait de celui proposé initialement par l'architecte d'intérieur. Néanmoins, l'architecte d'intérieur et le carreleur ont accepté de réaliser l'ouvrage selon les souhaits du maître d'ouvrage. Ce type de carrelage s'est avéré totalement inadéquat pour un lieu soumis à un trafic fréquent et s'est abîmé très rapidement. Il a été jugé que l'architecte d'intérieur et le carreleur auraient dû émettre des réserves, ce qu'ils ne pouvaient prouver (voy. le commentaire de ce jugement dans les développements relatifs à l'obligation in solidum). Le tribunal précise que l'immixtion doit être distinguée de la simple collaboration du maître de l'ouvrage et que celui-ci peut, sans engager sa responsabilité, tenter d'exprimer de façon détaillée les souhaits ou exigences qu'il formule par rapport à l'objet du contrat d'entreprise, quitte aux autres intervenants à émettre des réserves ou à refuser purement et simplement de réaliser l'ouvrage.

4.4. Informer l'entrepreneur

Le maître d'ouvrage a l'obligation d'informer et de renseigner l'entrepreneur sur tout élément dont il dispose et qui pourrait avoir une incidence sur l'exécution du chantier. L'obligation d'indiquer la présence des conduites souterraines fait l'objet d'une section particulière.

4.5. Mettre les lieux à disposition

L'obligation de collaboration dans le chef du maître d'ouvrage implique que ce dernier doit mettre les lieux à la disposition de l'entrepreneur et en tel état que ce dernier puisse réaliser l'ouvrage commandé.

Il s'agit d'une obligation dont l'entrepreneur doit réclamer le respect, au besoin, par une mise en demeure. Le tribunal de commerce de Bruxelles, 23^{ème} chambre (29 juin 1990, Entr. et Dr., 1992, 345) a déclaré que l'entrepreneur commet une faute quand, d'une part, il néglige de mettre le maître d'ouvrage en demeure d'enlever tous les obstacles avant le début des travaux et d'autre part, moyennant autorisation, ne procède pas lui-même à l'enlèvement aux frais du maître. Il s'agit d'un cas d'espèce où l'entrepreneur avait commencé les travaux malgré la subsistance des obstacles. Le dommage qui en est résulté est alors mis à charge de l'entrepreneur.

5. Obligations de l'entrepreneur

La matière a été traitée dans l'ouvrage collectif "Droit de la Construction" in Actualités du droit 1991, p. 1125 et ss. par F DELOBBE.

Dans la jurisprudence récente, on peut relever les décisions suivantes:

5.1. Exécuter le travail commandé

L'entrepreneur doit réaliser l'ouvrage dans le respect des normes techniques imposées par le contrat.

Son obligation est cependant élargie au respect des règles de l'art (voy. Actualités du Droit 1991, p.1125).

Un arrêt de la deuxième chambre de la cour d'appel de Bruxelles du 14 janvier 1993 (Entr. et Dr., 1993, p.136) rappelle le principe selon lequel c'est la volonté des parties qui est déterminante à cet égard.

La référence à une norme belge correspond à une exigence minimum qui peut ne pas être admissible si l'état des connaissances au moment de la construction, permettait de meilleures performances.

5.2. Exécuter le travail dans le délai conventionnellement fixé

L'entrepreneur doit respecter le délai conventionnellement fixé ou, en cas de silence de la convention quant au délai, dans un délai raisonnable. Cette obligation constitue une obligation de résultat.

5.3. Livrer l'ouvrage - Question du transfert des risques

L'entrepreneur a l'obligation de livrer les travaux, de les mettre à la disposition du maître de l'ouvrage.

Cette obligation est intimement liée à la question de la **charge des risques**.

Le siège légal de cette matière se trouve aux articles 1788 à 1790 du Code civil.

Dans l'hypothèse où l'entrepreneur fournit son travail et la matière, si la chose vient à périr avant d'être livrée, la perte en est pour l'entrepreneur, sauf si le maître de l'ouvrage a été mis en demeure de la recevoir.

Dans l'hypothèse où l'entrepreneur fournit seulement son travail, l'entrepreneur n'est, à propos de la chose, tenu que de sa faute mais perd son droit au salaire en cas de perte de la chose, quelle que soit la cause de cette perte à moins que le maître de l'ouvrage n'ait été mis en demeure de recevoir le travail ou que la chose n'ait péri par le vice de la matière fournie.

Pour plus de développements sur cette matière, nous renvoyons à la contribution de Joëlle WILLEMS au précédent recyclage CUP sur le droit de la construction, *Actualités du Droit* 1991, p. 1161 et suivantes.

Joëlle WILLEMS avait à cette occasion rappelé les divergences quant au point de savoir si le transfert de la propriété de l'immeuble bâti correspond ou non au transfert des risques (v. aussi A. FETTWEIS, *Actualités du droit* 1991, p. 879).

Dans l'hypothèse d'un immeuble bâti sur un terrain appartenant déjà au maître d'ouvrage, certains considéraient que le principe de l'accession fait obstacle à l'application de l'article 1788 du Code civil et que, dès lors le transfert de propriété se fait au fur et à mesure de l'incorporation des matériaux. D'autres défendaient la thèse selon laquelle l'article 1788 du Code civil impliquerait au contraire qu'il n'y a pas accession au fur et à mesure de l'incorporation et que le transfert de propriété des matériaux fournis par l'entrepreneur ne se réalise qu'à la réception de l'ouvrage.

La loi Breyne avait tranché cette question en énonçant de façon impérative en son article 5 que le transfert de propriété des constructions à ériger s'opère au fur et à mesure de la mise en oeuvre des matériaux et de leur incorporation au sol ou à l'immeuble en construction. L'article 5, al. 1 de la loi Breyne dispose que le transfert des risques ne peut s'opérer avant la réception provisoire.

Ce principe ne valait cependant que pour les seuls immeubles entrant dans le champ d'application de la loi Breyne (voir la contribution consacrée à ce sujet). Pour les autres, la controverse demeurait d'actualité.

La Cour de cassation, dans un arrêt inédit du 16 juin 1995 a tranché cette controverse en décidant que l'article 1788 du Code civil ne règle que les ris-

ques de perte de la chose et non le droit de propriété lequel est transmis immédiatement au maître d'ouvrage en vertu de l'accession (Cass., 16 juin 1995, Commune de Olen / Van de Perre, Roefs et autres, rejetant le pourvoi contre Anvers, 29 mars 1993 ; dans le même sens, Gand, 9 décembre 1992, R.W., 1994-95, p.96).

Ainsi, le transfert de propriété se voit dissocié du transfert des risques dans le cadre de tous les contrats d'entreprise.

5.4. Conseiller le maître de l'ouvrage

L'entrepreneur doit informer le maître de l'ouvrage de toutes les conséquences des choix que celui-ci peut effectuer.

La jurisprudence de ces dernières années confirme le principe selon lequel un entrepreneur professionnel a en outre, vis-à-vis d'un maître d'ouvrage profane un devoir de conseil.

L'entrepreneur d'un bâtiment doit, avant d'accéder à la demande du maître d'ouvrage d'entreprendre les travaux, informer le maître d'ouvrage de tous les éléments qui sont nécessaires pour obtenir un bon résultat, dans le délai prévu et dans le budget prévu (Commerce Gand, 09.04.1991, RW. 1994-95, p.1232).

Certaines décisions précisent en outre que cette obligation d'information se rattache au principe d'exécution de bonne foi.

Manque ainsi à son devoir de bonne foi un entrepreneur qui entraîne un particulier à une dépense cinq fois supérieure à celle faisant l'objet du devis initial sans avoir préalablement expressément attiré l'attention du client sur l'importance du coût des modifications sollicitées, un profane pouvant ne pas avoir d'idée précise à ce sujet (Civ.Verviers, 04.11.1991, Entr. et Dr. 1993, p.265).

Un entrepreneur manque également aux exigences de la bonne foi en incitant le maître d'ouvrage à réaliser une installation disproportionnée aux besoins réels à rencontrer (Mons, 1er ch., 02.03.1992, JT. 1993, p.228 ; Entr. et Dr., 1993, p.287).

La cour d'appel de Mons précise également que, lorsque l'entrepreneur est en même temps concepteur, son devoir de conseil à l'égard du maître de l'ouvrage prend une importance particulière (Mons, 1ère ch. 02.03.1992, op. cit.).

Selon le tribunal de commerce de Hasselt, cette obligation d'information de l'entrepreneur vis-à-vis du maître d'ouvrage pèse même sur un entrepreneur intervenant après la réalisation de l'ouvrage à l'occasion d'un service d'entretien.

Cet entrepreneur doit avoir à l'oeil l'installation complète et attirer l'attention de son cocontractant sur les vices ou les vices possibles y compris à la partie de l'installation à laquelle il dit ne pas avoir travaillé (Commerce Hasselt, 1er ch., 23.12.1992, Limb. Rechtsl, 1993 p.1177).

Le tribunal de commerce de Charleroi, 1ère chambre, rappelle que ce devoir de conseil est assorti d'une obligation de réaction (Commerce Charleroi, 1ère ch., 06.09.1994, JLMB 1995, p. 1344).

Cette obligation de réaction signifie que l'entrepreneur doit dénoncer les erreurs inacceptables pour le maître d'ouvrage, qu'elles émanent du maître d'ouvrage lui-même ou de l'architecte.

Il doit réagir, soit en refusant d'exécuter les travaux, soit en exprimant à tout le moins des réserves.

Il a ainsi été décidé que l'entrepreneur qui sait qu'un tel travail ne peut être fourni, mais qui reçoit quand même du maître d'ouvrage la mission d'exercer un travail conformément aux prescriptions de l'architecte, doit le refuser (Commerce Turnhout, 1er ch., 22.10.1992, Turnh. Rechtsl, 1992, p.167).

Cette obligation de réaction semble être considérée comme plus grande dès que l'entrepreneur accepte un travail particulier sans la protection d'un architecte (Voy. Liège, 7ème ch., 12.03.1993, Entr. et Dr., 1994, p.75, note LIBIEZ P. p.75 à 80).

Le tribunal de commerce de Charleroi a mis également cette obligation de réaction à charge de l'architecte d'intérieur au même titre que l'entrepreneur (Commerce Charleroi, 15.02.1994, JLMB 1994, p. 1301).

La jurisprudence récente continue d'apprécier de façon distincte l'intensité de cette obligation de réaction dans le chef de l'entrepreneur suivant le degré de spécialisation, tant de l'entrepreneur d'une part, que du maître de l'ouvrage lui-même d'autre part.

Ainsi, la première chambre de la Cour de cassation a décidé que lorsqu'un entrepreneur n'a pas signalé au maître d'ouvrage un vice de conception imputable à l'architecte, le juge peut exonérer l'entrepreneur de toutes responsabilités, non par une appréciation in concreto de ses qualités de prudence ou de diligence, mais en considérant que le vice de conception peut échapper à un entrepreneur qui n'est ni spécialiste, ni auteur du projet de construction (Cass., 1ère ch., 25.04.1991, Pas. 1991, I, p.765).

Concernant une hypothèse d'un maître d'ouvrage spécialisé, le tribunal de commerce de Charleroi, 1ère chambre, a décidé que le devoir de refuser la réalisation d'une convention qui risque d'entraîner des conséquences fâcheuses pour le maître d'ouvrage, ne pèse pas sur l'entrepreneur qui traite avec un client qui dispose de services techniques nombreux et spécialisés et dont les

connaissances s'expriment notamment par le caractère extrêmement précis et technique du bon de commande qu'il a rédigé, et cela, même si l'entrepreneur est lui-même un spécialiste (Commerce Charleroi, 1ère ch., 06.09.1994, JLMB, 1995, p.1344).

6. Obligations respectives concernant la protection des canalisations et câbles souterrains

Il s'agit d'une matière à la source d'un volumineux contentieux.

La protection des câbles souterrains semble en effet constituer une charge particulièrement difficile à assumer techniquement par les entrepreneurs lors de leurs travaux de terrassement et les cas de destruction de câbles paraissent fréquents au vu de l'abondante jurisprudence publiée récemment concernant ce sujet.

Au-delà de ces difficultés d'ordre technique, cette matière ne manque pas non plus de causer des difficultés certaines aux juristes lorsqu'il s'agit de déterminer les responsabilités respectives en cas de sinistre.

La matière est régie par des **dispositions légales et réglementaires** propres aux divers câbles et canalisations:

- Règlement général sur la protection du travail (R.G.P.T.), articles 233 et 260 bis §1er.
- Règlement général sur les installations électriques (R.G.I.E.), art.192.2.
- Réglementation sur les installations téléphoniques (Loi du 13.10.1930 art. 21) et du gaz (A.R. des 28.06.1971 et 21.09.1988).

Les obligations respectives des intervenants peuvent être synthétisées comme suit :

6.1. Devoir de renseignement de l'entrepreneur

L'entrepreneur est tenu par les articles 260 bis du R.G.P.T. et 192 du R.G.I.E. de consulter préalablement à tous travaux, «l'autorité qui a la gestion de la voie publique éventuellement empruntée», le propriétaire du sol est le propriétaire des câbles qui le traversent, afin de disposer des informations nécessaire pour déterminer l'existence des câbles et leur localisation (voy. Rép. Notarial, T.IX, L. VIII, «Le Contrat d'Entreprise» p. 222).

En ce qui concerne le point de savoir comment déterminer l'autorité ou l'organisme à consulter, nous renvoyons à l'article de Patrick HENRY «Dommages aux câbles et canalisations souterrains», RGAR 1982, n° 10522.

Les obligations précitées incombent à l'entrepreneur qui exécute effectivement les travaux de terrassement. Au cas où ces travaux sont confiés à un sous-

traitant, c'est ce dernier qui y est tenu (voy. Comm. Brux., 20 nov. 1990, Iuvis, 1994, 275; Brux., 2^o ch., 29 oct. 1992, RGAR, 1994, 12290; Civ. Louvain, 2 mars 1990, Iuvis, 1994, 273).

L'entrepreneur principal est cependant tenu comme coresponsable lorsqu'il devait fournir les plans (Liège, 7^{ème} ch., 7 nov. 1991, Iuvis, 1993, 21, obs.). On notera aussi le jugement du tribunal civil d'Anvers, 31^{ème} ch. (13 janv. 1994, Iuvis 1995, 406) qui retient la responsabilité de l'entrepreneur principal lorsque les travaux du sous-traitant se sont déroulés sous la surveillance directe du premier.

La cour d'appel de Mons (1^{ère} ch., 2 nov. 1993, Entr. et Dr., 1994, 415, obs.) a retenu la responsabilité extra-contractuelle vis-à-vis de DISTRIGAZ, tant de l'entrepreneur principal que du sous-traitant, considérant que les engagements que le premier avait pris à l'égard du maître d'ouvrage de prendre contact avec DISTRIGAZ ne sont que l'expression de l'obligation générale de prudence, et sont donc susceptibles d'être invoquées par des tiers à l'encontre de l'entrepreneur principal, même si celui-ci n'a pas effectivement réalisé les travaux.

6.2. Obligation de consultation

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser (Cass. 1^{ère} ch. 26.10.1990, Pas., 1991, I, 220 ; R.W., 1990-91, 993) la portée de l'obligation de consultation telle qu'elle est prescrite tant à l'article 260 bis du R.G.P.T. qu'à l'article 192.2.a du R.G.I.E.: «attendu que le terme de «consultation» prévu (...) signifie: se concerter, délibérer; que le simple fait de demander par écrit à consulter des plans ne couvre pas cette notion».

L'entrepreneur a dès lors l'obligation de réinterpeller éventuellement l'auteur des plans au cas où ceux-ci s'avèreraient incomplets ou inexacts.

La Cour précise qu'un entrepreneur ne commet aucune faute lorsqu'il entame des travaux sans avoir réinterpellé l'auteur des plans lorsque rien sur ces plans ni sur les lieux mêmes de l'ouvrage n'indiquait ou laissait supposer la présence du câble.

La remise de ces plans a essentiellement pour but de permettre à l'entrepreneur de localiser les câbles. Yvon HANNEQUART (ob. sous Mons 25.03.1982, JT. 1984 p.709, en particulier p.711 n^o 5) considère que le plan n'est pas seulement destiné à signaler la présence d'un câble ou d'une canalisation, mais bien à connaître sa situation tout à fait précise. Le tribunal de commerce de Bruges dans son jugement du 15.02.1994 (Iuvis, 1994, p.280) n'a pas suivi cette opinion puisqu'il déclare que la transmission des plans à l'entrepreneur lui signale la présence de câbles plus qu'elle n'en donne l'emplacement.

6.3. Obligation de localisation des câbles

Le contenu de l'obligation de localisation des câbles a fait l'objet d'une longue querelle doctrinale.

Selon VAN INNIS (voy. Dommages accidentels aux canalisations souterraines à l'occasion de travaux, J.T.1984, p.34 et suivantes), l'entrepreneur aurait l'obligation de procéder à des sondages afin de s'assurer de l'emplacement effectif des installations et cela y compris dans l'hypothèse où l'entrepreneur disposerait de plans précis dont rien ne peut laisser supposer qu'ils contiendraient une erreur.

Cette conception a été retenue par plusieurs décisions récentes (voy. Liège, 7ème ch., 1er oct. 1991, Iuvis, 1993, p. 18, note ; Comm. Namur, 2e ch., 20 déc. 1993, Iuvis, 1994, 290).

Selon Yvon HANNEQUART (note sous Mons 25.03.1982, J.T.1984, p.709 et suivantes), la conception développée par VAN INNIS découle en fait de l'idée erronée selon laquelle les plans n'auraient pour seul objet que d'indiquer l'existence des câbles et non leur emplacement précis.

En outre, par son arrêt du 19.12.1979, la Cour de cassation avait décidé qu'aucune disposition légale n'impose à l'entrepreneur de procéder lui-même dans tous les cas à la localisation du câble au moyen de sondages propres.

Postérieurement à cet arrêt, est entré en vigueur l'article 192 du R.G.I.E. (dont il est question ci-dessus) qui prévoit que l'exécution d'un travail ne peut être commencée qu'après avoir procédé non seulement à la consultation du propriétaire du câble mais également à la localisation même du câble.

VAN INNIS avait à l'époque (dans son article paru au J.T. 1984, voy. op. cit) conclu que ce nouveau libellé amènerait notre Cour suprême à revoir sa position du moins en ce qui concerne les câbles électriques visés au R.G.I.E..

L'essentiel de la controverse porte en fait sur le sens à donner au mot «localisation» tel qu'il figure à l'article 192 du R.G.I.E..

Si l'article 192.2 du R.G.I.E. met effectivement à charge de l'entrepreneur une obligation générale de localisation, il n'est pas pourtant prévu que la localisation devait être matérielle, c'est-à-dire vérifiée sur place par des sondages.

Il était donc toujours possible de soutenir que la localisation restait une opération intellectuelle essentiellement réalisée à partir des plans fournis.

La question a été tranchée à plusieurs reprises par la jurisprudence récente en faveur d'une confirmation par des sondages de repérage de la localisation sur base du plan (Liège, 7ème chambre B, 1er octobre 1991, J.T.1992, p. 100; Liège, 4 octobre 1991, 7ème chambre B, inédit; Liège, 15 décembre 1994, 15ème chambre, inédit).

La vérification par sondages doit toutefois s'apprécier in concreto: l'entrepreneur ne peut évidemment être tenu de réaliser des sondages systématiques à des intervalles proches et restera exonéré de toute responsabilité lorsque tout entrepreneur raisonnablement prudent aurait versé dans la même erreur.

Dans le cas ayant fait l'objet de l'arrêt du 4 octobre 1991 précité, l'entrepreneur a été exonéré de toute responsabilité pour avoir été induit invinciblement en erreur par un câble présentant un écart de 40 cm par rapport à deux points distincts de dix mètres.

A l'inverse, l'arrêt du 1er octobre 1991 précité met à charge de l'entrepreneur la responsabilité de la dégradation d'un câble accroché à un mètre de l'endroit où il devait se trouver, car l'entrepreneur aurait pu, compte tenu des circonstances, procéder à un sondage préalable de reconnaissance et se rendre ainsi compte de l'erreur par rapport au tracé du plan.

La jurisprudence actuelle est conforme au "**Code de bonne pratique**", document privé rédigé à l'initiative de représentants des entrepreneurs et des concessionnaires de câbles et parfois rendu obligatoire contractuellement.

Ce Code de bonne pratique prévoit l'obligation pour l'entrepreneur de réaliser des sondages malgré la remise de plans. Il importe toutefois de relever que le Code impose des obligations réciproques à l'entrepreneur et au concessionnaire, de telle manière que si l'une n'est pas respectée, l'obligation de l'autre partie s'estompe.

Le Code de bonne pratique prévoit également que l'entrepreneur est rémunéré pour ses sondages de repérage, ce qui est plus sain que d'ignorer ce poste et d'inciter les entrepreneurs soit à l'imprudence, soit à augmenter leurs prix unitaires.

En résumé, la procédure à suivre par l'entrepreneur semble actuellement être la suivante :

- Si les éléments propres au chantier à entreprendre (plans du maître d'ouvrage, configuration des lieux) sont de nature à laisser supposer à l'entrepreneur la présence possible de câbles ou de canalisations, il doit solliciter des différents concessionnaires la communication de leurs plans.
- La conformité des plans à la réalité doit être vérifiée régulièrement par des sondages de repérage, et en tout cas aux endroits délicats (voisinage d'un autre ouvrage, passage étroit, jonction avec d'autres câbles ou canalisations, changements de direction ...

et lorsque les plans s'avèrent imprécis ou incorrects, il y a lieu de réinterpeller le concessionnaire pour lui signaler l'erreur et se faire, le cas échéant, aider par un de ses délégués.

6.4. Nécessité d'un constat contradictoire en cas de dommage

Vu la complexité des situations de fait rencontrées sur chantier (présence de plusieurs entreprises, câbles mal protégés ou mal placés ...), il importe de constater contradictoirement la situation avant de procéder à la réparation du câble et au rebouchage de la tranchée.

A défaut en effet, chaque partie aura des difficultés à apporter la preuve du respect des obligations qui lui incombent.

Rappelons à cet égard que si c'est à l'entrepreneur qu'il appartient d'établir l'erreur invincible, le bris de câbles et canalisations souterrains étant le plus souvent une infraction pénale, il renversera la charge de la preuve dès qu'il apportera des éléments de justification non dénués de vraisemblance, de telle manière que la charge de la preuve sera déplacée sur le propriétaire du câble à qui incombera la nécessité d'établir une faute.

A titre d'exemple, un arrêt inédit de la cour d'appel de Liège du 3 janvier 1979 rappelle que si la Régie des Télégraphes et Téléphones doit effectivement réparer d'urgence les lignes téléphoniques rompues, *"cette nécessité ne la dispense pas des moyens de preuve du droit commun et ne confère pas à son personnel le droit de priver les auteurs présumés d'un dommage survenu à des lignes de communication de la possibilité de faire établir contradictoirement la cause de ce dommage"*.

6.5. Obligations incombant aux concessionnaires ou propriétaires d'installations souterraines

L'article 233 et l'article 188/05 du R.G.I.E. mettent à charge des concessionnaires et propriétaires d'installations souterraines l'obligation de mettre à disposition des entrepreneurs, dans les 7 jours de la réception de la demande, des plans auxquels ceux-ci doivent pouvoir se fier.

En vertu des articles 232 et 233 du R.G.P.T. et des articles 187 et 188 du R.G.I.E., ils sont également tenus d'assurer la protection des câbles, de les enfouir à 60 cm de profondeur au moins et de mettre en place des repères.

En parallèle des obligations de l'entrepreneur rappelées ci-dessus, les concessionnaires et propriétaires des câbles sont tenus d'un devoir général de prudence et de diligence afin de permettre l'exécution des travaux dans des conditions normales.

C'est ainsi que la cour d'appel de Liège, 3^e chambre, a déclaré dans un arrêt du 26 mai 1993 (JLMB 1994, 1274) qu'une intercommunale de gaz commet une faute en omettant d'avertir son personnel de la date d'envoi des plans à l'en-

trepreneur alors qu'elle savait que ce dernier a entamé des travaux sans être en possession des plans dont il avait demandé la communication.

Il incombe à l'entreprise de télédistribution d'avertir explicitement l'entrepreneur de terrassement de la présence des câbles (Mons, 1ère ch., 16 oct. 1990, R.G.A.R., 1993, 12216).

Section II

Le contrat d'architecture

1. Déontologie et procédure disciplinaire

Pour ce qui concerne l'exercice de la discipline par les conseils de l'Ordre et le conseil d'appel, on se référera à l'ouvrage de P. RIGAUX (*Le droit de l'architecte - Evolution des vingt dernières années* (1993), p. 154 et sv., n° 154 et sv.). Les décisions intervenues ultérieurement en confirment le contenu.

Pour ce qui concerne la procédure disciplinaire ou la déontologie en général, on peut relever les décisions suivantes :

- Il ne peut être déduit de la seule circonstance que le conseil d'appel de l'Ordre des architectes et le conseil national de cet ordre sont des organes de la même personne de droit public, que le conseil d'appel ne constituerait pas une juridiction indépendante et impartiale, même si le conseil national, habilité par la loi à interjeter appel, est partie aux débats: Cass., 5 juin 1992, Pas. 1992, I, 878, traité par P. RIGAUX dans son ouvrage précité p. 156; dans le même sens, Cass., 22 avril 1994, Pas. 1994, I, 397.
- Le règlement de déontologie établi par le conseil national de l'Ordre des architectes des 17 mars 1967 et 16 juin 1967 n'a pas force obligatoire: Cass., 26 juin 1992, Pas. 1992, I, 963 et R.W. 1992-1993, p. 302; dans le même sens, Conseil d'Etat, 16 juin 1992, Entr. et Dr. 1993, p. 69, obs.A. DE CALUWE.
Ce règlement a en toute hypothèse été remplacé par le règlement de déontologie dûment approuvé par l'arrêté royal du 18 avril 1985 délibéré en conseil des ministres.
Il est renvoyé aux observations du professeur M. VANWIJCK-ALEXANDRE in *Actualités du droit*, 1991, p. 900 et suivantes et aux ouvrages et études cités.
- Le bureau du conseil de l'Ordre provincial chargé d'une instruction préalable peut convoquer un architecte sans lui communiquer les motifs de la convocation et ce, sans qu'il y ait atteinte à l'article 23 de la loi du 26 juin 1963 créant un ordre des architectes, ni à l'article 6, par. 1er, de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ou au principe général du droit relatif au respect des droits de la défense : Cass., 25 novembre 1994, Pas. 1994, I, 1015 et R.W. 1994-1995, p. 1.303.

- L'architecte appointé ne peut être limité à exercer sa profession qu'au service d'un employeur qui construit pour lui-même, éventuellement en vue de vendre le bien ou d'en céder la jouissance pour une durée de plus de neuf ans, sous peine d'ajouter une restriction aux dispositions légales relatives à la profession d'architecte en tant qu'architecte appointé : Cass., 14 octobre 1994, Pas. 1994, I, 818 et R.W. 1994-1995, p. 1080.
- Le contrat de travail relatif à une mission d'architecture conclu avec un travailleur qui ne peut exercer une telle mission est contraire à l'ordre public et dès lors nul de nullité absolue : Cass., 9 décembre 1991, Pas. 1992, I, 273; J.T.T. 1992, p. 92; J.L.M.B. 1992, p. 362; Rev. Dr. Soc. 1992, p. 115.
- Le conseil d'appel de l'Ordre des architectes peut être saisi de l'appel formé contre la décision d'un conseil provincial qui, statuant en matière disciplinaire, ordonne une mesure individuelle qui n'a pas le caractère d'une sanction disciplinaire: Cass., 30 juin 1995, H. / Ordre des Architectes, encore inédit.

Le pouvoir des conseils de l'Ordre de prendre des mesures autres qu'une sanction disciplinaire prévue par la loi a été reconnu par deux arrêts de la Cour de cassation, ainsi que le relève P. RIGAUX, *op. cit.*, p. 157 : les conseils de l'Ordre peuvent ordonner des mesures individuelles n'ayant pas le caractère de sanction disciplinaire en vue de prévenir une infraction aux règles de la déontologie ou d'y mettre fin.

- La règle déontologique relative à l'intervention complémentaire d'architectes dans l'éventualité de contrariétés d'intérêts adoptée par le conseil national des architectes le 31 janvier 1992 et annoncée selon son article 12 comme entrant en vigueur le 31 mars 1992 doit être considérée comme une règle nouvelle et obligatoire dès lors qu'elle était présentée comme telle dans le bulletin de l'Ordre des architectes et que ce dernier avait établi la liste des architectes agissant comme conseils en exécution de cette règle. A défaut d'arrêté royal délibéré en conseil des ministres, seule habilité à donner force obligatoire aux règles déontologiques de la profession d'architecte, l'adoption de cette règle nouvelle et sa présentation comme si elle avait force obligatoire constituent un excès de pouvoir qui en justifie l'annulation : C.E., 18 janvier 1995, n° 51.200, J.L.M.B. 1995, p. 292; Entr. et Dr. 1995, p. 133, avec le rapport de l'auditeur J. FORTPIED.

Cette annulation ne met cependant pas à l'abri de poursuites déontologiques et même de déconvenues graves sur le plan du droit civil l'architecte qui se mettrait dans une situation de contrariété d'intérêt. Le problème est particulièrement aigu dans le cadre de la promotion ainsi que l'a fait observer E. MOISES dans sa note sur "L'architecte et la promotion : le point de la question suite à l'annulation par le Conseil d'Etat de la règle déontologique relative à l'intervention complémentaire d'architecte dans l'éventualité de contrariété d'intérêts", J.L.M.B. 1995, p. 1077. Le problème serait considé-

ablement réduit si l'évolution menait à reconnaître que même en dehors de la promotion-vente, l'architecte peut légitimement traiter avec le promoteur plutôt qu'avec le client de celui-ci. Il est renvoyé aux observations ci-après.

2. Preuve du contrat d'architecture

Madame VANWIJCK-ALEXANDRE a synthétisé les exigences en matière de preuve de l'existence d'un contrat d'architecture in *Actualités du droit* 1991, p. 945. Il y est renvoyé, ainsi qu'à P.RIGAUD, *Le droit de l'architecte - Evolution des vingt dernières années*, p. 186 et suivantes, de même qu'aux observations de B. LOUVEAUX sous civil Liège, 4 octobre 1991, J.L.M.B. 1992, p. 1279.

En synthèse, le contrat d'architecture est un contrat de nature civile et doit en principe être prouvé par écrit sous réserve de la possibilité de preuve par un commencement de preuve par écrit ou par tout autre moyen.

Si l'article 20 du code de déontologie de 1985 impose à l'architecte de faire signer un écrit à son client, la jurisprudence persiste à considérer qu'il s'agit là d'une prescription d'ordre déontologique qui ne prive pas l'architecte du droit d'invoquer les règles de preuve du Code civil.

En effet, le contrat d'architecture n'est soumis à aucune condition de forme.

Aussi le non-respect dudit article 20 est-il considéré comme sans effet sur le plan civil et comme exposant seulement l'architecte à des sanctions disciplinaires (1). En l'absence d'instrumentum écrit, l'architecte dispose de tout autre moyen de preuve légalement admis pour établir le contenu de la convention qui le lie à son client (2).

Il importe cependant de relever que la Cour de cassation dans son arrêt du 29 mars 1984 (Pas. 1984, I, 904) a considéré que "*L'exercice de la profession d'architecte et en conséquence, l'exécution des obligations découlant de contrats conclus par l'architecte sont en principe subordonnés au respect par celui-ci des règles de la déontologie*". Une telle règle pourrait donc être considérée comme un fait s'imposant au client de l'architecte ou dont il pourrait se prévaloir pour contester l'existence du contrat à défaut d'écrit. Le débat reste ouvert. Les règles déontologiques ont notamment pour but de protéger

(1) Gand, 17ème Chambre, 9 novembre 1989, Pas. 1993, II, 18, confirmant Civil Termonde, 8 juin 1989, R.W. 1991-1992, p. 25

(2) Liège, 3ème chambre, 11 mars 1992, Pas. 1992, II, 40 ; Gand, 23 juin 1994, T.G.R. 1995, p. 9 et note G. BAET

la sécurité juridique des rapports entre le client et l'architecte. Leur non respect pourrait dès lors constituer en droit civil une faute d'imprudence ou de négligence (3).

Cela étant, il n'y a pas d'impossibilité morale pour l'architecte de se réserver une preuve par écrit (4) sauf a admis la jurisprudence s'il existe des circonstances particulières telles des relations de famille ou d'amitié (5) ou si l'architecte a reçu uniquement mission d'examiner si les conditions préalables à la formation du contrat peuvent être réunies (6).

Outre le commencement de preuve par écrit cité par M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. RIGAUX dans les ouvrages précités, la **jurisprudence examine le contenu des prestations réalisées et leurs implications** pour apprécier l'existence ou non d'un contrat:

- La seule production de deux avant-projets adressés au maître d'ouvrage n'établit pas l'existence d'un contrat d'architecture (7).
- Le travail qui ne comporte pas de plan d'implantation, de note descriptive ni d'estimation sommaire calculée par unité de surface ou de volume ne correspond pas à la notion d'avant-projet et n'a pas été admis comme permettant de rapporter la preuve de l'existence d'un contrat d'architecture (8).
- Des modifications successives des plans, la visite par le maître d'ouvrage d'immeubles réalisés sur plans de l'architecte, des rencontres des parties, des annotations des maîtres sur certains plans etc... ont été considérés comme établissant que les maîtres d'ouvrage ont accepté que l'architecte effectue un travail d'avant-projet de nature à éclairer les maîtres d'ouvrage sur la réalisation et le coût de l'immeuble qu'ils projettent de construire - travail qui mérite rémunération (9).
- A défaut de détermination du programme et du budget, l'objet du contrat d'architecture a été jugé insuffisamment déterminé. Il faut en déduire que l'on en est resté à la phase précontractuelle qui justifie cependant l'octroi d'honoraires pour les avis donnés et les prestations fournies (10).

(3) Y. HANNEQUART et P. HENRY, Les normes déontologiques et leurs caractères spécifiques in Le droit des normes professionnelles et techniques, C.D.V.A., novembre 1983, Bruylant Bruxelles 1985, p. 291 et sv

(4) Civil Liège, 5ème chambre, 4 octobre 1991, J.L.M.B. 1992, p. 1278 et obs. B. LOUVEAUX; J.P. Ninove, 5 juin 1991, R.W. 1993-1994, p. 1061 et obs.

(5) Bruxelles, 16 novembre 1989, R.J.I. 1990, p. 85

(6) B. LOUVEAUX, note précitée, J.L.M.B. 1992, p. 1280

(7) Civil Neufchâteau, 16 décembre 1992, Rev. Rég. Dr. 1993, p. 135

(8) J.P. Grâce-Hollogne, 2 novembre 1993, J.L.M.B. 1994, p. 1304

(9) Bruxelles, 7ème chambre, 18 juin 1993, Entr. et Dr. 1994, p. 87

(10) Gand, 17ème chambre, 9 novembre 1993, R.W. 1993-1994, p. 1235

- Même en l'absence d'écrit, l'accord du maître d'ouvrage sur la mission de l'architecte a été déduit en l'espèce de la délivrance du permis de bâtir à son nom et de l'établissement par divers entrepreneurs de devis lui adressés et se référant aux plans et cahiers des charges établis par l'architecte (11).

L'étude par l'architecte consulté des idées et du projet du maître d'ouvrage, les prises de mesures sur place, la conception des plans grâce auxquels un avant-projet est réalisé, des entretiens avec des entrepreneurs grâce auxquels une description et une estimation des coûts sont réalisés, ont été considérés comme relevant encore de la phase informative précédant la conclusion d'un contrat d'architecture complet (12).

3. Indépendance et incompatibilité légale entre architectes et entrepreneurs

3.1. Etat de la question en général

La problématique de l'incompatibilité des professions d'architecte et d'entrepreneur et du devoir d'indépendance a été traitée dans l'ouvrage "Droit de la construction" par M. VANWIJCK-ALEXANDRE in *Actualités du Droit* 1991, p. 921 et sv. et par Y. HANNEQUART in *Actualités du Droit* 1992, p. 466.

Il convient de se référer également à P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte. Evolution des vingt dernières années* (1993), p. 24 et sv. et à J. P. VERGAUWE, *Le droit de l'architecture* (1991), p. 15 et sv. et 41 et sv.

L'exigence d'indépendance est dégagée de la règle d'incompatibilité des professions d'architecte et d'entrepreneur. Ce fondement est cependant critiqué par J.P. VERGAUWE qui fait valoir qu'il doit être trouvé dans un principe général d'indépendance propre à toute profession libérale (13).

L'évolution des pratiques s'est révélée peu conciliable avec l'impératif de séparation des professions d'architecte et d'entrepreneur énoncé par l'article 6 de la loi du 20 février 1939 et reconnu d'ordre public, au point que le règlement de déontologie de 1985 n'énonce plus la règle de l'incompatibilité sans bien sûr qu'il ait pu déroger à la prescription légale de l'incompatibilité qui reste fondamentale (14).

(11) Bruxelles, 4ème chambre, 15 septembre 1992, J.L.M.B. 1993, p. 1301, R.J.I. 1993, p. 99

(12) Gand, 23 juin 1994, T.G.R. 1995, p. 9 et note G. BAERT

(13) L'arrêt de la Cour de cassation du 1er décembre 1994. Encore et toujours la loi du 20 février 1939 et l'indépendance de l'architecte, Entr. et Dr. 1995, p. 364 et sv.

(14) M. VANWIJCK, *Actualités du Droit* 1991, p. 924

Dans son arrêt du 23 janvier 1995, la troisième chambre de la cour d'appel de Liège a synthétisé le problème de l'indépendance et de l'incompatibilité légale entre architectes et entrepreneurs dans les termes suivants (15) :

*"... L'article 6 de la loi du 20 février 1939 instaure une rigoureuse incompatibilité entre les professions d'entrepreneur et d'architecte ;
Que cette règle doit se comprendre, et s'appliquer, en tenant compte du but poursuivi par le législateur : éviter la confusion entre l'architecte et l'entrepreneur parce que le premier a pour mission de contrôler le second et que les travaux exécutés doivent être contrôlés par un professionnel totalement indépendant ;*

Que plus fondamentalement, cette incompatibilité légale traduit la séparation entre la conception de l'ouvrage et son exécution qui est essentielle dans le système belge (Voyez Cass. 18 décembre 1967, Pas. 1968, 516) et la nécessaire indépendance de l'architecte par rapport à l'entrepreneur ;

Que l'intervention d'un architecte totalement indépendant de l'entrepreneur a été considérée comme la mesure la mieux à même de sauvegarder les intérêts pris en compte par le législateur : "la qualité de l'architecture, la solidité du bâtiment, l'hygiène des habitations ..." (J. WERY, Le statut de l'architecte, in Statuts et responsabilité des édificateurs, p. 28) ;

Que cette dissociation est voulue dans l'intérêt du maître de l'ouvrage et au-delà, dans celui de la collectivité, ce qui donne à l'article 6 un caractère d'ordre public ;

Attendu que l'Ordre des architectes a amplement relayé l'incompatibilité légale (voyez article 12 de l'ancien règlement de déontologie) ;

Que ce principe est réaffirmé dans le nouveau règlement de déontologie (article 10-1°), où, comme dans l'ancien, il est fait interdiction à l'architecte d'y contrevenir directement ou indirectement par personne interposée (article 11) ;

Attendu que sont strictement prohibées toutes associations d'architectes et entrepreneurs, collusion ou communauté d'intérêt ou encore collaboration marquée par des liens préférentiels ou familiaux (J.P. VERGAUWE, Le droit de l'architecture, Brux. 1991, p. 43) ;

Que toute altération de l'indépendance de l'architecte, que tout comportement à la suite duquel celui-ci ne peut réagir librement à l'égard de l'entrepreneur doit être sanctionné par le juge ;

Que chaque cas d'espèce sera examiné pour vérifier si l'architecte jouit de la disponibilité intellectuelle et de l'indépendance nécessaire à l'exercice de sa profession (Cass. 7 septembre 1973, J.T. 1974, p. 99) ;

Attendu que ces principes n'excluent pas, il est vrai, une certaine collaboration ;

Qu'il faut tenir compte de l'évolution de la construction immobilière elle-même qui a fait naître de nombreuses pratiques dans lesquelles une nécessaire collaboration s'installe entre concepteur et exécutants ;

(15) J.T. 1995, p. 385 et Rev. rég. dr. 1995, p. 40

Que c'est la raison pour laquelle le nouveau règlement de déontologie propose des innovations importantes (voyez notamment article 10-2° et 3°) ;

Attendu cependant que dans le cadre de cette collaboration et au-delà de ces innovations, il importe de veiller à ce que l'indépendance réelle de l'architecte à l'égard des exécutants soit maintenue pour que le contrôle voulu par la loi de 1939 ne soit pas faussé ...”

Compte tenu de ces considérations, la cour a sanctionné l'architecte pour avoir privilégié les liens préférentiels et familiaux qui l'unissaient à l'entrepreneur au détriment des maîtres d'ouvrage mais en s'abstenant de prononcer la nullité du contrat.

Il en a été de même au motif que l'architecte avait été choisi par l'entrepreneur et s'était limité à tracer des plans : Civil Nivelles, 18 juillet 1994, J.L.M.B. 1995, p. 1341 ou avait manqué à son devoir essentiel consistant à surveiller et contrôler l'exécution des travaux : le maître d'ouvrage avait d'abord pris contact avec l'entrepreneur, lequel avait établi un devis et ensuite un protocole d'accord. Ces documents renseignaient déjà le montant des honoraires de l'architecte alors que le maître d'ouvrage n'avait eu aucun contact avec lui : civil Neufchâteau, 2 décembre 1992, Entr. et Dr. 1993, p. 279, Rev. rég. dr. 1993, p. 132; ou au motif que l'architecte chargé de rédiger les documents nécessaires à l'autorisation de bâtir conformément au contrat intervenu entre l'entrepreneur général et le maître d'ouvrage ne jouissait d'aucune indépendance à l'égard de cet entrepreneur, et n'avait, en contractant, ni l'intention ni la possibilité d'exercer ses missions légales dans les conditions imposées par la loi : Bruxelles, 2ème chambre, 13 octobre 1993, J.T. 1994, p. 156 et R.J.I. 1994, p. 261.

Les répercussions de toute atteinte à la règle d'incompatibilité entre architecte et entrepreneur et à l'indépendance de l'architecte sur le plan de la validité des contrats ont été examinées par M. VANWIJCK-ALEXANDRE in *Actualités du Droit* 1991, p. 915 et sv.

La jurisprudence continue à prononcer la nullité pure et simple des contrats (Bruxelles, 2ème chambre, 13 octobre 1993, J.T. 1994, p. 156 et R.J.I. 1994, p. 261).

Une telle nullité est prononcée avec obligation de restitution des prestations réciproques déjà exécutées : Civ. Nivelles, 18 juillet 1994, J.L.M.B. 1995, p. 1341 ou entraîne la nullité de la réception des travaux et partant l'entière responsabilité des constructeurs du chef des vices aussi bien apparents que cachés : Civ. Nivelles, 9 novembre 1990, Entr. et Dr. 1993, p. 283. Or une appréciation plus nuancée de l'infraction et de la sanction la plus adéquate pourrait davantage respecter les intérêts en présence.

Ainsi pour Y. HANNEQUART (16), en l'absence d'une collusion effectivement établie entre l'architecte et l'entrepreneur aux dépens du maître d'ouvrage, la nullité de la clause devrait suffire quant l'irrégularité se limite au choix et au paiement de l'architecte par l'entrepreneur, tandis que le contrat pourrait faire l'objet d'une résolution pour faute lorsqu'il y a une négligence effective des intérêts du maître d'ouvrage lors de l'exécution de la mission d'architecte.

3.2. Situation de l'architecte face au promoteur

a) Jurisprudence

La jurisprudence sanctionne également le défaut d'indépendance de l'architecte face au promoteur :

- lorsque l'architecte du client du promoteur a en fait été choisi par le promoteur - ce qui apparaît des mentions préimprimées faisant référence à ce dernier dans le contrat liant le maître d'ouvrage à l'architecte. La nullité absolue du contrat d'architecture a été prononcée. Une cause de nullité relative a en outre été relevée sur base de l'absence de mention de prix et de défaut d'objet, la seule référence à un modèle de maison n'ayant pas été considérée comme suffisante à cet égard : Civ. Mons, 23 octobre 1984 et 23 avril 1985, Entr. et Dr. 1993, p. 346, note G. BAUS, confirmé pour l'essentiel par Mons, 4 avril 1991, J.L.M.B. 1991, p. 1049;
- de même au motif que l'architecte s'est incliné devant les exigences du promoteur quant au prix du marché, au choix de l'entrepreneur, etc... en se contentant de mettre sur plans les esquisses présentées, en convenant d'honoraires ne correspondant pas à la réalité, en n'ayant pas dirigé les travaux et en définitive en ayant abandonné la réalisation de la construction au savoir-faire de l'entrepreneur promoteur. Le tribunal a considéré par ailleurs que celui qui présente au candidat bâtisseur divers types de maisons dont les plans sont préétablis, dont il dresse le cahier des charges et fixe la date de livraison est un promoteur puisqu'il globalise et coordonne les services nécessaires pour ériger un immeuble : Civ. Nivelles, 9ème chambre, 24 juin 1994, J.L.M.B., 1995, p. 313 ;
- de même lorsque l'architecte dresse des plans à la demande de l'entrepreneur promoteur afin que le maître d'ouvrage puisse introduire un permis de bâtir, l'architecte réalisant ainsi une stipulation pour autrui contraire à l'ordre public, la convention par laquelle l'entrepreneur se charge de choi-

(16) Note sous Bruxelles, 11 décembre 1984, Annales de Droit de Liège 1986, p. 131

sir un architecte ayant pour seule mission de tracer des plans étant contraire à l'ordre public et devant être annulé d'office avec restitution des prestations réciproques déjà exécutées : Civ. Nivelles, 9ème chambre, 18 juillet 1994, J.L.M.B. , 1995, p. 1341.

Par arrêt du 1er décembre 1994 (17) , la Cour de cassation a admis que constitue un manquement au devoir d'indépendance de l'architecte l'inféodation complète de l'architecte au promoteur tirée du fait que l'architecte se bornait à traduire en projet d'exécution les choix décidés par le promoteur et ses clients (ces derniers ayant préalablement contracté avec le promoteur avant de contracter avec l'architecte).

En contractant avec les clients du promoteur après l'accord réalisé entre ce dernier et les clients, l'architecte s'est privé de la possibilité d'exercer son devoir de conseil et d'assistance vis-à-vis des clients.

L'architecte qui, dans ces circonstances, laisse au promoteur le soin d'accomplir les tâches qui relèvent de sa mission normale, comme la vérification des mémoires et le contrôle de l'avancement des travaux par rapport aux tranches des travaux exigibles, manque au devoir de conseil et d'assistance.

L'arrêt est intervenu à propos d'une forme de collaboration entre architecte et promoteur maintes fois jugée illégale. Il présente l'intérêt particulier de sanctionner le fait pour l'architecte de laisser, à l'entrepreneur promoteur dont il doit légalement contrôler l'exécution, le soin d'exécuter les prestations qui relèvent de sa propre mission légale : conception, avant-projet, cahier des charges et contrôle, vérification des mémoires et de l'avancement des travaux et de l'exigibilité des tranches de paiement.

J.P.VERGAUWE (18) constate que la Cour de cassation relève que

“La décision attaquée :

- *ne se fonde pas sur le présupposé arbitraire de la dépendance de l'architecte vis-à-vis du promoteur”*; en d'autres termes, cette dépendance ressort d'éléments concrets analysés dans le contexte particulier de l'affaire ;
- *“ n'affirme pas que la loi du 20 février 1939 interdit tout contrat entre un architecte et un client ayant préalablement contracté avec un promoteur. Cette pratique contractuelle est donc implicitement autorisée”*

Après avoir approuvé la consécration de l'indépendance de l'architecte, il s'interroge sur son objet faisant valoir qu'il s'agit d'une question de fait à apprécier in concreto et en tenant compte du fait que l'architecte est ou non vrai-

(17) J.L.M.B. 1995, p. 1077 et obs. F. MOISES

(18) Etude précitée, Entr. et Dr. 1995, p. 358

ment l'auteur de la conception (19). Il dénonce la confusion entre monopole de l'exercice de la profession d'architecte, plénitude de la mission architecturale et indépendance de l'architecte. Il conclut à la nécessité de tenir compte de la spécificité de la promotion à l'égard de laquelle l'application trop rigide de la loi de 1939 est inadéquate, l'article 6 ne faisant que comminer une incompatibilité et devant en tant que restriction à la liberté du commerce et de l'industrie être interprété restrictivement (20). Le fait qu'un architecte inféodé au promoteur ne puisse contracter directement avec le client de ce promoteur n'est pas contesté, tandis que la nécessité légale de l'intervention d'un architecte pour compte du promoteur est mise en lumière.

Enfin, il met en exergue que l'importance et le contenu de la mission de l'architecte doivent être envisagés différemment selon que l'architecte travaille pour le promoteur ou le client profane.

b) Les différentes figures de promotion et la jurisprudence relative à la licéité du contrat entre promoteur et architecte

Dans ses observations précitées sous l'arrêt de la Cour de cassation du 1er décembre 1994, E MOISES a passé en revue les différentes hypothèses qui paraissent devoir être considérées (21). A la lumière de son étude et des traits dominants de la jurisprudence et débats doctrinaux, l'état actuel du droit paraît pouvoir être synthétisé comme suit et ce sous réserve d'un éventuel revirement jurisprudentiel toujours possible quant aux effets à attribuer à l'intervention sur le marché de la construction des promoteurs-entrepreneurs.

1) L'intervention de l'architecte en cas de promoteur-vendeur :

En pareil cas, le promoteur est en fait le maître de l'ouvrage. Il a donc le droit de faire bâtir pour son propre compte en vue de la vente.

La licéité du contrat d'architecture avec ce promoteur ne paraît pas contestable.

Ainsi que le relevait M. VANWIJCK-ALEXANDRE (22), le destinataire final est protégé par les garanties auxquelles est tenu le promoteur. Il importe cependant qu'il soit bien informé que l'architecte est celui du promoteur et éventuellement inviter à se faire assister par un architecte choisi par lui.

(19) Etude précitée, Entr. et Dr. 1995, p. 361 ; Y. HANNEQUART, Actualités du Droit 1992, p. 466

(20) Etude précitée, p. 364

(21) Voir également P. RIGAUX, Le droit de l'architecte (1993), p. 49

(22) Actualités du Droit 1991, p. 927 ; voir également P. RIGAUX, Le droit de l'architecte (1993), p. 51

2) Intervention de l'architecte en cas de promoteur ni vendeur ni entrepreneur

- Si le promoteur respecte la loi Breyne et accepte une obligation de résultat d'assumer la responsabilité de la conception et de l'exécution, il est admis que le contrôle de l'exécution soit effectué par l'architecte du promoteur dès lors qu'il n'est pas lié à l'exécution tandis que l'architecte ne peut contracter avec le client du promoteur (23) .
- Si le promoteur prétend échapper à la loi Breyne, l'architecte ne pourra collaborer à la violation d'une loi impérative et devra s'abstenir de toute intervention.
- Si le promoteur recourt lui-même à la sous-traitance, il est alors assimilable à un promoteur entrepreneur.

Dans cette hypothèse d'un contrat d'architecture avec un promoteur ni vendeur ni entrepreneur, le promoteur est le responsable de la livraison finale et son client n'est pas à proprement parler un maître d'ouvrage. Il a en réalité un intérêt convergent avec ce dernier à ce que le contrôle soit rigoureux. Il n'y aurait donc pas atteinte au principe d'ordre public de séparation des missions d'architecte et d'entrepreneur. Aussi Madame VANWIJCK-ALEXANDRE constate-t-elle que le problème de l'incompatibilité est moins aigu et que la doctrine défend la licéité de tel contrat (24) . Elle relève cependant la nécessité de vérifier le degré d'indépendance de l'architecte de sorte qu'elle ne soit pas fictive et conclut que "*le rôle de l'indépendance n'est pas de contrarier les évolutions utiles mais de leur assurer un caractère vraiment bénéfique*" de sorte qu'une interprétation trop rigoureuse ne doit pas être retenue.

3) Intervention de l'architecte en cas de promoteur entrepreneur :

L'hypothèse est assez semblable à celle du contrat avec un promoteur vendeur. Lorsqu'il y a identité entre le promoteur et l'entrepreneur, celui-ci assume les garanties propres au contrat de promotion à l'égard de l'acquéreur final et assume une obligation de résultat couvrant à la fois la conception et l'exécution. Dans la mesure où il renonce à invoquer le fait d'un tiers tel l'architecte comme cause étrangère libératoire, l'acquéreur s'avère suffisamment protégé (25). Il convient évidemment que l'architecte s'abstienne de tout contrat avec le client du promoteur (26).

(23) F. MOISES, Obs. précitées, p. 1086

(24) Actualités du Droit 1991, p. 935

(25) F. MOISES, étude précitée, p. 1087

(26) Bruxelles, 26 octobre 1990, J.L.M.B. 1992, p. 364

La Cour de cassation n'a jamais eu à se prononcer explicitement quant à la licéité de l'intervention de l'architecte au profit d'un promoteur qui exerce effectivement les activités d'entrepreneur (27). Elle n'a jamais admis qu'en cas d'atteinte à l'indépendance le régime de nullité absolue d'ordre public ne s'appliquait pas (28), même si l'incompatibilité légale et l'indépendance sont dissociées (29).

L'intervention du seul architecte du promoteur **au stade de la conception** pourrait être considérée comme licite dès lors que le devoir d'indépendance et le monopole légal sont respectés.

En revanche, le **contrôle de l'exécution des travaux** portant sur des travaux exécutés par le promoteur qui n'est pas le maître d'ouvrage pose directement le problème de la contrariété d'intérêt. C'est ce problème que voulaient régler les règles déontologiques relatives à l'intervention complémentaire d'un architecte dans l'éventualité de contrariété d'intérêt et ce pour éviter de devoir renoncer purement et simplement à la formule du promoteur entrepreneur (30).

Le promoteur entrepreneur qui se reconnaît comme débiteur d'une obligation de résultat globale ayant pour objet la livraison d'un immeuble à la fois conforme à toutes les règles de l'art et à toutes les prescriptions contractuelles sans pouvoir justifier l'absence de conformité par un vice de conception ou une faute quelconque de l'architecte se trouve en réalité dans une situation fort proche du promoteur vendeur de chose future.

Aussi l'architecte pourrait-il être chargé de la conception par un promoteur entrepreneur pour autant que son devoir d'indépendance soit respecté. L'article 4 de la loi du 20 février 1939 ne dit pas que la mission d'architecture doit être assumée par un architecte qui traite à cette fin avec le maître d'ouvrage ou le destinataire final du bien à édifier.

Le problème est de savoir si l'architecte peut également être chargé du contrôle des travaux.

Si le promoteur entrepreneur confie la conception à un architecte qui traite avec lui et non avec son client, il est possible d'imaginer que ce client traite de son côté avec un autre architecte pour assurer le contrôle des travaux. La loi de 1939 n'exige en effet pas que le même architecte soit chargé de la conception et du contrôle.

(27) Etude précitée p. 1088

(28) F. MOISES, étude précitée, J.L.M.B. 1995, p. 1088

(29) J.P. VERGAUWE, Entr. et Dr. 1995, p. 360 et Y. HANNEQUART, Annales de Droit de Liège 1986, p. 131

(30) F. MOISES, étude précitée, p. 1090

Cette solution présente cependant l'inconvénient de ne pas permettre à l'architecte auteur de la conception d'assumer lui-même le contrôle de l'exécution.

C'est ainsi qu'apparaît l'intérêt de faire intervenir même en cas de promotion-vente un architecte conseil, à tout le moins pour la mission de contrôle de l'exécution de l'ouvrage et les opérations de réception. Dans cette formule, l'architecte du promoteur exerce effectivement la mission de contrôle auquel s'ajoute l'intervention de l'architecte-conseil.

La légalité de cette solution reste cependant douteuse si l'on s'en tient à la conception rigide de l'article 6 de la loi de 1939 et de sa finalité ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation rappelée par F MOISES (31): "*En créant l'incompatibilité entre la profession d'architecte et celle d'entrepreneur de travaux publics ou privés, le législateur a entendu dissocier; tant dans l'intérêt de la profession d'architecte que dans l'intérêt des maîtres d'ouvrage la conception et le contrôle des travaux d'une part et leur exécution d'autre part* (32) .

Ne peut-on considérer que les objectifs de protection sociale qui justifient la conception extensive de l'incompatibilité légale peuvent notamment être atteints par cette voie de l'intervention de l'architecte conseil ?

Cette solution a été préconisée par la recommandation déontologique du 31 janvier 1992 annulée par l'arrêt du Conseil d'Etat précité du 18 janvier 1995 (33) au motif que son contenu impliquait l'existence d'un véritable règlement lequel aurait exigé une approbation préalable par arrêté royal, mais non pour un motif de fond.

L'insécurité juridique règne donc à nouveau et une réforme de la loi de 1939 est dès lors souhaitée par certains, spécialement pour tenir compte des particularités des différentes formes de promotion (34).

c) Nouvelles perspectives

Une décision de ce 18 septembre 1996 du conseil d'appel d'expression française de l'Ordre des architectes paraît manifester un profond **revirement des conceptions** jurisprudentielles relatives à l'indépendance de l'architecte et à ses exigences.

(31) J.L.M.B. 1995, p. 1099

(32) Cass. , 18 décembre 1967, Pas. 1968, I, 518 et Cass., 3 mai 1974, Pas. 1974, I, 916

(33) J.L.M.B. 1995, p. 292

(34) F. MOISES, J.L.M.B. 1995, p. 1100 ; J.P. VERGAUWE, Entr. et Dr. 1995, p. 369

Les observations qui suivent sont limitées à l'examen des répercussions de la solution retenue par le conseil d'appel et sont donc étrangères à l'examen de la décision elle-même.

Le conseil d'appel a pris position sur deux points essentiels :

1. L'architecte qui ne traite pas avec la personne qui s'est adressée à un promoteur non vendeur pour obtenir l'ensemble des services de construction (conception et exécution) relatifs à un immeuble mais bien directement avec le seul promoteur entrepreneur, respecte les obligations déontologiques d'indépendance comme l'architecte qui traite avec un promoteur vendeur.
2. La régularité du comportement de l'architecte n'est pas affectée par le fait que le contrat conclu entre le promoteur et son client ne prévoit pas les garanties spécifiques du contrat de promotion par rapport au contrat d'entreprise traditionnel et assurant au destinataire de l'immeuble des compensations à la diminution de protection qui résulte de l'absence d'un architecte voué à la défense de ses intérêts à l'encontre de ceux du promoteur.

Le conseil d'appel s'est en effet exprimé comme suit :

L'architecte ne contracte pas avec le client de la société ... celle-ci informant son client - acquéreur de la construction à édifier - qu'il lui est loisible de s'adjoindre le concours d'un architecte pour défendre ses intérêts ...

Le fait que le promoteur constructeur "limite scrupuleusement sa responsabilité dans les contrats d'entreprise à celle résultant du droit commun et le cas échéant des dispositions de la loi Breyne du 9 août 1971 lorsque celle-ci est applicable" ne peut fonder un manquement aux règles de la déontologie imputable à l'architecte ..., celui-ci étant juridiquement étranger au rapport liant son cocontractant à son client acquéreur.

... Il ne peut davantage être fait grief à l'architecte, ... de ce que des garanties spéciales, telle une stipulation pour autrui organisant au profit de l'acquéreur une action directe contre l'architecte, ne soient pas insérées dans les conventions liant le promoteur à cet architecte.

La responsabilité de l'architecte est notamment réglée par l'article 1792 du Code civil, disposition d'ordre public, dont il est admis que l'acquéreur d'un immeuble peut se prévaloir, même s'il n'a pas contracté avec l'architecte, nonobstant toute convention contraire ; la responsabilité de l'architecte est conjointe à celle du promoteur, tenu à l'égard de l'acquéreur, d'une obligation de résultat.

... L'inféodation ou l'état de subordination de l'architecte ... au promoteur ne saurait être déduit de la circonstance que les réceptions (provisoire et définitive) des ouvrages sont effectuées contradictoirement entre eux et l'acquéreur, ce dernier, sans relation juridique avec l'architecte, ne pouvant se méprendre sur l'intervention de celui-ci, ayant du reste été

préalablement et expressément informé du rôle de l'architecte dans l'édition de l'ouvrage.

...Aucune disposition légale n'impose à l'architecte, qui contracte avec un promoteur; maître de l'ouvrage, en vue de la construction d'un immeuble que celui-ci vend à un tiers acquéreur, d'imposer à ce tiers de contracter avec un autre architecte qui serait chargé de contrôler l'exécution des travaux.

Le contrôle de l'exécution des travaux incombe normalement à l'architecte avec lequel le maître de l'ouvrage, en l'occurrence, le promoteur, contracte.

... Le tiers acquéreur était informé du rôle de l'architecte du promoteur, maître de l'ouvrage et il était porté à la connaissance de ce tiers qu'il lui était loisible de s'adjoindre le concours d'un architecte ; en l'informant ou en faisant informer le tiers acquéreur de cette faculté, l'architecte ... satisfait entièrement à ses obligations déontologiques à l'égard de ce tiers; l'architecte ne contractant qu'avec le promoteur constructeur, il ne saurait y avoir contrariété d'intérêt entre l'architecte et le client du promoteur, auquel il est étranger.

Deux questions viennent à l'esprit :

- a) Quelle physionomie prendrait la problématique de la place de l'architecte face à la promotion du point de vue du droit civil lui-même donc au-delà de la déontologie, dans l'hypothèse où cette décision du 18 septembre 1996 serait le signe d'un revirement jurisprudentiel généralisé non seulement sur le plan de la déontologie mais aussi sur le plan du droit civil ?

La possibilité pour l'architecte de ne traiter qu'avec le promoteur non vendeur et non avec le client de celui-ci réduit à rien les objections faites à la situation contraire : l'anomalie d'une différence entre le promoteur vendeur et le promoteur entrepreneur, le fait que la loi de 1939 ne dit pas qui doit contracter avec l'architecte pour assurer la construction, l'existence de la garantie de résultat qu'entraîne la formule de la promotion et surtout l'absence de réelle contrariété d'intérêts dès lors que l'architecte est chargé d'accomplir la mission que le promoteur lui confie et non une mission de protection des intérêts du client du promoteur.

- b) Qu'advierait-il en droit civil si les cours et tribunaux restaient fidèles aux conceptions strictes relatées ci-avant alors qu'une conception plus large s'imposerait sur le plan déontologique ?

La reconnaissance de régularité déontologique dans le chef de l'architecte ne constitue certainement pas un permis donné au promoteur lui-même de se présenter à son client comme un promoteur sans en assurer les conséquences juridiques.

Considérant que le client a traité avec une personne ayant pris à son égard la qualité de promoteur, le juge devrait constater que ce client est en droit d'exiger toutes les garanties de la promotion quelle que soit la teneur des clauses du contrat relatives à ces garanties spécifiques. A défaut, le promoteur entrepreneur ne serait en réalité qu'un entrepreneur et dès lors le contrat devrait alors être qualifié de contrat d'entreprise et être considéré comme illégal pour violation de la règle d'incompatibilité entre l'architecte et l'entrepreneur.

Il faut évidemment réserver l'application du principe général de droit "*fraus omnia corrumpit*".

Si l'architecte sait que le promoteur trompe son client, il appartiendra à l'architecte de réagir et de ne pas prêter son concours. Tel serait le cas si le promoteur fait croire à son client que l'architecte va intervenir pour assumer la défense de ses intérêts alors que ledit architecte est lié au seul promoteur.

Devrait-il ou non en aller de même au cas où la mission confiée par le promoteur à l'architecte ne comprend pas l'ensemble des prestations relevant de la mission d'architecte ? La question est délicate spécialement en fonction de la position prise par la Cour de cassation dans son arrêt du 1er décembre 1994 (35) quant à l'obligation pour l'architecte d'accomplir les prestations qui font partie de ses missions, selon les règles de sa profession.

Mais l'appréciation de la Cour de cassation est-elle indissociable des autres circonstances de la cause qui révélaient l'inféodation de l'architecte au promoteur selon l'appréciation faite à cet égard par la cour d'appel ? On peut même de manière plus générale se demander si les missions de l'architecte ne sont pas précisément variables selon qu'il intervient dans le cadre d'une relation triangulaire qui caractérise le contrat d'entreprise ou au contraire dans le cadre de la promotion avec ses caractères spécifiques ?

Dans l'hypothèse de la promotion vente, l'existence de certaines différences a déjà été considérée comme légitime (36). N'en sera-t-il pas de même dans le cas du promoteur entrepreneur, si les nouvelles perspectives prévalent pour les rapports entre les architectes et le type de promoteur autre que promoteur-vendeur.

d) Conclusion

Le problème du statut de l'architecte face au promoteur qui se dit entrepreneur n'est toujours pas réglé.

Deux tendances sont toujours en opposition.

(35) Cass. 1er décembre 1994, J.L.M.B. 1995, p. 1077 et obs. F. MOISES précitées

(36) Y. HANNEQUART, La responsabilité de l'architecte face aux immixtions du maître de l'ouvrage et face au promoteur, note sous Cass. 21 septembre 1979, R.C.J.B. 1982, p. 491 et sv.

L'une reste négative au motif qu'en dehors du choix de la formule juridique de la vente, le principe est que l'architecte chargé de contrôler les travaux ne peut être le cocontractant de l'exécutant.

L'autre, qui est novatrice mais qui n'a jusqu'ici reçu que des adhésions fragiles, considère que le principe d'interdiction n'est pas d'application pour le contrat de promotion même quand le promoteur est en même temps l'entrepreneur.

Il serait étonnant que tôt ou tard la jurisprudence disciplinaire et la jurisprudence de droit civil ne concordent pas dès lors que la Cour de cassation peut être saisie tant sur le plan disciplinaire que sur le plan du droit civil.

Quoi qu'il en soit dans l'état actuel, les sanctions disciplinaires ou judiciaires menacent toujours les architectes et les promoteurs.

Enfin, quelle que soit l'issue finale, il ne serait pas admissible de considérer d'office tout entrepreneur comme un promoteur et de tolérer que dorénavant l'architecte puisse être indifféremment le cocontractant de l'entrepreneur ou du maître d'ouvrage sans bénéficier dans la première hypothèse des garanties compensatoires qui s'attachent à la reconnaissance de la promotion en tant que contrat spécifique distinct du contrat d'entreprise.

Il est vrai qu'une réaction simple et efficace serait d'appliquer automatiquement le régime de la promotion à tout entrepreneur qui ouvertement ou non traite avec un architecte engagé ou en fait choisi par lui, mais à la condition pourtant qu'il n'en résulte pas corrélativement et ipso facto une disparition de la responsabilité de l'architecte à l'égard du maître d'ouvrage chaque fois que celui-ci a pu contracter en se croyant en réalité protégé par un architecte chargé de défendre ses intérêts à l'égard du promoteur.

Si la tendance novatrice s'imposait, se poserait la question de savoir si l'architecte serait bien dégagé de toute responsabilité à l'égard du client du promoteur ou si au contraire celui-ci pourrait mettre en cause sa responsabilité soit aquilienne pour non respect des attentes légitimes d'autrui, selon X. DIEUX, ou contractuelle suite à la transmission de l'action du promoteur ayant pour objet le droit d'être en possession d'une chose exempte de vice. Il est renvoyé au chapitre relatif au problème de la transmissibilité des actions en responsabilité.

4. Mission et obligations de l'architecte

4.1. Etendue de la mission

4.1.1. La problématique de l'étendue de la mission de l'architecte a été traitée par Madame VANWIJCK-ALEXANDRE dans l'ouvrage collectif «Droit de la construction», Actualités du droit 1991, en particulier p. 909 et suivantes.

Elle a fait observer (page 913) que *«... il convient de présumer en fait que la mission architecturale est complète, sauf preuve contraire.*

Les articles 28 et 30 de l'ancien règlement de déontologie reprenaient de façon expresse cette présomption qui, en revanche, a disparu dans le nouveau règlement (1985). On peut néanmoins se demander si cette présomption de fait ne trouve pas un écho dans l'article 21 qui oblige l'architecte à n'accepter qu'une mission complète, sauf s'il a l'assurance qu'un autre architecte est chargé du surplus de la mission».

P. RIGAUX (37) soutient que cette **présomption de mission complète** doit être déduite de la prescription de l'article 4 de la loi du 20 février 1939 (on ne peut présumer que le maître d'ouvrage aurait l'intention de violer le prescrit légal) de l'article 21 du règlement de déontologie précité et de l'intérêt qu'a le maître d'ouvrage à confier l'ensemble de la mission à l'architecte auteur des plans.

Outre la jurisprudence citée par ces deux auteurs, cette présomption de mission complète a été formellement retenue

- par la cour d'appel d'Anvers, dans un arrêt du 26 juin 1985, Entr. et Dr. 1991, p. 361
- par la troisième chambre du Conseil d'Etat dans un arrêt du 19 février 1993, n° 42.021, dans le cadre d'un recours dirigé contre un refus d'accorder à un ingénieur technicien en travaux publics et ingénieur industriel en construction la dérogation prévue par l'article 4, al. 2, de la loi du 20 février 1939 lui permettant d'établir, de signer les plans de construction de son habitation personnelle et d'effectuer le contrôle de la réalisation de celle-ci
- par la cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 24 mai 1993 sous peine pour un architecte travaillant pour compte d'un promoteur de se rendre coupable d'une fraude à la loi qui prescrit qu'aucun immeuble ne peut être érigé sans qu'un architecte inscrit au tableau n'assume la responsabilité des plans et de la surveillance des travaux : R.G.A.R. 1995, n° 12.472.

(37) Le droit de l'architecte, évolution des vingt dernières années, 1993, p. 179, n° 184

En revanche, la première chambre de la cour d'appel de Gand a, par arrêt du 23 juin 1994 (38), écarté la présomption de mission complète d'architecture, considérant par ailleurs que l'étude des idées du projet du maître d'ouvrage, les mesurages sur place, la confection de plans par laquelle un avant-projet vient au jour, les conversations avec les entrepreneurs par lesquelles une description et une évaluation sont établies, relèvent encore de la phase informative préalable à la conclusion du contrat ayant pour objet une mission complète d'architecture.

4.1.2. Par ailleurs, l'obligation pour le maître d'ouvrage de confier à un ou des architectes une mission complète comportant non seulement l'établissement des plans mais également le contrôle de l'exécution des travaux ne s'oppose pas à ce que **le maître d'ouvrage charge un architecte du seul établissement de l'avant-projet**. La mission d'établissement du projet, de la direction technique et du contrôle peut être confiée au même architecte ou à un autre après l'élaboration de l'avant-projet par un second contrat (39).

Dans un cas d'espèce où le maître d'ouvrage avait fait appel à un architecte uniquement pour signer les plans de construction et où il avait été poursuivi pénalement pour ne pas avoir fait appel à la collaboration d'un architecte pour le contrôle de l'exécution des travaux, la cour d'appel d'Anvers a admis l'erreur invincible des prévenus après une appréciation concrète des données de fait (40).

Par arrêt du 22 avril 1994 (41), la Cour de cassation a cependant précisé qu'un architecte ne pouvait accepter la mission d'élaborer un projet d'exécution que s'il a l'assurance que lui-même ou un autre architecte sera également chargé du contrôle de l'exécution des travaux, ainsi que le prescrit l'article 21 du règlement de déontologie sanctionné par arrêté royal du 18 avril 1985.

En réalité, cet arrêt s'explique par l'importance décisive des faits retenus par la cour d'appel. S'il est illégitime qu'un architecte se prête expressément ou implicitement à une violation des exigences de la loi de 1939, il serait par contre excessif de l'obliger à n'accepter une mission d'avant-projet que moyennant l'engagement que le projet lui soit également confié ou qu'on lui précise l'identité de l'architecte qui en serait chargé. Mais la manière dont un maître d'ouvrage prétend traiter avec lui pourrait être de nature à l'interpeller et à l'obliger à conclure que la volonté du maître d'ouvrage de respecter la loi est douteuse. Dans ce cas, l'architecte serait en faute s'il ne prend pas les précautions souhaitables.

(38) T.G.R. 1995, p. 9, G. BAERT, p. 10 et 11

(39) Cass., 28 juin 1992, Pas. 1992, I, 963 et R.W. 1992-1993, p. 302

(40) Anvers, 8ème Chambre, 15 janvier 1993, Turnh. Rechts. 1993, p. 70

(41) Pas. 1994, I, 397, et R.W. 1994-1995, P. 538

4.1.3. Le principe de mission complète n'est pas éterné par la possibilité de délégation de certaines tâches à des spécialistes.

Dans son arrêt du 3 mars 1978 (42), la Cour de cassation a admis que l'architecte se décharge de sa responsabilité quand il délègue certaines tâches à des spécialistes, à condition qu'il reste tenu du choix du spécialiste et des erreurs commises par celui-ci quand il est à même de les découvrir en raison de sa formation (43).

Dans son commentaire approfondi de cet arrêt, M. VANWIJCK-ALEXANDRE souligne que cet arrêt du 3 mars 1978 «*n'a pas pour effet de soustraire à l'emprise de la loi de 1939 et du monopole de l'architecte les travaux qui relèvent d'une haute technicité, mais de préciser pour ces travaux la nature du contrôle de l'architecte*» (44).

Pareille décharge de responsabilité n'est admise qu'avec circonspection :

- Dans le cadre de sa mission, l'architecte a pour tâche essentielle de veiller à ce que le bâtiment conçu par lui soit suffisamment solide et soit construit de manière adaptée quant à ses fondations. Il peut, si la nature du sol pose des problèmes particuliers, se faire assister par un ou plusieurs spécialistes, mais il a été jugé inacceptable qu'il remette au maître d'ouvrage un dossier de construction contenant des plans et un métré accompagné d'une simple réserve sur le type de fondation et charge un ingénieur à désigner par l'entrepreneur de l'étude de stabilité (45).
- En revanche, lorsqu'il est bien clair dans le contrat d'architecture que l'architecte est dégagé de toute responsabilité concernant les calculs de stabilité et que le maître d'ouvrage s'est réservé de faire appel à un ingénieur spécialiste, il a été admis que l'architecte soit dégagé de toute responsabilité (46) dès lors que le maître d'ouvrage n'avait pas fait appel à cet ingénieur au motif que l'entrepreneur lui avait signalé que le fournisseur des hourdis se chargeait des prestations concernées - comme d'usage .

(42) Pas. 1978, I, 259

(43) M. VANWIJCK-ALEXANDRE, ..., Actualités du droit 1991, p. 958 et svtes

(44) L'aménagement du rôle et de la responsabilité des architectes en raison de l'intervention croissante des spécialistes dans la construction, note d'observations sous Cass., 3 mars 1978, R.C.J.B. 1982, p. 181 et svtes et spéc. p. 194, n° 49 ; dans le même sens P. RIGAUX, Le droit de l'architecte, Evolution des vingt dernières années (1993), p. 238, n° 241 ; voir également Répertoire Notarial, Le contrat d'entreprise de construction, tome IX, livre VIII, n° 236 et svts

(45) Gand, 3 décembre 1993, R.W. 1994-1995, p. 644

(46) Bruxelles, 12 avril 1994, R.J.I. 1995, p. 25

4.2. Obligations de l'architecte

Les obligations de l'architecte ont fait l'objet des pages 948 et suivantes de l'étude du Professeur VANWIJCK-ALEXANDRE in *Actualités du droit* 1991.

Il y est renvoyé, de même qu'à l'ouvrage de P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte, Evolution des vingt dernières années* (1993), p. 210 et suivantes et aux ouvrages et études qu'ils citent.

La jurisprudence confirme l'évolution générale vers l'aggravation et l'extension des obligations de l'architecte comme dans le chef de tout autre professionnel.

a) Quant au devoir de conseil et d'assistance au maître de l'ouvrage :

Les décisions suivantes sont à relever :

- Il appartient à l'architecte de s'informer des prescriptions urbanistiques à respecter en vue d'obtenir le permis de construire et ce, avant d'élaborer le projet, de dessiner les plans et d'évaluer le coût de la construction (47).
- Il lui appartient de s'adresser à une firme réputée sérieuse et spécialisée et de lui transmettre les plans détaillés (48).
- Il ne peut se limiter à désapprouver verbalement le choix d'un entrepreneur incompetent et s'abstenir d'émettre par écrit les réserves sérieuses qui étaient les siennes (49).
- En revanche, il ne manque pas à son devoir de conseil en recommandant un entrepreneur avec lequel il a déjà entretenu certaines relations d'affaires mais qui, ultérieurement, a été déclaré en faillite (50).
- Il doit attirer l'attention du maître de l'ouvrage sur l'existence des diverses primes et établir les plans de manière à permettre au maître d'ouvrage de les obtenir (51).

Un devoir d'information à cet égard est expressément prescrit pour les contrats conclus à partir du 1er octobre 1993 entrant dans le champ d'application de la loi Breyne. Il est renvoyé à ce sujet au rapport de Madame DUMORTIER.

(47) Bruxelles, 24 décembre 1992, Rev. Rég. Dr., 1994, p. 522 et note F.M., p. 525 à 527

(48) Liège, 9ème chambre, 26 février 1993, J.L.M.B. 1993, p. 1303

(49) Mons, 1ère chambre, 24 février 1993, J.L.M.B. 1994, p. 556

(50) Mons, 1ère chambre, 25 novembre 1992, J.L.M.B. 1994, p. 110

(51) J.P. Liège, 1er canton, 19 mars 1993, J.L.M.B. 1994; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Actualités du droit* 1991, p. 948; Répertoire Notarial, *Le contrat d'entreprise de construction*, tome IX, livre VIII, n° 151-1; dans le même sens et à propos de l'architecte estimateur, Liège, 11ème chambre, 29 octobre 1993, J.L.M.B. 1994, p. 129

- Il lui appartient d'ordonner les mesures adéquates pour éviter tout désordre dans et du fait des travaux de démolition notamment à l'égard de l'immeuble voisin d'assurer le contrôle de l'exécution des travaux et notamment de vérifier l'exécution dans les règles de l'art des études du sol et des sondages mis contractuellement à charge de l'entrepreneur et de réagir aux erreurs de conception et d'exécution commises (52).

Il convient évidemment de tempérer une telle responsabilité en fonction des principes dégagés par l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1978 permettant à l'architecte de se décharger sur un professionnel compétent de ce qui dépasse ses propres compétences. Il est renvoyé à cet égard en particulier aux observations du Professeur VANWIJCK-ALEXANDRE publiées dans la Revue Critique de Jurisprudence, 1982, p. 181 et sv. (voir aussi ci-avant n° 4.1.3.).

Ce renforcement ou cette aggravation du devoir de conseil et d'assistance à charge de l'architecte au profit du maître d'ouvrage se marque en particulier **du point de vue juridique** pour ce qui concerne le respect des prescriptions urbanistiques et réglementaires ou la prise en compte des règles spécifiques qu'elles relèvent de la loi Breyne ou de la réglementation **sur l'enregistrement comme entrepreneur**.

Ce devoir de conseil à charge de l'architecte est généralement admis (53). I. EKIERMAN vient opportunément d'attirer l'attention sur la nécessité de limiter cette obligation de manière raisonnable (54). Elle fait valoir que l'architecte doit déjà affronter les transformations permanentes liées au continuel développement des techniques de sorte qu'il ne peut simultanément maîtriser les évolutions techniques et devenir ou rester un spécialiste en matière de droit.

Il importe en effet que la responsabilité de l'architecte soit à cet égard déterminée en fonction d'un devoir de conseil de la part d'un non juriste à l'égard d'un profane.

Il convient dès lors de distinguer ce qui relève des connaissances générales que doit avoir tout architecte compte tenu de sa formation professionnelle et des usages de la profession (55).

(52) Bruxelles, 7ème chambre, 19 avril 1991, Entr. et Dr. 1991, p. 350

(53) P. RIGAUX, Le droit de l'architecte, 1993, n° 286 ; J.P. VERGAUWE, Le droit de l'architecture, 1991, p. 91 ; J. WILLEMS, Des responsabilités et des moyens de pression, Actualités du Droit 1991, p. 1174

(54) Le devoir de conseil de l'architecte dans ses aspects juridiques, Entr. et Dr. 1996, p. 269

(55) I. EKIERMAN, étude précitée, Entr. et Dr. 1996, p. 271 et les références citées ; J.P. VERGAUWE, op. cit., p. 93 ; Rép. Not. , Le contrat d'entreprise de construction, t. IX, livre 8, n° 151

Isabelle EKIERMAN conclut comme suit (56) *“L’architecte devrait être tenu de s’assurer auprès des autorités compétentes de la situation urbanistique des lieux, de vérifier l’enregistrement et l’accès à la profession de l’entrepreneur et d’insister pour que les dispositions de la loi Breyne soient respectées. De même si l’architecte aperçoit une difficulté d’ordre juridique, il devrait être contraint d’en aviser par écrit le maître de l’ouvrage, afin qu’il prenne les dispositions qui s’imposent. En revanche, devrait être exclue la responsabilité de l’architecte pour toutes les difficultés liées à l’interprétation et l’abondance des textes juridiques ou encore à des négociations difficiles avec les autorités administratives compétentes ...”*.

Sur le plan technique également, des limites peuvent être reconnues à la mission de conseil de l’architecte, compte tenu de la nécessité de tenir compte de l’ensemble des données en présence, telles par exemple dans le cas de la détermination de l’atteinte du bon sol, le coût des investigations face à des risques raisonnables, pour autant bien entendu que le maître de l’ouvrage ou l’entrepreneur en soit avisé (57).

b) Obligations de conception

Les trois types de contraintes pesant sur l’architecte pour établir les plans et documents de conception, à savoir les contraintes techniques, économiques et juridiques ont été analysées par le Professeur M.VANWIJCK-ALEXANDRE in *Actualités du droit* 1991, p. 949 et suivantes. Il est renvoyé également à P.RIGAUX, *Le droit de l’architecte - Evolution des vingt dernières années* 1993, p. 210 et suivantes.

La jurisprudence récente a confirmé l’étendue des obligations de l’architecte à ce propos :

- Il lui appartient de se conformer aux prescriptions urbanistiques et il assume la responsabilité d’une mauvaise interprétation de l’avis du Service des monuments et paysages (58).
- Il ne doit pas prévoir dans le cahier des charges de spécifications particulières concernant un matériau banal à mettre en oeuvre - en l’espèce, pour un travail aussi commun que la réalisation d’une simple chape (59), ni a fortiori soumettre tous les matériaux à mettre en oeuvre à un test de laboratoire dès lors qu’il est en droit de penser que l’entrepreneur utilisera des matériaux répondant aux normes prescrites (60).

(56) Etude précitée, p. 276

(57) Y. HANNEQUART, *Actualités du Droit* 1992, p. 447

(58) Gand, 1ère chambre, 9 décembre 1994, R.W. 1995-1996, p. 90; T.G.R. 1995, p. 235

(59) Mons, 1ère chambre, 25 novembre 1992, J.L.M.B. 1994, p. 110

(60) Anvers, 27 février 1991, et Civ. Turnhout, 22 décembre 1986, Entr. et Dr. 1991, p. 396 et note Ph. FLAMME

- Il doit tenir compte du milieu naturel et adapter son projet au site, notamment à sa configuration et au nivellement du terrain sous peine d'engager sa responsabilité pour défaut flagrant de style ou de goût (61).
- Il doit tenir compte du sol et donc veiller à concevoir une construction adaptée à celui-ci (62) et ce, même si sa mission est limitée à l'établissement des plans (63).

A cet effet, il doit au besoin faire procéder à des essais de sol lorsqu'il ne peut se procurer les informations nécessaires par d'autres voies (64). On réservera à ce propos, comme relevé ci-avant, la nécessité d'une appréciation raisonnable entre le coût des investigations et les risques plus ou moins sérieux de survenance de difficultés.

L'obligation de tenir compte du budget du maître de l'ouvrage relève des obligations de conception au sens large de l'architecte.

Il est renvoyé à :

- M. VANWICK-ALEXANDRE, *Actualité du Droit* 1991, p. 950;
- P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte - évolution des vingt dernières années* (1993, p. 214, n° 217);
- J. WERY et P. DEBROUX, *Dépassement des devis et estimations ... in Statuts et responsabilité des édificateurs*, p. 138;
- Répertoire notarial, *Le contrat d'entreprise de construction*, n° 140.

La fixation du programme et du budget est estimée à ce point essentielle dans un contrat d'architecture que son absence a été considérée comme excluant l'existence de tout contrat et signifiant que les parties sont demeurées au stade d'un pré-contrat ou plus exactement d'une consultation préalable : Gand, 17ème chambre, 9 novembre 1993, Pas. 1993, II-18.

Pour le surplus, la jurisprudence récente s'inscrit dans l'orientation antérieure :

- L'architecte doit veiller à soumettre des projets qui restent dans les limites du programme fixé dans sa mission et du budget qui en découle tel qu'il résulte de la convention conclue entre parties.

Lorsque le contrat ne prévoit un budget qu'à titre indicatif, les usages admettent un dépassement de 10 à 15 % de supplément par rapport à la dépense envisagée à l'origine. Si des aménagements sont commandés après la signature de la convention, l'architecte doit attirer l'attention du maître d'ouvrage sur l'incidence financière que cette modification va avoir sur le budget convenu et exiger un accord écrit à ce propos (Bruxelles, 24 novembre 1992, Rev. Reg. Dr. 1994, p. 522, note FM).

(61) Liège, 3ème chambre, 14 janvier 1992, J.L.M.B. 1993, p. 544

(62) Gand, 9ème chambre, 3 décembre 1993, R.W. 1994-1995, p. 644

(63) Liège, 7ème chambre, 6 décembre 1994, J.L.M.B. 1995, p. 1317

(64) Bruxelles, 4ème chambre, 13 décembre 1979, Entr. et Dr. 1992, p. 347

L'estimation exacte des travaux est un élément essentiel à la décision du maître de l'ouvrage. Lorsque celui-ci se trouve dans l'impossibilité d'exécuter la suite des travaux en fonction du dépassement de l'estimation de l'architecte, il a droit à l'indemnisation des frais exposés en raison de l'information erronée que lui a donnée ledit architecte sans qu'il en retire aucun avantage. Il est fondé à obtenir le remboursement de tous les frais relatifs à la première phase de travaux dont il n'a pas joui et qui n'a procuré aucune plus-value à la revente ainsi que des frais bancaires incompressibles pendant la durée où il a utilisé le prêt. En l'espèce, l'absence de jouissance de l'immeuble et la perte sur sa revente ont été considérées comme sans lien causal avec la faute de l'architecte dès lors qu'elle résultait de l'achat inconsidéré de l'immeuble effectué sans consultation d'architecte (Liège, 22^{ème} chambre, 14 octobre 1994, J.L.M.B. 1995, p. 302).

c) Obligations au stade de l'attribution du marché de travaux

Si le maître d'ouvrage a opté pour une attribution du marché après mise en concurrence, il appartient à l'architecte de procéder à une réelle compétition et au contrôle des soumissions. Le fait qu'il ait reçu uniquement offre de trois entreprises originaires de la même région que lui et distantes de plus de 200 km du lieu de la construction et que le P.V. d'adjudication se limite à la seule mention de l'attribution du marché a été considéré comme un manquement par rapport à cette obligation. Il justifie l'indemnisation du préjudice résultant du surcoût qu'un contrôle sérieux aurait permis au maître d'ouvrage d'éviter, soit en l'espèce 5 % du prix de l'adjudication (65).

d) Obligations au stade de l'exécution des travaux : obligation de contrôle

Le contenu et l'étendue de la mission de contrôle ont été analysés par F. DELOBBE in *Actualités du Droit*, 1991, p. 1132 Il y est renvoyé.

P. RIGAUX y a consacré de nouveaux développements importants :

- Le droit de l'architecte - Evolution des vingt dernières années (1993), p. 245 et svtes.
- Le contrôle des travaux par l'architecte in R.J.I. 1994, p. 6 et svtes. Il y cite en particulier l'arrêt de la deuxième chambre de la cour d'appel de Bruxelles du 11 octobre 1991 (66) qui lui paraît comporter l'exacte définition de l'obligation de contrôle de l'architecte :

(65) Liège, 3^{ème} chambre, 14 janvier 1992, J.L.M.B. 1993, p. 544

(66) J.L.M.B. 1992, p. 368

«Dans l'oeuvre commune de l'édification d'un immeuble, chacun des intervenants est responsable, dans la sphère de ses compétences, des conséquences dommageables des fautes qui lui sont imputables. Dans le cadre de sa mission de contrôle, l'architecte doit notamment veiller à l'exécution des travaux conformes aux plans qu'il a établis, donner aux exécutants des directives précises et intervenir chaque fois qu'une tâche délicate requiert normalement sa présence. Sous prétexte de manquement à son devoir de contrôle, l'architecte ne peut être tenu responsable des vices et malfaçons d'exécution relevant de la technique propre et courante des entrepreneurs et des exécutants».

L'architecte doit donc vérifier périodiquement les ouvrages au fur et à mesure de leur exécution, spécialement lorsqu'ils ne se prêteront plus ultérieurement à un examen, de telle sorte qu'il soit remédié immédiatement aux fautes constatées.

L'architecte doit dès lors :

- être présent sur le chantier de manière périodique pour découvrir les manquements et malfaçons et y faire remédier en temps utile, afin de sauvegarder la bonne exécution finale dans les délais prévus,
- réagir de manière préventive au cas où il constaterait un défaut d'organisation ou de mise en oeuvre par l'entrepreneur ou un vice dans les matériaux,
- assister aux phases d'exécution les plus importantes, notamment en fonction de l'aptitude que possède l'entrepreneur à résoudre les difficultés qu'il est normalement appelé à rencontrer (67). Ceci ne signifie donc pas que l'architecte doive, en dehors de motifs particuliers d'inquiétude, être présent sur le chantier pour veiller, chaque fois qu'existe un risque, à ce que l'entrepreneur ne néglige pas toutes les précautions usuelles. C'est à propos d'opérations délicates ou imposant des choix techniques difficiles ou susceptibles d'entraîner des dangers que l'architecte doit veiller à en discuter avec l'entrepreneur et éventuellement, compte tenu des compétences de celui-ci, être présent pour assurer le respect des précautions indispensables.

Tout cela doit être apprécié avec nuance d'autant que dans certains cas la solution de problèmes techniques relève fondamentalement davantage de la spécialisation et de la qualification de l'entrepreneur et que doit être pris en compte le tempérament admis par la Cour de cassation dans son arrêt du 3 mars 1978 compte tenu des limites de compétence du bon architecte normalement diligent.

(67) Y. HANNEQUART, La responsabilité de l'architecte, en collaboration avec J. CLESSE, Editions du Jeune Barreau de Liège, p. 57, auquel renvoie F. DELOBBE, étude précitée, Actualités du droit 1991, p. 1132

La mission de contrôle de l'exécution des travaux qui seule pèse sur l'architecte en application de l'article 4 de la loi du 20 février 1939 ne peut être confondue avec une mission de direction des travaux qui impliquerait une subordination de l'entrepreneur, ni avec une mission de surveillance qui impliquerait une présence permanente sur le chantier, laquelle ne relève pas de la mission normale de l'architecte et qui ne doit dès lors être assumée que si elle est expressément prévue et a fait l'objet d'un complément d'honoraires (68).

La jurisprudence récente s'est prononcée comme suit à propos de la mission de contrôle :

- L'architecte a été considéré comme ayant rempli son obligation de contrôle en notifiant en temps utile et à plusieurs reprises ses réserves à l'entrepreneur . Celui-ci a été jugé seul responsable des malfaçons qui affectent les travaux qu'il a exécutés en violation des plans de l'architecte, de ses prescriptions et nonobstant ses remarques, en ce compris pour le défaut de conception résultant d'une étude de stabilité établie par un bureau d'études auquel il a fait appel et duquel il est responsable contractuellement (69).
- L'architecte doit ordonner les mesures adéquates pour éviter les désordres et être présent pour contrôler l'exécution de travaux de démolition de nature à prévenir l'incidence de ces travaux sur la stabilité de l'immeuble voisin (70). L'architecte doit donner aux exécutants des directives précises (71). Il doit donner toutes les directives utiles pour réaliser concrètement et correctement les objectifs fixés dans les plans et autres documents de l'entreprise. Ainsi, il doit établir les détails et croquis d'une charpente peu orthodoxe et vérifier la conformité des fondations aux plans (72).
- L'architecte doit être présent lors de toute phase critique telle la démolition ou le début de travaux d'excavation (73).

Cette exigence ne peut cependant imposer à l'architecte une véritable surveillance permanente de toute entreprise de démolition. Il appartient à l'architecte d'être présent pour s'assurer que les travaux débutent dans des conditions convenables et qu'il soit bien convenu que pour telle ou telle phase impliquant une nouvelle organisation de précautions, il soit averti par l'entrepreneur pour qu'il puisse intervenir.

(68) Répertoire Notarial, Le contrat d'entreprise de construction, n° 147 à 149, p. 139 et 140

(69) Civil Bruxelles, 9 février 1993, R.J.I. 1993, p. 55 et note M. SENELLE, La négligence coupable de l'architecte

(70) Bruxelles, 7ème chambre, 19 avril 1991, Entr. et Dr. 1991, p. 350

(71) Bruxelles, 11 octobre 1991, J.L.M.B. 1992, p. 367; Civ. Neufchâteau, 1er avril 1992, Rev. Rég. Dr. 1992, p. 230

(72) Mons, 24 février 1993, J.L.M.B. 1994, p. ...

(73) Anvers, 26 juin 1985, Entr. et Dr. 1991, p. 361; Bruxelles, 11 octobre 1991 précité

- Il doit provoquer l'intervention du bureau de contrôle technique au moment décisif (74).
- Il n'est cependant pas tenu dans le cadre de sa mission de contrôle de pousser ses investigations au point d'empiéter sur le domaine des spécialistes, en particulier lorsque l'entreprise a été choisie en raison de sa spécialisation (75). Ainsi, en cas de mise en oeuvre par l'entrepreneur d'un matériau commun, il n'est pas tenu d'une vérification autre que celle de sa conformité apparente (76).

De manière générale, il faut prendre garde au fait que les formulations retenues dans les décisions de jurisprudence sont bien entendu en liaison étroite avec les circonstances de fait propres à chaque espèce. Elles ne peuvent donc être systématiquement reprises comme l'expression abstraite d'un comportement général s'imposant en toute hypothèse.

Dans sa note d'observation sous l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 25 novembre 1992 (77), B. LOUVEAUX insiste sur le devoir de réaction de l'architecte en cas de tentative plus ou moins déterminée du maître d'ouvrage de se passer de ses services durant la phase d'exécution des travaux. Il relève à cet égard la prescription de l'article 21 du règlement de déontologie de 1985 et l'obligation pour le dossier accompagnant la demande d'autorisation de bâtir de contenir une attestation de l'architecte ou des architectes chargés du contrôle de l'exécution des travaux.

Il considère que se dégage une certaine évolution vers une atténuation de la responsabilité dans le cadre de la mission de contrôle. Cela correspond au voeu de P. RIGAUD qui dénonce à cet égard la dérive à laquelle l'interprétation extensive de cette mission peut mener, notamment par le biais de la théorie dite du contrôle réciproque des fautes qui entraîne selon lui une totale confusion des missions (78).

Pour ce qui concerne les conséquences de la décharge par le maître d'ouvrage de l'architecte quant à la mission de contrôle de l'exécution, il est renvoyé à J.M. GERADIN, *Les difficultés provoquées par le maître de l'ouvrage*, in *Droit de la construction, Actualités du droit 1991*, p. 148, et les références, et à P. HENRY et F. POTTIER, pour ce qui concerne «les conséquences de l'absence d'architecte au stade de l'exécution de l'ouvrage» (*Actualités du droit 1991*, p. 1200 et réf. cit.).

(74) Tribunal Grande Instance Angers, 16 juin 1992, Entr. et Dr. 1995, p. 34

(75) Douai, 24 juillet 1986, Entr. et Dr. 1992, p. 163

(76) Mons, 1ère chambre, 25 novembre 1992, J.L.M.B. 1994, p. 110, et note B. LOUVEAUX

(77) J.L.M.B. 1994, p. 114

(78) *Le droit de l'architecte - Evolution des vingt dernières années*, 1993, n° 251, p. 249, et n° 258, p. 255

5. Des honoraires de l'architecte

5.1. Le principe du caractère onéreux de l'intervention de l'architecte est admis au point qu'il constitue une présomption(79)

Ce principe a pour fondement le caractère créatif et désintéressé du travail accompli dans la phase préparatoire, étant entendu qu'il importe de distinguer selon que l'architecte est chargé ou non d'une mission d'ensemble postérieurement au pré-contrat ainsi que l'a relevé la troisième chambre de la cour d'appel de Liège dans son arrêt du 15 novembre 1993 (80).

«Si l'architecte consulté est chargé ensuite de tout ou partie de la mission, il n'a droit à aucun honoraire spécial pour les conseils qu'il a donnés dans la phase préparatoire, sauf convention contraire (DELVAUX, Traité juridique des bâtisseurs, 1968, p. 526);

... En revanche, si comme en l'espèce, le contrat final n'est pas conclu, il convient de considérer que les services rendus par l'architecte recouvrent en réalité l'existence d'un pré-contrat (contrat de consultation préalable) qui lui confie la mission d'étudier la possibilité de conclusion d'un contrat d'architecture complet; ... si ce dernier n'est pas conclu, la rémunération trouve son fondement dans le premier contrat (M. VANWIJCK-ALEXANDRE, La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats, Ann. Dr. Liège, 1980, p. 36».

Il appartient donc au maître d'ouvrage de rapporter la preuve qu'en l'espèce les prestations de l'architecte lui ont été promises à titre gratuit (81).

Ainsi même pour des croquis et avant-projets, l'architecte peut établir un état d'honoraires et de frais à défaut pour le maître d'ouvrage de rapporter pareille preuve. Les honoraires relatifs à ces prestations préalables sont alors calculés par vacations et non sur base d'un pourcentage du prix probable de la construction (82).

Il a été admis que la réalisation de plans à la satisfaction du maître d'ouvrage en vue de l'obtention du permis de bâtir entraîne la débetion d'honoraires, même si une nouvelle estimation résultant d'ouvrages supplémentaires ulté-

(79) P. RIGAUX, op. cit., p. 179, n° 185; M. VANWIJCK, Le droit de la construction, Actualités du droit 1991, p. 939

(80) J.L.M.B. 1994, p. 563

(81) V. d'HUART, Flash sur les honoraires de l'architecte : la phase préparatoire, J.L.M.B. 1994, p. 565 et les références citées : Liège, 9 décembre 1988, J.L.M.B. 1990, p. 443; Répertoire Notarial, Le contrat d'entreprise de construction, tome IX, livre VIII, p. 131; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, Actualités du droit 1991, p. 939

(82) J.P. HAL, 16 novembre 1988, J.J.P. 1992, p. 194, confirmé par Civil Bruxelles, 20ème chambre, 16 janvier 1990

riurement établie à la demande du maître d'ouvrage a entraîné la fin de la convention d'architecture (83).

A défaut d'écrit, le montant des honoraires est fixé *ex aequo et bono*.

Ainsi, à défaut d'autre indication, les honoraires ont été calculés sur base de la valeur de l'ensemble des travaux estimés sur base de devis relatifs au seul gros oeuvre et ce compte tenu de la proportion usuelle (1/3 - 2/3) que représentent ces travaux par rapport aux travaux de parachèvement et ce sans que la cour ait estimé utile de se référer à d'autres chantiers spécifiques : Bruxelles, 4ème chambre, 15 septembre 1992, J.L.M.B. 1993, p. 1301, R.J.I. 1993, p. 99.

Certaines décisions sanctionnent l'absence de contrat en rédigeant voire en supprimant les honoraires de l'architecte (84) ainsi que l'a relevé le Professeur VANWIJCK-ALEXANDRE in *Actualités du Droit* 1991, p. 942 et note 201. Ces décisions posent question dans la mesure où elles transposent l'exigence déontologique de l'écrit en cause de nullité alors qu'elles paraissent tout au plus être une cause de responsabilité ainsi qu'il a été observé ci-avant. Il importe évidemment que puisse être établi un lien de cause à effet entre la faute et le dommage.

5.2. Honoraires et concurrence

a) Le droit de l'architecte à des honoraires décents le rendant apte à exécuter sa mission et à en répondre est consacré en particulier par l'article 30 du règlement de déontologie sanctionné par l'arrêté royal du 18 avril 1985 en ce qu'il interdit à tout architecte de participer à un appel d'offres public ou privé visant à mettre en concurrence les architectes sur le prix de leurs prestations.

Cette prescription déontologique a été expressément prise en compte par l'article 50 § 2 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics.

Aussi le Conseil d'Etat a-t-il annulé la décision d'attribution d'un marché d'étude intervenu sur base d'une différence entre les pourcentages d'honoraires proposés par les soumissionnaires (85).

(83) Civil Bruxelles, 6ème chambre, 2 novembre 1993, R.J.I. 1994, p. 251

(84) Bruxelles, 26 novembre 1985, J.T. 1987, p. 24 ; Civ. Bruges 20 mai 1987, Entr. et Dr. 1990, p. 417

(85) C.E., 4ème chambre, 23 février 1993, n° 42.068, Entr. et Dr. 1993, p. 364 et *La Construction* 1994, p. 16 avec obs. Ph. FLAMME

Cette règle a été maintenue dans l'article 115 alinéa 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et ce en reprenant mot pour mot l'article 36 de la directive 92/50 CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de service (86).

Ainsi une directive européenne organisant l'attribution des marchés publics de service a expressément consacré l'interdiction d'une mise en concurrence sur base du montant des honoraires.

Cette option du législateur européen doit être comparée avec la position prise par le Président du Conseil de la concurrence.

b) Interdiction de faire encore application de l'article 12 § 3 du règlement de déontologie de 1985 et **de la norme déontologique n° 2** (87) a été ordonnée à l'Ordre national des architectes par le Président du Conseil de la concurrence.

Il a en effet été considéré que ces dispositions constituaient des décisions d'association d'entreprises qui empêchent, limitent ou altèrent la concurrence et qui directement ou indirectement déterminent l'existence de prix de vente, de telle sorte qu'elles constituent une limitation spécialement grave de la concurrence qui justifie la suspension du barème.

Dans leurs commentaires de cette décision, S. LEONARD et J.P. VERGAUWE (88) ne critiquent pas le principe de la décision et font valoir que si la pratique d'un barème est remise en cause, il importe de reconsidérer l'ensemble de la profession de l'architecte et des attentes à leur égard, avec une remise en cause de leur mission et de leur rôle, de leur responsabilité et des conditions d'assurance de celle-ci ainsi que de leurs relations avec la clientèle, notamment par le biais de la publicité. *"On ne peut exiger des architectes le respect de conditions sévères d'accès et de pratique professionnelle tout en leur imposant une concurrence aveugle quant à leurs honoraires qui pourrait avoir pour effet de ne plus donner aux architectes les moyens nécessaires pour satisfaire les conditions de qualité"* (89).

Cette décision du Président du Conseil de la concurrence vise, il faut le souligner, une simple recommandation et non pas une proposition de réglementation devenue effectivement règlement par l'effet d'un arrêté royal d'approbation. Elle devrait laisser entier le pouvoir de l'autorité déontologique de

(86) JOCE, 24 juillet 1992, 209/1, spécialement le considérant 26 ; PH. et M.A. FLAMME, Des marchés publics de service et la coordination de la procédure de passation, Revue du marché commun de l'union européenne, n° 365, février 1993, p. 18, n° 39

(87) 31 octobre 1995, J.L.M.B. 1996, p. 263 et sv.

(88) Les barèmes d'honoraires des architectes sont-ils condamnés ? , J.L.M.B. 1996, p. 266 à 278

(89) J.L.M.B. 1996, p. 277

considérer que constituent une infraction déontologique non seulement la fixation d'honoraires excessifs, mais aussi celle d'honoraires réduits manifestement disproportionnés par rapport aux exigences fondamentales de dignité de la profession et non justifiés par des circonstances particulières .

Sinon, il faudrait en déduire que sous l'égide du droit européen, la concurrence à outrance est devenue une valeur sociale primant sur l'intérêt social de l'exercice de certaines professions en conformité avec les impératifs généraux de morale sociale et de bonne organisation requis pour le bon fonctionnement de la société en général.

Si la déontologie doit se développer dans le respect de la loi, encore est-il que c'est la loi elle-même qui en a établi la légitimité. En conséquence, on ne peut confondre l'objet des règles déontologiques et leurs possibles répercussions. Une règle ayant un objet déontologique ne paraît pas devoir être considérée comme illégale du fait qu'elle peut engendrer des répercussions limitatives pour la concurrence.

Des règles déontologiques existent indépendamment de leur consécration par un règlement pris en bonne et due forme. Le problème devrait donc être plutôt appréhendé en tant que ces règles de déontologie entrent éventuellement en conflit avec les intérêts propres à la concurrence. Mais convient-il de décider que ces règles sont abrogées par la législation en matière de concurrence ? Faut-il considérer que ces règles déontologiques reconnues par la loi comme obligatoires pour les membres des professions libérales sont placées dans la hiérarchie juridique des normes en dessous de la norme de protection de la concurrence ? N'est-ce pas plutôt la règle déontologique qui doit être considérée comme une des limites dans lesquelles la loi protège la concurrence et qui prohibe ce qui peut avoir pour effet de la restreindre ?

Si le droit européen proscrie toute violation des articles 85 et 86 du Traité de Rome, il n'interdit pas l'adoption de lois et règlements qui ont pour objet d'autres exigences que la concurrence même si leur contenu n'est pas favorable à une concurrence maximale (90). Il en va de même de la loi du 5 août 1991 relative à la protection de la concurrence.

Il est vrai qu'une entente sur les prix est interdite par ces dispositions.

Une recommandation implique une invitation à adopter le comportement recommandé, d'où le soupçon immédiat, si l'objet de la recommandation est l'application d'un tarif au barème, qu'il en résulte une entente sur les prix. Le problème serait différent si étaient seulement fixés des critères d'appréciation des honoraires excessifs ou insuffisants en fonction des exigences déontologi-

(90) Conclusions de l'Avocat général DARMON dans l'affaire REIFF, affaire C-185/91, Rec. I, 5801, voir spécialement les considérants n° 32 à 38

ques et si ces dispositions étaient coulées en règlement approuvé par arrêté royal. Dans ce cas, ne s'agirait-il pas simplement d'une règle déontologique qui enserme la concurrence dans les limites imposées par la déontologie ? La question mérite d'être posée, même si les autorités administratives chargées de la protection de la concurrence paraissent vouloir prohiber tout ce qui fixe les honoraires et limiter la liberté de les fixer.

6. Résiliation unilatérale - Droit à indemnité

A. FETTWEIS a fait le point in *Actualités du droit* 1992, p. 391, sur l'application ou non au contrat d'architecture de l'article 1794 du Code civil. Il a relevé que la jurisprudence était à l'époque plus que jamais partagée.

Depuis lors, c'est à deux reprises que la cour d'appel de Gand a confirmé son arrêt du 23 septembre 1987 (91) selon lequel le caractère libéral de la profession d'architecte ne s'oppose nullement à l'application de l'article 1794 du Code civil (92).

Par arrêt du 28 octobre 1993 (93), la Cour de cassation a admis que soit octroyé à l'entrepreneur dont le contrat est résilié unilatéralement conformément à l'article 1794 du Code civil une indemnité complémentaire destinée à compenser le préjudice subi du fait de l'accroissement de la charge fiscale au moment où le dommage est né et le moment où celui-ci sera réparé.

Constatant que les décisions qui acceptaient le principe de l'application de l'article 1794 du Code civil au contrat d'architecte étaient souvent réticentes concernant l'indemnisation du manque à gagner, A. FETTWEIS proposait de distinguer deux situations :

- celle où le maître d'ouvrage décharge son architecte d'une mission en cours tout en poursuivant son projet de construction avec ou sans le concours d'un autre architecte auquel cas l'architecte devrait obtenir, outre la rémunération des prestations accomplies, une indemnité pour le manque à gagner subi par le fait de son remplacement,
- celle où le maître d'ouvrage met fin à la mission en cours de son architecte parce qu'il est contraint pour des motifs financiers ou autres de renoncer à la construction de l'immeuble projeté. Dans ce cas, l'architecte aurait droit au paiement des prestations accomplies, mais non à une indemnité quelconque pour prestations qu'il n'accomplirait pas et ce, eu égard au caractère libéral de sa profession. Il est rejoint sur ce point par P. RIGAUX (94).

(91) Entr. et Dr. 1991, p. 149 et note G. BAERT

(92) Gand, 16 novembre 1990, T.G.R. 1991, p. 8; Gand, 7ème chambre, 9 novembre 1993, Pas. 1993, II, 18

(93) J.L.M.B. 1995, p. 1232

(94) Le droit de l'architecte - Evolution des vingt dernières années, 1993, n° 470, p. 446, rejoignant lui-même J. WERY, Le statut de l'architecte, in Statuts et responsabilités des édificateurs, p. 31

Section III

Preuve de la responsabilité dans le droit de la construction

La problématique de la preuve à apporter pour que soit engagée la responsabilité contractuelle dans le cadre du droit de la construction pose la question de savoir s'il y a responsabilité pour faute ou présomption de responsabilité.

Concrètement, elle est souvent examinée dans le cadre du débat sur le choix entre obligation de résultat et obligation de moyen (1), ce qui est en soi révélateur d'une option pour le principe d'une responsabilité pour faute, même si continuent à s'opposer la conception selon laquelle dans le cas de manquement à l'obligation de résultat, la sanction repose bien sur la faute et celle selon laquelle il s'agit seulement d'une présomption de faute.

La difficulté reste toujours débattue. A propos de la responsabilité décennale, M.A. et Ph. FLAMME posent toujours la question de savoir s'il s'agit d'une responsabilité «à base de faute prouvée ou de présomption» (2), tandis que VAN WUYTSWINKEL et JASSOGNE (3) énoncent pour leur part que la responsabilité décennale est conçue comme une obligation de résultat : *«Dans ce contexte d'obligation de résultat, l'entrepreneur doit se défendre soit en établissant le caractère invincible du vice qui est à l'origine du problème rencontré, soit en établissant que le résultat n'a pas été atteint par suite d'une cause qui lui est étrangère».*

Par ailleurs, il reste soutenu qu'il appartient au maître d'ouvrage de rapporter la preuve d'une faute (4), même si Ph. et M.A. FLAMME considèrent qu'il n'y avait aucune décision en ce sens de la Cour de cassation (5).

(1) voir à cet égard M.A. et Ph. FLAMME, *Le droit des constructeurs* (1984), n° 230 qui, en ce qui concerne le «régime de la preuve», renvoient expressément aux développements consacrés à la distinction entre les obligations de moyen et de résultat

(2) voir également Ph. et M.A. FLAMME, *Le contrat d'entreprise, Quinze ans de jurisprudence 1975-1990*, n° 145, p. 115

(3) *Traité pratique de droit commercial*, tome Ier, n° 458, p. 356 et n° 467, p. 360; JASSOGNE, *La garantie découlant des contrats d'entreprise ...*, *Annales de droit de Liège* 1988, p. 264; JASSOGNE, *Réflexions à propos de l'erreur*, R.G.D.C. 1994, p. 102 et spécialement p. 107

(4) Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, *Statuts et responsabilités des édificateurs*, *Facultés Saint-Louis*, 1989, p. 196 et svtes

(5) *Quinze ans de jurisprudence 1975-1990*, p. 115, n° 145

Ceci aussi était discuté, mais en toute hypothèse, l'arrêt de cette dernière du 15 décembre 1995 (6) clarifie les choses si nécessaire :

1. Principe de base : une responsabilité pour faute

1.1. Exigence d'une faute

a) Par son arrêt du 15 décembre 1995, la Cour de cassation a clairement énoncé le principe de la responsabilité pour faute et son corollaire, l'exigence de la preuve d'une faute à charge des édificateurs.

1. Les faits de la cause peuvent être résumés comme suit : les travaux avaient pour objet l'installation de lignes de fabrication de chocolat.

Au terme du délai conventionnel de garantie de douze mois, est apparue une fuite dans le circuit des conduites acheminant le chocolat à la cuve de stockage.

Une première discussion a porté sur le point de savoir si une telle installation relevait des gros ouvrages au sens de l'article 1792 du Code civil. Réformant le jugement d'instance, la cour d'appel de Liège a, par arrêt du 11 octobre 1994, considéré qu'il s'agissait bien d'un gros ouvrage dès lors qu'il s'agissait d'une unité de production de chocolat ne se concevant qu'avec une durée de vie de plusieurs années et qu'une fuite dans le circuit interne de tuyauteries à double paroi avait pour effet d'entraîner un arrêt immédiat du fonctionnement de l'installation.

La discussion fondamentale examinée ici visait la faute et sa preuve.

Le maître d'ouvrage alléguait que la fuite résultait d'une exécution non soignée des soudures intérieures, ce qui constituait une faute dans le chef de l'entrepreneur. Celui-ci opposait une explication tenant à la corrosion accélérée due à l'utilisation d'une eau trop agressive.

2. La cour d'appel a constaté que face à l'exception soulevée par l'entrepreneur, le maître d'ouvrage demandeur ne rapportait pas la preuve de l'existence d'une faute.

Le pourvoi invoquait que le maître d'ouvrage devait uniquement prouver

1. la perte totale ou partielle de la construction
2. l'existence d'un vice de construction ou du sol ayant causé la perte, sans devoir démontrer que le vice était imputable au constructeur.

(6) J.L.M.B. 1996, p. 782

En pareil cas, l'entrepreneur ne pouvait échapper à la responsabilité décennale qu'en prouvant la force majeure ou son ignorance invincible du vice.

Le maître d'ouvrage, demandeur en cassation, faisait en outre valoir que la réalisation de conduites étanches constituait une obligation de résultat, en particulier dans le chef de l'entrepreneur spécialisé en tuyauteries industrielles qui n'avait pu s'engager à une telle obligation sans en garantir une parfaite étanchéité.

Il reprochait à l'arrêt de la cour d'appel de ne pas avoir examiné si l'obligation de l'entrepreneur était une obligation de résultat ou de moyen et dès lors d'avoir mal motivé l'arrêt.

3. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi considérant que *«l'article 1792 du Code civil fonde la responsabilité décennale de l'entrepreneur sur l'existence d'un vice de la construction ou d'un vice du sol;*

Que la cour d'appel, recherchant la cause de la fuite qu'elle considérait comme un vice grave et assurément caché, a relevé que le maître d'ouvrage imputait à l'entrepreneur une faute consistant dans l'exécution non soignée des soudures intérieures, mais que l'entrepreneur expliquait la fuite par une corrosion accélérée due à l'utilisation d'une eau trop agressive;

Qu'elle en avait déduit des éléments de fait qui lui étaient soumis que le maître d'ouvrage n'apportait pas la preuve du bien-fondé de sa thèse;

Que la cour d'appel n'a finalement pas admis l'existence d'un vice de la construction et a d'autre part considéré qu'il appartenait au maître de prouver une faute de l'entrepreneur; de sorte qu'ainsi, elle répondait aux conclusions soutenant que l'entrepreneur était tenu d'une obligation de résultat».

Ainsi, la Cour de cassation a précisé pour autant que de besoin (voir ci-après) l'exigence de la preuve d'une faute constituant un vice de construction ou entraînant un vice de la construction, faute à distinguer du vice proprement dit ou du processus de dégradation lui-même (7) affectant l'immeuble construit.

S'il en est bien ainsi, l'enseignement de VAN WUYTSWINKEL et JASSOGNE imposant au maître de faire la preuve *«que le bâtiment a péri en partie par suite d'un vice de construction et qu'il précise celui-ci»*, de sorte que l'entrepreneur ne pourra *«échapper à la responsabilité décennale qu'en prouvant qu'il s'est trouvé dans l'ignorance invincible du vice, quelles qu'en soient les conséquences»* (8) ne pourra être appliqué que s'il est bien entendu que

(7) Actualités du droit 1992, p. 331-332

(8) Traité pratique de droit commercial, tome I, n° 458, p. 356

par preuve du vice de construction, il faut entendre preuve d'une faute dans les opérations de construction, qu'elles relèvent de la conception ou de l'exécution, et non seulement la seule preuve d'une dégradation.

Le vice de construction ne doit pas être confondu avec le processus de dégradation lui-même telle la survenance de fissurations, de décollement. Ces conséquences constituent le dommage à réparer et non pas le vice engendrant le dommage (9); elles ne manifestent pas nécessairement que le processus en cause constitue bien un vice de la construction, c'est-à-dire un phénomène anormal résultant d'une défaillance dans la manière dont les opérations de construction ont été accomplies.

b) Le principe d'une responsabilité pour faute dans le cadre du contrat d'entreprise avait déjà été dégagé de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 1961 (10).

La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Gand qui avait retenu la responsabilité de l'entrepreneur sur base de la seule existence du vice de matériaux utilisés et en excluant la possibilité pour l'entrepreneur de contester sa responsabilité en établissant le caractère indécélable du vice (rupture d'une chaîne à laquelle était suspendue la porte à coulisse de la minque de Zeebruges).

La Cour de cassation a expressément relevé que la cour d'appel n'avait pas retenu à charge de l'entrepreneur une présomption de faute puisqu'elle avait constaté qu'était rapportée la preuve que le dommage résultait d'un vice de construction bien déterminé.

Une présomption juridique de faute a donc été exclue et, en même temps, la Cour de cassation a admis que la faute était prouvée dès lors que la preuve d'un vice de construction était apportée par le maître de l'ouvrage.

Cette exigence de la preuve d'une faute est une des caractéristiques essentielles qui distingue le régime du contrat d'entreprise du régime du contrat de vente.

Elle constitue une des conséquences juridiques du choix entre le louage d'ouvrages et la vente de choses futures, ainsi que l'a fait valoir A. FETTWEIS (11).

(9) Répertoire Notarial, tome IX, livre VIII, n° 229, p. 183

(10) Pas. 1962, I, 152

(11) L'option préliminaire : commande d'un ouvrage ou achat d'un bien fabriqué ou à construire, in Droit de la construction, Actualités du droit 1991, p. 861 et svtes et spéc. p. 881 à 884

L'arrêt de la Cour de cassation de 1961 avait trait à la responsabilité après réception, mais il a énoncé un principe de portée générale qui vaut tant pour la responsabilité contractuelle avant réception que la responsabilité contractuelle après réception, sous réserve de leurs particularités propres examinées ci-après.

1.2. Justification de l'absence de toute présomption de faute

Dans le cadre d'un contrat de vente, le vendeur assume non pas une responsabilité, mais la garantie des vices cachés de la chose considérée en elle-même au-delà de toute responsabilité pour faute. Cette option du Code civil est fondée sur la considération que la vente a pour objet fondamental la chose en elle-même existant le plus souvent au moment de la vente.

Au contraire, le contrat d'entreprise a pour objet l'ouvrage à exécuter lequel devra être livré après qu'aura été achevée sa fabrication ou sa construction. L'entrepreneur ne connaît pas la chose au moment où il prend l'engagement de la construire et de la livrer et quand il la livre, il n'a pu ni la mettre à l'épreuve du temps, ni faire l'expérience de son utilisation (12). C'est pourquoi il ne peut être envisagé d'imputer à l'entrepreneur une présomption de faute fondée sur une aptitude en tant que professionnel à découvrir et connaître les vices cachés, de sorte qu'à défaut de révéler ceux-ci, il commettrait un dol et que pèserait ainsi sur lui une présomption de mauvaise foi qu'il ne pourrait renverser que par la preuve d'une ignorance invincible du vice (13).

1.3. Notion de faute

En s'engageant dans un contrat de louage de services, l'intervenant s'est obligé à exécuter des prestations exemptes de manquements ou malfaçons, conformes aux règles de l'art, au cahier des charges et aux dispositions du marché (14). La notion de faute est donc déterminée par rapport aux engagements pris, au contenu inhérent à de tels engagements eu égard à la qualité des personnes en présence : maître d'ouvrage profane ou non, entrepreneur spécialiste ou non, architecte, ingénieur en stabilité ou en techniques spéciales, ... et par rapport à l'objet précis de la commande.

La détermination des engagements souscrits par référence aux documents régissant la commande est donc essentielle puisqu'elle fixe l'étendue et la limite des engagements souscrits.

(12) Y. HANNEQUART, Droit de la construction - Réflexions générales, Actualités du droit 1992, p. 435

(13) Y. HANNEQUART, op. cit., p. 441

(14) Répertoire Notarial, Le contrat d'entreprise de construction, tome IX, livre VIII, n° 191, p. 162

C'est la teneur même de ceux-ci que précise le caractère de résultat ou de moyen de l'obligation souscrite.

Il est renvoyé sur ce point aux actes du recyclage de 1991-1992, notamment à Joëlle WILLEMS, *Actualités du droit* 1991, p. 1173 et 1184 et Y. HANNEQUART, *Actualités du droit* 1992, p. 456, ainsi qu'à Ph. et M.A. FLAMME, *Le contrat d'entreprise, Quinze ans de jurisprudence, 1975-1990*, p. 47, n° 50 et suivants, et également *Répertoire Notarial, Le contrat d'entreprise de construction*, tome IX, livre VIII, n° 163, p. 148.

2. Détermination de la preuve à apporter selon le type de faute

2.1. Jurisprudence de la Cour de cassation

Dans son arrêt précité du 6 octobre 1961 (15), la Cour de cassation statuant à propos des moyens pris de la violation notamment des articles 1792 et 2270 du Code civil relève d'une part que l'arrêt de la cour d'appel «*constate que le propriétaire du bâtiment a fait la preuve que celui-ci a péri en partie par suite d'un vice de construction ...*» et d'autre part que «*si l'article 1792 du Code civil dispose que lorsque l'édifice construit à prix fait a péri en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, l'entrepreneur est responsable pendant dix ans ...*».

La notion de «vice de la construction» entendu comme tout désordre manifesté par la chose construite ou oeuvrée pourrait être adéquatement opposée, sur le plan du langage, à celle de «vice de construction» résultant d'un manquement par rapport à une obligation dans l'opération de construction comprise au sens large et révélant ce manquement.

Dans son arrêt précité du 15 décembre 1995 (16), la Cour de cassation relève que la cour d'appel n'a pas retenu l'existence d'un «vice de la construction» sur base d'une fuite affectant la canalisation litigieuse. Ne s'agissait-il pas à proprement parler d'un vice de construction tel que défini ci-avant ? Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation n'a pas porté son attention sur cette nuance de langage qui pourrait d'ailleurs apparaître trop subtile et dès lors en définitive inopportune, vu qu'elle risquerait de porter chacun fois l'accent sur les mots utilisés alors que ceux-ci ne seraient pas inspirés par le souci d'une signification précise et différente selon le choix de l'une ou l'autre des formulations.

(15) Pas. 1962, I, 152

(16) J.L.M.B. 1996, p. 782

2.2. Sur le plan de la responsabilité extracontractuelle

B. DUBUISSON vient de clairement préciser l'état actuel de la jurisprudence quant à la notion de vice de la chose (17) lors du séminaire de septembre 1996 :

Le vice qui affecte une chose est «*une caractéristique anormale de la chose susceptible d'occasionner un dommage à des tiers*», ainsi que l'a retenu la Cour de cassation dans un arrêt du 23 septembre 1971.

Le vice doit ainsi porter sur une caractéristique de la chose par opposition à un emploi défectueux, sur son emplacement anormal.

B. DUBUISSON insiste sur le fait qu'il n'est pas permis de déduire le vice du seul comportement anormal de la chose (18).

Cela étant, le gardien d'une chose vicieuse est réputé en faute.

2.3. Sur le plan de la responsabilité contractuelle

Tout autre est la situation dans le cadre de la responsabilité contractuelle. Non seulement il n'y a pas de présomption de faute, mais en outre, le vice doit être déterminé par référence à une défaillance dans les opérations de construction (conception et exécution) de l'ouvrage :

- défaut des matériaux ou du sol utilisés pour la construction,
- défaut dans la conception ou l'exécution de l'ouvrage compte tenu de l'inexécution d'une obligation déterminée de résultat ou par rapport à la prudence ou à la diligence normale que devait assumer le débiteur d'une obligation de moyens.

Il importe ici de relever que ne peuvent être confondues l'inadéquation de l'objet réalisé à l'objet promis d'une part et, d'autre part, l'insatisfaction que l'ouvrage commandé peut donner par rapport à l'objectif que voulait atteindre le maître d'ouvrage lorsqu'il a défini les travaux à réaliser avec l'aide de son architecte. Sous réserve du devoir d'information de l'architecte et du devoir de réaction de l'entrepreneur, les professionnels ne sont pas les garants de l'adéquation de l'ouvrage réalisé à l'objectif final poursuivi par le maître d'ouvrage. Ceci dans la mesure bien entendu où les parties n'expriment pas clairement la volonté contraire d'établir une telle garantie.

Chaque intervenant dans l'acte de construire n'est tenu de réparer ou d'indemniser que si est établie à sa charge une faute, c'est-à-dire un manquement à une obligation contractuelle déterminée par la *mission confiée* et acceptée.

(17) Développements récents concernant les responsabilités du fait des choses, in Droit de la responsabilité, vol. X, p. 300 et svtes - formation permanente CUP, 13 septembre 1996

(18) voir spéc. p. 306-307

A ce titre, *en vertu de sa mission de conception, l'architecte* est, en principe, le responsable exclusif des vices du sol et des vices dans le choix des matériaux.

En vertu de sa mission d'exécution, l'entrepreneur est, en principe, le responsable exclusif des vices de construction : vices de mise en oeuvre et exécution et vices des matériaux compris dans le sens de leur défektivité intrinsèque ou de leur absence de conformité par rapport aux exigences contractuelles.

Ces responsabilités de principe doivent être nuancées en fonction des missions reçues, des compétences respectives et du contrôle réciproque des fautes, comme examiné ci-après.

2.4. Quant au vice des matériaux

Il engage, ce que la doctrine a appelé la responsabilité contractuelle du fait des choses.

Il appartient à l'entrepreneur de mettre en oeuvre des matériaux aptes à permettre la bonne exécution du contrat. Ne pas le faire est en principe une faute.

La preuve du **vice affectant le matériau** lui-même établit dès lors la faute sauf au débiteur à prouver l'existence d'une cause étrangère ou plus concrètement son ignorance invincible du vice en cause (19).

Cette responsabilité du fait des choses est fondée sur une présomption d'aptitude à la découverte du vice des matériaux, présomption qui ne peut être confondue avec une présomption de connaissance réelle du vice (20). Il en résulte que l'entrepreneur sera constitué en faute dès lors qu'est établie l'existence d'un vice proprement dit affectant matériellement les matériaux mis en oeuvre.

L'ignorance invincible est soumise à l'appréciation du juge.

Selon la formule consacrée, il y a ignorance invincible *«si l'auteur du dommage a agi comme l'aurait fait, placée dans la même situation, toute personne raisonnable et prudente»* (21).

(19) Voir à cet égard la jurisprudence concernant les briques gélives à défaut de cuisson suffisante et dont il a été admis que l'entrepreneur était leur propos dans une ignorance invincible entraînant son exonération de toute responsabilité; Comm. Turnhout, 1ère chambre, 9 janvier 1986, Entr. et Dr. 1986, p. 173; Mons, 1ère chambre, 28 juin 1995, S.A. De Simpel Kortemark CY c/SPRL Anthin Beheer et autres, inédit

(20) Y. HANNEQUART, *Réflexions générales*, op. cit., Actualités du droit 1992, p. 445

(21) Ch. JASSOGNE, *Réflexions à propos de l'erreur*, R.G.D.C. 1994, p. 104, renvoyant à FAGNART et DE NEVE, *Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile*, J.T. 1986, n° 48, p. 300; VAN OMMESLAGHE, P.U.B., vo. III, édition 87-88, p. 598

Ch. JASSOGNE relève pour le surplus que l'erreur doit être invincible, c'est-à-dire inévitable, ce qui, selon P. VAN OMMESLAGHE, doit s'apprécier «de manière raisonnable» (22), car le critère est la culpa levis in abstracto appréciée néanmoins par rapport aux caractéristiques de la personne (23).

Tout en faisant part de ses hésitations (24), Ch. JASSOGNE conclut ses réflexions comme suit : *«L'erreur invincible paraît bien, même si la perception du problème est confuse, se situer au-delà de l'erreur simplement excusable qui - elle - ne serait rien d'autre que l'erreur non fautive. L'erreur invincible serait celle que même l'homme le plus prudent, placé dans des circonstances analogues, aurait malgré tout commise, étant entendu que le plus prudent des hommes ne dépasse pas les limites du raisonnable. Dans le contexte d'une activité professionnelle, l'erreur invincible est celle que même le meilleur des professionnels de même spécialité aurait commise (par différence avec le professionnel de même spécialité normalement, c'est-à-dire moyennement, prudent)»* .

Il est pratiquement impossible de vérifier si la jurisprudence s'inspire de telles nuances entre le meilleur et le normal. En effet, le juge suppose à la lumière des enseignements de l'observation de la vie en société et de son appréciation des choses ce que les débiteurs auraient dû raisonnablement faire. Même s'il se réfère au meilleur comportement, il cherche le raisonnable. On peut se demander si le vrai critère décisif de la gradation de la sévérité du juge n'est pas le degré de spécialisation du débiteur.

En revanche, le **vice fonctionnel** constitué par l'absence de compatibilité du matériau avec l'ensemble constructif ou sa destination est étranger à l'entrepreneur. Il relève du choix des matériaux et à ce titre de la conception et est dès lors imputable à l'architecte qui doit en assumer la responsabilité. Il appartient en effet à celui-ci de faire mettre en oeuvre des matériaux dont il connaît suffisamment les caractéristiques et qui sont adéquats par rapport à leur destination (25).

A ce titre, l'architecte doit également avertir le maître d'ouvrage des inconvénients que les matériaux prescrits peuvent présenter ou refuser sa collaboration si le maître d'ouvrage veut lui imposer l'emploi de matériaux dont il connaît les risques et inconvénients, dès lors que la perte totale ou partielle de l'édifice pourrait en résulter (26).

(22) Examen de jurisprudence, Les obligations, R.C.J.B. 1986, n° 106, p. 218

(23) R.C.J.B. 1986, p. 61

(24) R.G.D.C. 1994, p. 112

(25) Comm. Antwerpen, 10 avril 1991, Entr. et Dr., 1995, p. 169

(26) Cass. 3 mars 1978, Pas. 1978, I, 759; Y. HANNEQUART, La responsabilité de l'architecte, avec la collaboration de Jacques CLESSE, Liège, Editions du Jeune Barreau, 1985, p. 88, n° 136, in fine

Ainsi, sa responsabilité a été retenue pour avoir prescrit un matériau nouveau ou pensé pouvoir s'écarter de ce qu'il avait prescrit antérieurement sans s'être éclairé préalablement et de manière tout à fait spéciale (27) et cela, sans préjudice à la responsabilité imputable au producteur et à l'importateur et au vendeur du produit qui doivent veiller à s'assurer suffisamment des possibilités d'application de tout nouveau produit.

Ces responsabilités en principe exclusives peuvent cependant faire l'objet d'**atténuations**.

Ainsi, en application de la théorie dite du «contrôle réciproque», la responsabilité d'entrepreneur pourrait être retenue si le vice est manifeste, voire grossier, si l'entrepreneur est l'auteur de la conception ou y a été associé ou s'il a qualité de spécialiste.

L'entrepreneur doit en outre faire toutes les réserves ou observations qu'implique son devoir de conseil.

C'est à ce titre que sa responsabilité pourrait être retenue dans le choix d'un matériau inadapté à la destination des lieux (28).

Il appartient donc au maître d'ouvrage d'établir non le simple désordre, mais l'inadéquation ou l'incompatibilité. Celle-ci se présente comme le révélateur objectif de la faute commise.

L'entrepreneur restera étranger à ce problème, sauf si le maître d'ouvrage démontre qu'en s'abstenant de réagir, il a manqué à son obligation de conseil, spécialement si le vice relève de la compétence particulière de sa spécialisation.

L'obligation de résultat de l'entrepreneur est en principe, ici, exclue sauf convention contraire. L'appréciation de la faute dépendra de la part de liberté de choix laissée à l'entrepreneur et l'obligation souscrite d'atteindre telle performance peut à la limite aboutir à la stipulation d'un résultat.

2.5. Quant au vice du sol

La seule constatation que le désordre est causé par l'état vicieux du sol ou par l'inadéquation des travaux d'appui ou de fondation compte tenu du sol existant met l'architecte en faute (29), sauf preuve d'une cause étrangère et en particulier d'une ignorance invincible.

(27) Gand, 9ème chambre, 26 novembre 1993, R.W. 1994-95, p. 1438

(28) Comm. Charleroi, 1ère chambre, 15 février 1994, J.L.M.B. 1994, p. 1301 : le tribunal a retenu la responsabilité de l'entrepreneur comme s'il pesait sur lui une responsabilité dans le choix des matériaux et sans préciser qu'en fait, cette responsabilité était engagée pour manquement à l'obligation de conseil ou au devoir de réaction, sauf bien sûr dans la mesure où il aurait lui-même participé au choix dès l'origine

(29) Y. HANNEQUART, *Réflexions générales*, p. 446

En s'engageant à concevoir l'ouvrage, l'architecte s'est engagé à réaliser une conception adaptée au sol tel qu'il est, sauf à proposer la renonciation au projet à l'endroit envisagé ou son adaptation.

Dans ce cadre, l'architecte paraît tenu d'une obligation de résultat, ainsi qu'il résulte de l'incise expresse faite dans l'arrêt du 6 octobre 1991 du problème du vice du sol.

Pour justifier l'erreur invincible, Y. HANNEQUART considère cependant qu'en relation avec ce qui peut raisonnablement être exigé, il pourrait suffire que l'architecte démontre avoir accompli toutes diligences normales : examen attentif des lieux, des travaux et de leur objet, prise en considération de tous les indices, informations et renseignements tirés de l'expérience de l'habitat, de la connaissance de la région et des publications scientifiques y relatives (30).

2.6. Quant au vice de conception ou de construction proprement dit

La preuve d'une faute dans la conception ou l'exécution suppose l'établissement d'un comportement méconnaissant les prescriptions contractuelles, les règles de l'art ou en définitive le comportement du bon professionnel de la même catégorie placé dans les mêmes conditions compte tenu en outre des normes et des usages de la profession.

Même si tel comportement apparaît comme étant à l'origine du désordre, encore faut-il déterminer qu'il est fautif, c'est-à-dire qu'il constitue un manquement aux obligations de prudence et de diligence, en particulier dans le cadre d'opérations industrielles dont certaines sont par nature risquées. Dans ce cas, la survenance du désordre est fréquemment le résultat de la réalisation d'un risque qui n'est pas forcément évitable et qui résulte d'une option entre des types de comportement susceptibles de procurer des avantages mais aussi de provoquer des inconvénients, de sorte qu'on ne peut a posteriori privilégier l'un d'eux, comme si lors du choix, il n'avait pas fallu comparer le positif et le négatif sans pouvoir exclure l'influence du hasard sur la réalisation de tel ou tel risque.

Face à une telle situation, la réalisation du risque n'est pas en soi l'expression d'un comportement fautif. Elle en appelle à l'appréciation de l'attitude qu'imposait de prendre l'existence de ce risque.

En fonction de cette complexité aisément concevable et confirmée par l'expérience la plus courante, il est fréquent que la découverte du processus de dégradation et l'observation de l'existence du défaut qui affecte matériellement le bâtiment ne permette pas de fournir la preuve d'une faute, fût-ce par

(30) *Réflexions générales*, p. 447

présomption. Ainsi se justifie le recours à des mesures d'instruction, tout spécialement l'expertise.

3. Preuve de la relation causale avec le dommage

La charge de la preuve porte non seulement sur la faute mais également sur la relation causale entre la faute et le dommage.

Cette exigence fondamentale pour toute responsabilité est au coeur du problème des condamnations in solidum.

Il est renvoyé aux observations relatives à l'obligation in solidum et à l'étude présentée lors du recyclage de 1991-1992 de P. HENRY et F. POTTIER (31).

Les conséquences de telles condamnations peuvent être fort graves et d'autant plus lourdes à supporter que les fautes qui la justifient peuvent être de gravité différente; elles sont à ce titre dénoncées (32).

Quoi qu'il en soit, il n'est pas exact de soutenir que ce système aboutit en quelque sorte à une responsabilité sans faute puisque, par définition, l'obligation in solidum n'existe que dans la mesure où il y a une faute qui est en relation causale avec le dommage tel qu'il s'est produit.

Sauf, en ce domaine, un improbable revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation et spécialement un abandon de la théorie de l'équivalence des conditions ou un correctif des conséquences qu'on en déduit, les excès dénoncés ne paraissent pouvoir être contenus que par une rigueur plus grande dans la détermination d'une part de chaque faute et d'autre part de sa relation causale précise avec le dommage allégué, ainsi que le relèvent les études citées en note 31.

Un arrêt de la cour d'appel de Mons du 17 septembre 1992 (33) est à cet égard fort court. La cour s'est limitée à constater que :

«Il résulte du rapport d'expertise ... sans que le moindre doute soit possible à cet égard que la responsabilité des désordres dont se plaignent actuellement les maîtres d'ouvrage incombent «aux constructeurs de l'immeuble» ... dont il convient de rappeler que ... ils ont explicitement déclaré prendre en charge durant dix ans la responsabilité d'éventuelles fautes commises dans le cadre de la technique de consolidation adoptée en définitive ...

... Que de telles fautes ont été commises».

(31) Actualités du droit 1991, p. 1207 à 1223; voir également Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, Statuts et responsabilités des édificateurs, Facultés Saint-Louis, 1989, p. 195 et svtes; Répertoire Notarial, Le contrat d'entreprise de construction, tome IX, livre VIII, n° 269, p. 209 et svtes

(32) voir les études précitées et P. RIGAUX, Le droit de l'architecte : évolution des vingt dernières années, 1993, p. 336 et svtes; J.P. VERGAUWE, Le droit de l'architecture, p. 181 et svtes

(33) J.L.M.B. 1994, p. 545

Ainsi, la cour se limite à énoncer l'existence de fautes sans les caractériser et sans déterminer leur incidence.

Il importe de relever que c'est à bon droit qu'elle a considéré que *«à défaut de demande en garantie explicitement formée par l'architecte ou l'entrepreneur, il n'appartenait pas au premier juge - ni actuellement à la cour - d'examiner le problème de la contribution à la dette ...»*.

En revanche, dans une espèce mettant en cause spécifiquement la responsabilité de l'architecte, la cour d'appel de Mons, dans son arrêt du 24 février 1993 (34), a longuement énuméré les fautes reprochées à l'architecte : défaut de vérification de la conformité des fondations par rapport aux plans, absence de détails et croquis d'une charpente peu orthodoxe et difficile à réaliser, omission de chambre de visite dans le réseau d'égouttage, ...

Curieusement cependant, dans cet arrêt, la cour a refusé tout droit pour l'architecte à exercer une action récursoire contre l'entrepreneur au motif que le maître d'ouvrage n'avait introduit aucune action contre ce dernier pourtant à la cause, alors que le refus d'un tel recours n'est justifié que si le dommage constaté est exclusivement imputable au seul architecte, en raison, comme on vient de le souligner, de la preuve d'une faute, du dommage et de la relation causale.

Il importe d'être très attentif aux exigences précises de preuve et à cet effet, l'objet des missions d'expertises judiciaires devrait être précisé. Il est à cet égard renvoyé aux observations ci-après.

Par ailleurs, par arrêt du 23 septembre 1992, la même cour d'appel de Mons (35) a condamné in solidum deux entrepreneurs à réparer le dommage causé à un immeuble voisin et ce, après avoir constaté une faute dans le chef du premier pour avoir négligé de réaliser l'étañonnement et le blindage des fouilles des constructions voisines *«et une faute à charge du second pour ne pas s'être inquiété de l'absence d'étañonnement et avoir poursuivi son entreprise sans en référer à l'entrepreneur principal ou à l'architecte»*. En effet, précise, la cour, *«sans les fautes de l'un des entrepreneurs, le dommage tel qu'il s'est réalisé in concreto ne se serait pas produit»*.

On relèvera que l'entrepreneur principal et son sous-traitant ont été condamnés in solidum dans le cadre de la responsabilité aquilienne envers le voisin préjudicié et ce, pour manquement à une règle générale du devoir de précaution et de prévoyance, ces fautes engageant exclusivement leur responsabilité à l'exclusion de l'obligation pour le maître d'ouvrage de compenser les troubles anormaux de voisinage.

(34) J.L.M.B. 1994, p. 556

(35) J.L.M.B. 1991, P. 549

C'est de manière très précise que dans son arrêt du 12 avril 1994 (36), la première chambre de la cour d'appel de Bruxelles a fait une application particulièrement circonstanciée des éléments permettant de conclure à une condamnation in solidum :

Après avoir isolé les fautes commises :

- un fluage des hourdis constituant une malfaçon d'exécution relevant de la technique propre des entrepreneurs,
- d'importantes malfaçons dans les travaux de charpenterie effectués conformément aux règles de l'art et aux prescriptions mêmes des plans de l'architecte,
- faute de nature à être décelée par l'architecte et ne pouvant échapper à un contrôle normalement diligent,

la cour constate qu'aucune faute de conception, de surveillance ou de contrôle ne pouvait être établie en ce qui concerne le fluage des hourdis et qu'en ce qui concerne la charpente, le défaut de contrôle était sans incidence sur la nécessité de renforcer la charpente puisque le dommage *«aurait existé de la même manière et dans la même mesure alors même que l'architecte aurait décelé en temps voulu la mauvaise exécution»*.

«Qu'il y a par contre une relation causale entre l'absence de contrôle par l'architecte et le dommage résultant d'une réparation différée de la charpente défectueuse;

Qu'en effet, dans la mesure où l'architecte aurait exécuté correctement son obligation de contrôle, signalé en temps voulu les malfaçons de la charpente et veillé à ce qu'il y soit remédié, l'écartement de la charpente aurait été évitée et les fissurations constitutives des murs du premier étage ne se seraient pas produites» . Et la cour de conclure que *«la responsabilité in solidum s'impose, alors même qu'il est possible de déterminer la part de chaque faute lorsque, comme en l'espèce, un dommage unique résulte de la conjonction de divers manquements de l'entrepreneur et de l'architecte et que sans la faute de contrôle de l'architecte, la faute d'exécution de l'entrepreneur n'aurait pas suffi à causer ce dommage tel qu'il est advenu»* (37).

(36) R.J.I. 1995, p. 25

(37) Dans le même sens, Antwerpen, 2ème chambre, 10 mars 1994, Limb. Rechtsl. 1994, p. 21

4. Incidences du moment de l'apparition du dommage sur la preuve à apporter

4.1. Avant réception-agrégation

Avant réception-agrégation, les constructeurs sont tenus par la responsabilité contractuelle de droit commun fondée sur l'article 1147 du Code civil (38).

La responsabilité contractuelle avant réception-agrégation a pour objet de contraindre le débiteur de l'obligation à réaliser une parfaite exécution des engagements souscrits. Aussi les constructeurs sont-ils tenus d'assurer la réparation de tous les vices quels que soient leur importance, leur incidence ou le moment de leur découverte, dès lors qu'ils constituent une inadéquation ou une non-conformité si minime soit-elle de l'ouvrage réalisé ou en cours de réalisation au cahier des charges, plans, etc... (39), sauf à démontrer que la bonne exécution des engagements est rendue impossible par la force majeure. Ainsi spécialement pour l'entrepreneur, à charge pour lui de démontrer que l'apparition du défaut ou la manifestation de sa menace certaine résulte non pas de la manière dont il exécute ses engagements, mais bien de l'action d'un facteur antérieur normalement imprévisible, inévitable et non rendu possible par sa négligence ou encore de la nature même des travaux qu'on lui a commandés et qui sont inadéquats en fonction d'un vice de conception ou de l'intervention de facteurs imprévisibles et inévitables constitutifs d'une cause étrangère.

A ce stade, l'entrepreneur assume également la charge des risques et donc les conséquences de toutes dégradations liées à un risque de la chose. *«Si l'ouvrage déjà accompli est, avant la livraison, dégradé par une cause étrangère quelconque, en dehors d'une faute imputable au maître de l'ouvrage lui-même, l'entrepreneur est tenu de la remettre dans l'état conforme. Il est une exception pour les matériaux mis par le maître à disposition de l'entrepreneur mais elle n'est que très relative, car cet entrepreneur reste tenu de restituer ces matériaux en bon état, sauf à prouver la cause étrangère. En conséquence, dans nombre de cas, il ne sert à rien à l'entrepreneur de se refuser à remédier aux vices constatés dans la chose oeuvrée, entraînant sa responsabilité pour faute, puisqu'indépendamment de celle-ci, il est tout de même souvent tenu d'assurer la mise en ordre à ses frais en vertu de la charge des risques»* (40), ainsi que le relève Y. HANNEQUART.

(38) Ph. et M.A. FLAMME, Le contrat d'entreprise, Quinze ans de jurisprudence 1975-1990, p. 112, n° 141

(39) M.A. et Ph. FLAMME, Le droit des constructeurs 1984, p. 212, n° 299; Civil Bruxelles, 5 avril 1988, Pas. 1988, III, p. 93, R.G.D.C. 1989, p. 268

(40) Y. HANNEQUART, Réflexions générales, Actualités du droit 1992, p. 459

La théorie des risques ne fait pourtant pas disparaître l'utilité de la responsabilité, car la première vise les conséquences des causes extérieures aux opérations même de construire tandis que la seconde vise les opérations de construction elles-mêmes.

En réalité, le contrat d'entreprise met à charge de l'entrepreneur de très nombreuses obligations bien distinctes les unes des autres, les unes de résultat, les autres de moyen. Si elles sont de résultat, il ne peut prouver l'absence de faute qu'en démontrant l'intervention d'une cause étrangère. Si elles sont de moyen, il lui suffit de démontrer qu'il a pris les précautions usuelles, sauf obligation particulière de précaution. L'entrepreneur assume en définition la charge de démontrer qu'il est en droit de faire valoir sa créance à l'obtention de la réception-agrégation, sauf obligation particulière de livrer un ouvrage exempt de tout défaut de toutes espèces. Mais il est vrai qu'à ce stade est tenue la différence entre la preuve de la cause étrangère exonératoire d'une obligation de résultat et la preuve de l'absence de faute suffisante pour justifier le droit à la réception-agrégation.

Aussi, compte tenu en outre de l'interférence de la théorie des risques, il n'est pas étonnant que la jurisprudence ait exigé de l'entrepreneur la preuve de l'absence de faute et qu'elle soit tentée par un recours généralisé à ce stade au concept d'obligation de résultat, ainsi que Ph. et M.A. FLAMME l'ont constaté (41).

4.2. Après réception sans agrégation

Le régime de preuve est celui qui a été décrit ci-avant, étant entendu qu'en principe, la charge des risques a été transférée lors de la réception.

L'entrepreneur pourra dès lors contester toute responsabilité sur base de la survenance d'un risque ou de faits liés à l'occupation et à l'usage de l'ouvrage par son possesseur.

4.3. Après réception-agrégation

Les principes rappelés ci-avant quant à la charge de la preuve d'une faute et pas seulement d'un vice, avec les précisions données selon la nature du vice, qu'il soit du sol, des matériaux ou de construction proprement dite, sont d'application à ce stade.

Les interférences de la théorie des risques n'existent pas à ce stade puisque les risques sont passés à charge du maître d'ouvrage.

(41) Le contrat d'entreprise, Quinze ans de jurisprudence 1975-1990, p. 114, n° 142

Il en est de même de l'obligation de livrer la chose en état conforme pour la réception qui, par hypothèse, a été satisfaite puisque la réception-agrégation a été accordée.

4.4. Pendant la période dite «de garantie»

Il n'est pas rare que soit évoquée une obligation dite de «garantie après réception-agrégation» qui entraînerait une obligation d'intervention du constructeur pour remédier à tout dommage quelconque survenant pendant celle-ci.

Les considérations qui précèdent ont mis en exergue qu'en principe, une obligation quelconque de réparer un manquement à un vice ou à une malfaçon ne devait être supportée par un constructeur que dans la mesure où était établie à sa charge une faute.

Comment le régime de responsabilité pourrait-il dès lors être modifié pendant une période dite de garantie intervenant par hypothèse entre la réception provisoire et la réception définitive ?

Cette question rejoint en fait le problème de la détermination du sens et de la portée de l'organisation d'une réception en deux phases, une provisoire et une définitive.

Il n'est peut-être pas ici sans intérêt d'examiner ce que prévoit le cahier général des charges régissant les marchés publics, et constituant de ce fait un régime juridique applicable à un très grand nombre de marchés, directement s'ils sont des marchés publics ou indirectement pour les marchés privés en ce que nombre de ceux-ci prévoient l'application de ces dispositions :

L'article 39 est rédigé comme suit :

«L'entrepreneur est responsable de tous les ouvrages de son entreprise jusqu'à la réception définitive de l'ensemble des travaux.

Pendant le délai de garantie, l'entrepreneur effectue aux ouvrages, à mesure des besoins, tous les travaux nécessaires pour les remettre et les maintenir en bon état d'entretien ou de fonctionnement.

Toutefois, après la réception provisoire, l'entrepreneur n'a pas à répondre des dommages dont les causes ne lui sont pas imputables.

Sous réserve de ce qui est dit à l'alinéa précédent, sont à sa charge tous les travaux de réparation, de reconstruction, de dragage ou autres, nécessaires par suite de tassements, glissements, éboulements, envasements, ruptures, altérations ou dégradations quelconques;

Ainsi, après la réception provisoire qui dans la réglementation des marchés publics vaut agrégation et fait courir le délai de responsabilité décennale (42), il

(42) Actualités du droit, 1992, p. 355; Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6^e édition (à paraître), art. 39 et svts

appartient au maître d'ouvrage de rapporter la preuve d'une faute engageant la responsabilité de l'entrepreneur pour que ce dernier soit tenu d'intervenir.

Cette faute devra être rapportée pour un vice caché véniel ou pour un vice grave engageant la responsabilité décennale.

Il ne suffit donc pas au maître d'ouvrage d'invoquer l'existence d'un désordre. Il lui appartient d'établir une faute selon la charge de la preuve examinée ci-avant.

Il est renvoyé au surplus au rapport de P.A. FORIERS dans le présent ouvrage.

5. Conséquences des exigences de preuve sur les modes de preuve

Les exigences de preuve étant précisées, il convient d'examiner les modes de preuve et plus précisément l'expertise judiciaire du point de vue de son objet.

Comme le relève R. MOUGENOT (43), *«la mesure d'expertise judiciaire est une mesure d'instruction destinée à aider le juge dans l'appréciation du fait par le recours à un spécialiste : l'expert. Ce mode de preuve n'est pas mentionné dans le chapitre du Code civil consacré aux preuves. Il a sa spécificité propre et il serait tout à fait artificiel de vouloir le rattacher à l'un des cinq modes de preuve du Code civil»*.

L'expert doit éclairer le juge sur le plan scientifique et technique. Il ne lui appartient pas de dire le droit ni d'apprécier un fait par rapport à une règle de droit (44).

En conséquence, le juge ne peut confier à un expert la détermination «des droits des parties» (45) ou des «responsabilités encourues» ou encore confier à l'expert la mission de qualifier juridiquement les faits ou même simplement d'en donner une interprétation sur le plan du droit (46).

Il appartient à l'expert de livrer tous les éléments utiles à permettre la juste appréciation des questions de droit mais non de procéder lui-même à cette appréciation.

L'approche scientifique et l'approche juridique sont loin de coïncider. Le domaine de la causalité en est une illustration particulière. Chargé de relever les malfaçons ou les dégâts à une chose et d'établir les causes de l'accident ou du

(43) La preuve in Répertoire Notarial, p. 225, n° 313

(44) J. van COMPERNOLLE, La désignation, la mission et la fonction de l'expert, in L'expertise, p. 105 et svtes et spéc. p. 127, Facultés Universitaires Saint-Louis

(45) Cass., 14 septembre 1992, Bull. 1992, p. 1021 et note citée par J. van COMPERNOLLE, op. cit.

(46) J. van COMPERNOLLE, op. cit.

désordre, il appartient à l'expert d'établir un lien précis entre les malfaçons et les causes. Il ne peut présenter comme cause chaque anomalie. Il doit déterminer si le dommage aurait pu ou non survenir même en l'absence de l'une d'elles (47) :

«Accaparé par l'intérêt scientifique du cas dont il a été saisi, préoccupé de bien cerner le processus concret qu'il aurait fallu suivre pour éviter certains désordres ou établir un programme idéal d'action concernant l'opération industrielle ou le comportement en question, l'expert oublie parfois de déterminer les effets propres de chaque grief relevé par lui et s'en tient à l'établissement d'un inventaire de tout ce qui aurait dû être accompli autrement qu'on ne l'a fait».

Cela étant, à supposer qu'un tel comportement soit effectivement à l'origine du désordre, encore faut-il que le juge puisse le qualifier de fautif, qu'il soit bien informé des données de l'ensemble de l'opération industrielle car tous les risques liés à celle-ci ne sont pas forcément évitables, de sorte que telle opération peut procurer tel avantage mais aussi tel inconvénient, ce qui interdit de privilégier tel comportement a posteriori sous peine de perdre de vue ses conséquences néfastes.

«Causalité scientifique et causalité juridique sont loin de pouvoir être confondues, même si la théorie de l'équivalence des conditions est en principe acceptée pour apprécier la relation de cause à effet entre le dommage et sa faute», mais la réalité est plus complexe.

Pour retenir la cause en droit, le juge doit aussi être informé par l'expert de ce que la manifestation de tel défaut était à ce point prévisible qu'une norme de bon comportement imposait telle précaution, ou que telle modalité ou mesure de sécurité s'imposait pour neutraliser les conséquences défavorables de tel aléa pratiquement inévitable.

Par ailleurs, le juge devra être attentif au fait que toute erreur scientifique dénoncée par l'expert et constatée a posteriori au vu de ce qui s'est effectivement passé n'impose pas nécessairement la constatation d'une faute sur le plan du droit. *«La prévisibilité scientifique des risques d'un acte ne dévoile pas nécessairement le défaut de prévoyance de son auteur. Inversement, la bonne foi la plus entière et le comportement exemplaire de dévouement manifesté n'éliminent pas la possibilité juridique de la faute»* (48).

Il importe dès lors que les missions d'expertise soient strictement limitées à la recherche de tous éléments d'ordre technique à l'exclusion de tout débordement juridique.

(47) Y. HANNEQUART, L'expertise et le procès en responsabilité, in Mélanges R.O. DALCQ, p. 253

(48) Y. HANNEQUART, étude précitée, p. 257

Aussi peut-on demander à l'expert *«de réunir tous éléments utiles pour permettre au tribunal de déterminer si une faute a été commise et d'apprécier les responsabilités encourues»* ou

«de décrire les vices, malfaçons, manquements et/ou inachèvements affectant l'ouvrage compte tenu des documents d'entreprise, offres, plans, cahiers de charges et règles de l'art

de rassembler tous éléments permettant de déterminer l'imputabilité des vices, manquements et malfaçons compte tenu des missions confiées, des documents contractuels et des règles de l'art».

Le rapport d'expertise ne s'impose pas au juge.

Ainsi que l'énonce l'article 986 du Code judiciaire, «les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts si leurs convictions s'y opposent». Il s'agit là d'une marque essentielle de l'indépendance du juge à l'égard de l'expert et de sa liberté d'appréciation à l'égard du rapport d'expertise, ainsi que le relève G. CLOSSET-MARCHAL (49).

Lorsqu'il lui est impossible de contrôler l'exactitude du point de vue de l'expert, aucune responsabilité à charge des constructeurs ne peut être établie (50).

En revanche, si le juge constate que les conclusions de son expert sont fondées en l'espèce sur des publications techniques et scientifiques, il dispose des éléments nécessaires pour rejeter les conclusions unilatérales d'une des parties (51).

(49) Considérations générales sur l'expertise, in Expertise, sous la direction de J. GILLARDIN et P. JADOUL, Facultés Universitaires Saint-Louis, p. 17

(50) Comm. Bruxelles, 22e chambre, 12 septembre 1990, Entr. et Dr. 1993, p. 87

(51) Comm. Gand, 2ème chambre, 28 septembre 1992, Entr. et Dr. 1993, p. 143

Section IV

Particularités relatives à certains intervenants et aux responsabilités

1. Sous-traitance

La notion de sous-traitance a été traitée sous l'aspect des relations entrepreneur principal - sous-traitant par J.M. GERADIN in *Actualités du droit* 1991, p. 1101, sous l'aspect de la problématique de la responsabilité du commettant par P. HENRY et V. d'HUART in *Actualités du droit* 1992, p. 177 et suivantes, sous l'aspect des responsabilités respectives de l'entrepreneur principal et du sous-traitant par A. DELVAUX et F. POTTIER in *Actualités du droit* 1991, p. 1240 et suivantes et sous certains aspects particuliers dans d'autres parties de cet ouvrage relatifs à la sous-traitance dans le cadre des marchés publics ou à la responsabilité contractuelle propre au sous-traitant notamment en ce qui concerne la responsabilité décennale.

La jurisprudence récente s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence antérieure :

1.1. Autonomie du contrat de sous-traitance

- Une clause d'élection de for contenue dans le marché de sous-traitance est pour le maître de l'ouvrage une *res inter alios acta* dont il ne peut se prévaloir : *Comm. Liège*, 10 mars 1993, *Rev. Dr. Comm. b.* 1995, p. 395. Pour le surplus, voir *Actualités du droit* 1991, p. 1098 et 1992, p. 181 à 185.
- Le contrat d'entreprise principal et le contrat de sous-traitance sont des contrats distincts, même s'ils sont évidemment régis par des dispositions communes sur le plan technique. Ainsi, le sous-traitant qui a exécuté les travaux de revêtement routier ne peut en l'absence de référence expresse réclamer à l'entrepreneur principal le bénéfice des «bonifications» obtenues par celui-ci du fait des résultats satisfaisants des essais de résistance. Il en va d'autant plus ainsi que dans sa remise de prix, le sous-traitant s'est attaché à se distinguer du contrat principal en revendiquant un prix forfaitaire au demeurant supérieur à celui que l'entrepreneur principal avait remis au maître de l'ouvrage : *Liège*, 8ème chambre, 15 octobre 1986, *Entr. et Dr.* 1991, p. 403.

- L'entrepreneur général n'est pas fondé pour retenir une garantie contractuelle d'un sous-traitant à se prévaloir de la non-réception définitive de l'ensemble du marché par le maître de l'ouvrage si les raisons de la non-réception sont étrangères au sous-traitant : Mons, 17 décembre 1991, Rev. Rég. Dr. 1992, p. 49.
- La faillite du maître d'ouvrage a été considérée comme ne constituant pas un cas de force majeure ayant des effets libératoires dans les relations contractuelles entre l'entrepreneur principal et son sous-traitant : Mons, 30 octobre 1984, Entr. et Dr. 1992, p. 255 et suivantes.

1.2. Sous-traitant spécialiste

- La qualité de spécialiste renforce le devoir d'information et de mise en garde auprès du maître de l'ouvrage, en l'espèce l'entrepreneur principal. Ainsi, il doit prévenir des risques et inconvénients que les matériaux imposés par l'entrepreneur principal sont de nature à provoquer. S'il s'engage à rendre une toiture étanche, il assume une obligation de résultat dont il ne peut s'exonérer qu'en prouvant la force majeure ou la cause extérieure : Comm. Bruxelles, 23ème chambre, 26 avril 1991, Entr. et Dr. 1992, p. 157.
- En cas de conditions de travail difficiles, il ne peut se décharger de sa responsabilité en invoquant le manque de coordination de l'entreprise générale. Il se devait de refuser de continuer le travail ou réclamer les mesures adéquates à l'entrepreneur principal et à l'architecte : Bruxelles, 17 février 1989, R.G.A.R. 1991, n° 11.816.

1.3. Autres problèmes

L'entrepreneur général répond envers le maître d'ouvrage de son sous-traitant, sous réserve de son recours contre lui. Cela ne le transforme cependant pas en commettant du sous-traitant : Bruxelles, 17 février 1989, R.G.A.R. 1991, n° 11.816; Comm. Liège, 2ème chambre, 21 février 1994, J.L.M.B. 1995, p. 622.

Dans un contrat d'entreprise de sous-traitance, l'inévitable dépendance économique des travailleurs n'entraîne pas le transfert de la subordination de ces travailleurs au profit de l'utilisateur dès lors qu'il apparaît par ailleurs que l'entreprise sous-traitante a entendu conserver tout ou partie de son autorité patronale sur ces travailleurs : Bruxelles, 11ème chambre, 7 septembre 1994, Rev. Dr. Pén. 1995, p. 91.

Dans un contrat en régie, le sous-traitant se met à la disposition de l'entrepreneur principal :

- s'il s'agit d'un contrat de sous-traitance, le sous-traitant conserve son indépendance et notamment garde le pouvoir de donner à son personnel les instructions et de le diriger, même si l'entrepreneur principal ne se limite

pas à une définition du résultat à obtenir mais intervient de manière directive pour préciser la technique à utiliser et le mode opératoire,

- il y a mise à disposition du personnel lorsque l'entrepreneur principal dirige lui-même les ouvriers mis à disposition et surveille la bonne exécution de ses ordres. En pareil cas, les ouvriers deviennent ses préposés momentanés : Comm. Charleroi, 1ère chambre, 24 juin 1992, J.L.M.B. 1992, p. 1281 et obs. B. LOUVEAUX, «Entreprise en régie et mise à disposition du personnel».

2. Matériaux

La problématique du choix et de l'emploi des matériaux dans l'oeuvre de construction met en scène tous les intervenants, y compris le fabricant de ces matériaux. J. WILLEMS avait fait le point lors du précédent recyclage sur la question des responsabilités ("Les responsabilités et les moyens de pression", Act. du Droit, 1991, p. 1170 et ss.). Dans cette section consacrée particulièrement aux matériaux, ne seront brièvement mentionnés ici que l'architecte et le fabricant.

- L'architecte

En ce qui concerne le choix d'un matériau, le principe est qu'il appartient à l'architecte d'assumer la responsabilité dans cette matière.

Un jugement du tribunal de commerce d'Anvers du 10 avril 1991 («Entr. et Dr.» 1995, p. 169) le rappelle. Il s'agit d'une hypothèse où l'architecte avait autorisé l'emploi du produit dont il ne connaissait pas suffisamment les caractéristiques.

En vertu du principe précité, la responsabilité de l'architecte est engagée à l'exclusion de celle de l'entrepreneur.

En effet, le manque de connaissance du matériau ne peut avoir pour effet d'exonérer l'architecte de sa responsabilité.

En l'espèce, il découlait du rapport d'expertise judiciaire que la faute consistant dans l'usage de ce matériau n'avait pas été à ce point évidente que l'entrepreneur eût dû en refuser l'exécution ou faire préalablement des réserves à ce sujet.

Il a été décidé par la cour d'appel de Bruxelles (7ème chambre, 4 janvier 1991, RGAR 1993, 12097) que la faute d'un fournisseur de poutres n'exonère pas l'architecte de sa propre faute.

En sa qualité d'homme de l'art, l'architecte doit en acceptant les poutres litigieuses, s'enquérir de leur degré d'humidité et attirer l'attention tant du four-

nisseur que du maître de l'ouvrage sur les caractéristiques spécifiques des matériaux avant leur mise en place.

- *Le fabricant*

En ce qui concerne la responsabilité du fabricant des matériaux, cette responsabilité est celle généralement mise à charge d'un vendeur professionnel.

J.P.VERGAUWE a récemment fait le point de façon exhaustive sur la responsabilité du fabricant en matière de construction en parallèle avec celle de l'architecte dans son article « La responsabilité du fabricant de matériaux en matière de constructions immobilières » in R.J.I., 1994, n° 2, p.7 et suivantes).

Quant aux principes soutenant la matière, il est renvoyé à cet article.

Mentionnons simplement que J.P.VERGAUWE rappelle entre autres l'incidence de plus en plus croissante de l'apparition dans les méthodes de construction de procédés de préfabrication.

Ce phénomène est de nature à accroître la responsabilité du fabricant en cas de vices dans des éléments préfabriqués apportés tels quels par le fournisseur sur le chantier.

En outre la technicité croissante de certains matériaux de construction est également de nature accroître dans le chef du fabricant le devoir de conseil qui pèse sur tout professionnel quel qu'il soit.

C'est ainsi que la cour d'appel de Liège, 9ème ch., dans un arrêt du 26 février 1993, J.L.M.B. 1993, p. 1303, a décidé que l'entrepreneur qui s'est soumis aux principes de pose de la firme fournissant le matériau et qui a réalisé son travail conformément aux règles de son art n'a commis aucune faute et que seule la responsabilité du fabricant est engagée.

Un jugement du tribunal civil de Liège, 5ème ch., du 19 septembre 1991 (J.L.M.B. 1992, p.387) illustre l'incidence que peut avoir la documentation publicitaire publiée par le fabricant de matériaux sur la responsabilité de ce dernier.

En l'espèce il était admis que les désordres affectant des châssis étaient imputables à leur mise en oeuvre.

Néanmoins la responsabilité du fabricant est retenue au motif que la brochure publicitaire diffusée par le fabricant mentionnait la particulière qualité des produits et mentionnait également que leur pose a lieu conformément aux prescriptions du fabricant.

Ce dernier élément était à recouper en l'espèce avec le fait que l'entrepreneur ayant posé les châssis disposait en l'espèce d'une licence régionale pour le produit en question.

Le tribunal a considéré, dans ces conditions qu'il existait un mandat apparent dans le chef de l'entrepreneur licencié régional permettant d'engager directement la responsabilité du fabricant, même dans l'hypothèse d'une erreur imputable à cet entrepreneur.

3. Bureaux de contrôle technique

3.1. Mission

L'intervention des bureaux de contrôle technique est bien connue des praticiens de la construction.

Comme leur dénomination l'indique, il s'agit de bureaux composés de spécialistes dont le rôle essentiel est de contrôler le travail des divers intervenants à la conception et à la réalisation de l'ouvrage en vue de prévenir les risques de dommages.

Cette mission se concrétise par :

- L'examen des résultats des essais de sol comme des prescriptions techniques des cahiers des charges.
- Le contrôle de l'étude de l'ouvrage, comme de l'exécution des travaux.
- La vérification de la qualité des matériaux.
- La participation à la réception provisoire.

(Voy. Maurice-André FLAMME et Philippe FLAMME «Le droit des constructeurs» p. 275 et 276).

Il s'agit de sociétés privées. Les polices d'assurances - responsabilité décennale contractées par les entrepreneurs exigent, de façon quasi générale, comme condition de la couverture d'assurance, que l'entrepreneur confie une telle mission de contrôle technique à un bureau.

Dans d'autres cas, le maître de l'ouvrage conclura lui-même la convention de contrôle technique.

La mission des bureaux de contrôle technique se situe donc dans un cadre contractuel.

La responsabilité contractuelle d'un bureau de contrôle technique est donc susceptible d'être engagée vis-à-vis du maître de l'ouvrage ou de l'entrepreneur selon les cas.

L'étendue de la responsabilité contractuelle du bureau de contrôle est bien sûr limitée par l'objet même de la mission tel qu'il a été rattaché ci-dessus.

Maurice-André et Philippe FLAMME («Le droit des constructeurs», p. 276) soulignent le caractère bien spécifique de l'activité de contrôle technique: celle-ci ne comporte ni l'établissement de projet ni la participation à la direction des travaux.

Les concepteurs et exécutants gardent la responsabilité pleine et entière de leur activité professionnelle propre.

3.2. Responsabilité en «second rang»

- Ces deux auteurs citent un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 8 juin 1977 (R.G.A.R. 1979, n° 9972 et 9978) qui décide que le bureau de contrôle SECO, chargé par le maître d'ouvrage de la mission la plus générale de contrôle de la conception et de l'exécution, entre dans la catégorie des personnes tenues à son égard de la responsabilité décennale.

M.A. et Ph. FLAMME qualifient cependant cette responsabilité de subsidiaire, de «second rang» par rapport à celle des concepteurs et constructeurs.

Outre la responsabilité contractuelle vis-à-vis du maître d'ouvrage ou, le cas échéant, de l'entrepreneur, la jurisprudence met à charge du bureau de contrôle une responsabilité quasi délictuelle vis-à-vis des tiers.

Dans l'hypothèse où la convention de contrôle est conclue avec le maître d'ouvrage, l'entrepreneur ou l'architecte sont des tiers vis-à-vis desquels le bureau de contrôle est tenu d'une obligation générale de prudence.

- Un arrêt de la cour d'appel de Liège, 7ème chambre, du 14 juin 1984, paru récemment dans «Entreprise et Droit» 1993, p. 249 et commenté par Philippe FLAMME, nous en donne un exemple.

Dans cette affaire, l'entrepreneur avait essuyé un refus de réception provisoire de la part du maître d'ouvrage. Ce refus était motivé par un refus de la part du bureau de contrôle A.I.B. qui avait été reconnu abusif par un collège d'experts judiciaires.

L'entrepreneur avait agi contre le maître d'ouvrage sur base contractuelle pour obtenir la réception provisoire et le paiement des sommes bloquées.

L'entrepreneur avait également agi contre le bureau de contrôle sur base extracontractuelle pour obtenir paiement d'une somme provisionnelle en attendant le déblocage des montants par le maître de l'ouvrage. Cette demande a été admise par la cour d'appel de Liège.

Philippe FLAMME s'étonne de ce que la cour ait exonéré le maître d'ouvrage aux motifs que celui-ci a agi sur les conseils de son bureau de contrôle et qu'en outre, s'agissant en l'espèce de travaux à une canalisation de gaz, le maître d'ouvrage, Intercommunale, avait une obligation réglementaire de faire appel à un bureau de contrôle agréé.

Il fait valoir que cette obligation réglementaire n'exclut absolument pas le fait qu'un contrat existe bien entre le maître d'ouvrage et le bureau de contrôle et que ce dernier intervient dès lors comme «locator operis» du maître de l'ouvrage.

Dès lors, selon lui, le maître de l'ouvrage devait répondre vis-à-vis de l'entrepreneur des fautes éventuelles constatées à charge de l'organisme de contrôle.

- Une autre obligation mise à charge du bureau de contrôle par la jurisprudence est l'obligation de s'immiscer dans les rôles respectifs qui appartiennent aux participants à l'oeuvre de conception et de construction.

La cour d'appel de Bruxelles a tranché dans un arrêt du 29 mai 1991 (Entreprise et droit 1994, p. 231, note A. CAEYMAEX) une espèce où un bureau de contrôle avait empiété sur les prérogatives mises contractuellement dans le chef d'un ingénieur de stabilité et en conseillant à l'entrepreneur de procéder à l'opération de décoffrage d'une poutre en béton, alors que cette dernière n'était pas encore prête à être décoffrée, ce qui provoqua l'effondrement de la toiture en cours d'exécution des travaux.

Les actions incidentes et reconventionnelles des diverses parties présentes à la cause semblent avoir été nombreuses et les extraits publiés de l'arrêt ne permettent pas d'en mesurer toute la portée.

Toujours est-il que la cour réforme le jugement frappé d'appel en ce que ce dernier mettait à charge du bureau de contrôle une responsabilité extracontractuelle vis-à-vis du maître de l'ouvrage.

La cour considère qu'en s'immisçant dans les prérogatives d'un autre intervenant à l'oeuvre de construction, le bureau de contrôle a contrevenu à son obligation contractuelle de se limiter à la seule mission de contrôle qui lui est impartie.

De ce fait, la responsabilité contractuelle du bureau de contrôle est pleinement engagée vis-à-vis du maître de l'ouvrage du fait d'avoir donné un conseil peu judicieux à l'entrepreneur.

Il est important de noter qu'en l'espèce, ce conseil avait été demandé au bureau de contrôle par l'ingénieur de stabilité lui-même du fait que seul le bureau de contrôle disposait d'un appareil de mesurage perfectionné.

On constate donc qu'en l'espèce, la cour d'appel de Bruxelles n'attribue pas au bureau de contrôle une responsabilité de «second rang» par rapport à celle des autres intervenants, comme le souligne A. CAEYMAEX dans sa note sous l'arrêt.

Cet arrêt présente également un intérêt en ce qu'il condamne solidairement le bureau de contrôle et le maître de l'ouvrage vis-à-vis de l'architecte (à la lecture des extraits publiés de l'arrêt, il est difficile de savoir quel était l'objet de l'action de l'architecte contre son maître d'ouvrage et contre le bureau d'études).

La responsabilité du bureau de contrôle vis-à-vis de l'architecte est reconnue sur base des articles 1382-1383 du Code civil, considérant que le manquement à son obligation contractuelle de ne pas s'immiscer dans les prérogatives des autres intervenants constitue également un manquement au devoir général de prudence mis à charge du bureau de contrôle.

On notera que la cour d'appel de Bruxelles reconnaît la responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage vis-à-vis de l'architecte du fait du manquement de son «locator operis», contrairement à ce qu'avait décidé antérieurement la cour d'appel de Liège dans l'arrêt précité.

4. Promotion

La promotion a été analysée de manière approfondie au cours du recyclage de 1992

- par Madame VANWIJCK-ALEXANDRE quant à la position de l'architecte face au phénomène de la promotion :Actualités du droit 1991, p. 926 et suivantes,
- par A. DELVAUX et P. HENRY en ce qui concerne quelques particularités : obligation de résultat, responsabilité du promoteur pour le fait de l'architecte et de l'entrepreneur, absence de responsabilité décennale du promoteur vendeur et les droits de l'acquéreur contre l'architecte et l'entrepreneur, la responsabilité pour les fautes commises par les intervenants dans la construction et les modifications de responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur qui traitent avec un promoteur :Actualités du droit 1991, p. 1243 et suivantes
- et par Y. HANNEQUART pour ce qui concerne l'existence d'un contrat sui generis, La fluidité de la notion de promotion, la promotion en dehors du contrat de vente et du contrat d'entreprise, en dehors de la loi Breyne et organisation particulière de l'intervention de l'architecte dans le cas du promoteur :Actualités du droit 1992, p. 460 et suivantes.

Il y est expressément renvoyé.

Les observations qui suivent ont pour seul objet d'indiquer les apports de la jurisprudence récente et de rappeler la portée de l'obligation de résultat propre au contrat de promotion.

4.1. Jurisprudence

1. A été considéré comme contrat de promotion, l'engagement du constructeur de livrer une maison terminée clé sur porte, d'après les plans préétablis par son architecte et acceptés tels quels par son client.

Dans cette hypothèse, le constructeur s'est engagé à livrer un immeuble exempt de vices et malfaçons fussent-ils mineurs et a dès lors assumé une obligation de résultat.

Etant le maître d'ouvrage de l'immeuble qu'il doit livrer clé sur porte à ses cocontractants, il doit s'adjoindre le concours d'un architecte : Bruxelles, 2ème chambre, 26 octobre 1990, J.L.M.B. 1992, p. 364 et observations P.H.

Est un contrat de promotion selon la cour d'appel de Mons dans son arrêt du 27 juin 1991, J.L.M.B. 1992, p. 758 et note B. LOUVEAUX, «Contrat d'entreprise et nullités» :

le contrat par lequel le promoteur prend contractuellement l'initiative et le souci principal de l'édification d'une construction, se charge de l'organisation technique et juridique et, par son offre de service global de construction, dispense le futur utilisateur de l'immeuble à construire de nouer des relations avec l'architecte et les entrepreneurs et d'assumer les charges inhérentes à la construction.

2. Le contrat passé entre l'architecte du promoteur et les clients de ce dernier peut s'avérer sans objet dans la mesure où les principales missions ont déjà été exécutées pour compte du promoteur.

Il est en toute hypothèse nul pour contravention à l'article 6 de la loi du 20 février 1939.

Cette violation a été sanctionnée par la nullité absolue du contrat laquelle entraîne restitutions réciproques par équivalent :

Bruxelles, 2ème chambre, 26 octobre 1990, précité.

Mons, 7ème chambre, 25 juin 1991, précité : dans ce cas, l'architecte a été condamné à restituer au maître de l'ouvrage les honoraires perçus directement de l'entrepreneur à l'occasion du chantier.

3. Le promoteur vendeur assume une obligation de résultat à l'égard des acheteurs : voir Actualités du droit 1991, p. 1244.

Il doit livrer une chose exempte de vice caché.

Il n'assume cependant pas la responsabilité décennale qui est liée à la conception et à l'exécution de l'immeuble lorsqu'il s'est engagé à livrer aux acquéreurs l'immeuble après son achèvement sans exécuter personnellement aucune prestation matérielle en vue de la construction :

Bruxelles, 2ème chambre, 8 avril 1992, Entr. et Dr. 1994, p. 54.

Dans le même sens, dans le cadre d'une promotion vente :

Bruxelles, 2ème chambre, 14 janvier 1993, Entr. et Dr. 1993, p. 136

4. Le client du promoteur en sa qualité d'ayant droit de celui-ci peut exercer l'action de celui-ci contre l'architecte ou l'entrepreneur cocontractant du promoteur, comme indiqué ci-avant.

Bruxelles, 2ème chambre, 26 octobre 1990, J.L.M.B. 1992, p. 364 et observations P.H.

Dans le même sens, pour un cas de promotion vente :

Bruxelles, 2ème chambre, 8 avril 1992, Entr. et Dr. 1994, p. 54.

Voir également Actualités du droit 1991, p. 1246 et la doctrine citée.

Pour le surplus, il est renvoyé au chapitre relatif à la transmissibilité des actions.

Pareille action ne peut être fondée sur base de l'article 1382 du Code civil qu'à la double condition qu'il y ait manquement à l'obligation générale de prudence et que ce manquement ait causé un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat de promotion :

Mons, 1ère chambre, 11 février 1992, J.L.M.B. 1994, p. 542.

5. Lorsque l'entrepreneur promoteur demande à l'architecte de dresser des plans afin que les maîtres de l'ouvrage puissent introduire un permis de bâtir, il réalise une stipulation pour autrui qui est contraire à l'ordre public.

La convention par laquelle l'entrepreneur se charge de choisir un architecte ayant pour seule mission de tracer des plans est contraire à l'ordre public et doit être annulée d'office : il y a lieu de procéder à la restitution des prestations réciproques déjà exécutées :

Civil Nivelles, 9ème chambre, 18 juillet 1994, J.L.M.B. 1995, p. 1341.

Pour distinguer entre promotion et contrat d'entreprise, en dehors de l'hypothèse particulière de la promotion-vente, il est devenu constant de faire valoir que le promoteur assume une obligation de résultat (1).

Il échet de préciser ce qu'il en est dès lors que le contrat d'entreprise est lui-même parfois présenté comme entraînant une obligation de résultat ayant pour objet l'ouvrage achevé et correct.

En fait, l'obligation de résultat requise par la promotion engage à plus encore que l'obligation globale de résultat discutée dans le cadre du contrat d'entreprise.

Dans le contrat d'entreprise, il s'agirait d'une obligation de livrer au terme des travaux un immeuble achevé dans un état conforme aux stipulations contractuelles et aux normes de la construction correcte. En présence d'un manque objectif par rapport aux exigences qui caractérisent l'objet de cette obligation, l'entrepreneur ne pourrait échapper à la condamnation qu'en établissant la cause étrangère, tels le vice de conception et la faute de l'architecte.

(1) P. RIGAUX, Le droit de l'architecte (1993), p. 63

En outre, une fois le bien agréé, une telle obligation de résultat s'éteint et fait place à la responsabilité pour vices cachés légers ou à la responsabilité décennale. Il est démontré par ailleurs que ces deux responsabilités exigent la preuve d'une faute.

Dans le contrat de promotion, l'obligation de résultat du promoteur non vendeur a certes pour objet la livraison d'un immeuble achevé dans l'état de conformité aux engagements contractuels et aux normes de la construction correcte, mais elle a en plus pour objet l'absence de survenance de désordres de l'immeuble livré postérieurement à la réception.

Aussi, chaque fois que l'immeuble manifeste, après livraison, un véritable désordre, c'est-à-dire un phénomène de dégradation qui n'apparaît pas comme la manifestation normale du vieillissement ni comme une atteinte à l'intégralité de l'immeuble normalement consécutive à une action dommageable extérieure (par exemple : les traces du heurt de l'immeuble par un véhicule), le promoteur non vendeur est présumé en faute. Il est donc, selon les cas, redevable au titre de la responsabilité décennale ou de la responsabilité pour vice caché léger, ce dans les limites de temps propres à ses responsabilités. Pour renverser la présomption, il doit prouver la cause étrangère.

En outre, ayant pris en charge initialement l'obligation de fournir une conception correcte de l'immeuble par l'intervention d'un architecte avec lequel il contracte, ce promoteur ne peut invoquer le vice de conception et la faute de l'architecte comme une cause étrangère propre à l'exonérer de sa responsabilité personnelle.

5. Responsabilité extracontractuelle

Le point sur l'état actuel du droit de la responsabilité aquilienne a fait l'objet du séminaire du 13 septembre 1996 et du volume X «Droit de la responsabilité» de la formation permanente CUP. Il y est renvoyé en particulier aux rapports de :

- P.WERY, Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne, p. 5 et svtes
- P. HENRY, Responsabilité du commettant, p. 201 et svtes
- B. DUBUISSON, Responsabilité du fait des choses, p. 273 et svtes.

En application au cas spécifique du droit de la construction, on relèvera dans la jurisprudence les décisions suivantes :

- La responsabilité extracontractuelle de l'entrepreneur n'est engagée que si la faute comporte la violation d'une obligation générale de vigilance et si le dommage est autre que celui qui découle d'une mauvaise prestation con-

tractuelle. Lorsque l'entrepreneur de travaux de décoration qui s'est contractuellement obligé à placer un tapis fixé perfore lors de l'exécution du travail une canalisation d'eau pour ne pas avoir tenu compte de ce que des conduites pourraient se trouver sous le plancher, il engage sa responsabilité contractuelle exclusivement : Anvers, 13ème chambre, 13 avril 1994, R.W. 1995-1996, p. 397.

- L'article 4, al. 1er, de la loi du 20 février 1939 imposant le concours d'un architecte pour l'établissement des plans et le contrôle de l'exécution des travaux soumis à demande préalable d'autorisation de bâtir ne règle pas en soi la responsabilité extracontractuelle de l'architecte : Cass., 1ère chambre, 30 juin 1995, R.W. 1995-1996, p. 601.
- La violation de l'obligation d'information, de conseil et de mise en garde à charge d'un spécialiste sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal ne constitue pas ipso facto une violation de l'obligation générale de prudence dont peuvent se prévaloir les acquéreurs du bien : Cass., 26 mars 1992, J.L.M.B. 1994, p. 38 et note D. PHILIPPE, Le devoir de conseil et les responsabilités quasi délictuelles, p. 39 et 40.
- Seule est engagée la responsabilité extracontractuelle de l'entrepreneur qui a causé des dommages à un voisin pour avoir abusé de la faculté qui lui a été offerte d'occuper le fonds voisin et à l'exclusion de toute action du voisin sur base de l'article 544 du Code civil, dès lors que le dommage n'est en aucune manière la conséquence nécessaire des travaux entrepris : Bruxelles, 2ème chambre, 7 décembre 1993, J.L.M.B. 1994, p. 1291.

Pour ce qui concerne les troubles de voisinage, il est renvoyé à la contribution de J. HANSENNE, Actualités du droit 1992, p. 123 et svtes et aux observations de Y. HANNEQUART, p. 471 et svtes.

- La culpa in contrahendo ne peut être invoquée que par ceux qui en contractant ont pris des précautions normales usuelles. Ainsi les acheteurs qui ont acquis un bien qui se révèle inhabitable sans qu'il y ait faute des vendeurs ne peuvent se prévaloir ni de l'éventuelle faute imputable à l'organisme de crédit qui a fait sienne une évaluation surfaite du bien ni de celle de l'architecte qui a procédé à cette évaluation dès lors qu'elles ne sont pas à l'origine de leur dommage : Mons, 26 septembre 1994, Rev. Not. 1995, p. 246.

6. Obligation in solidum

Patrick HENRY et Frédéric POTTIER ont fait de façon exhaustive le point sur la théorie de la responsabilité in solidum dans leur contribution au précédent recyclage de la CUP sur le droit de la construction, Actualités du Droit 1991, p. 1207 et suivantes.

Ils ont souligné l'application fréquente en matière de construction de cette théorie.

La définition de la responsabilité in solidum est connue. Rappelons simplement que cette création jurisprudentielle a principalement pour objet de créer une forme de responsabilité à laquelle s'appliqueraient les effets essentiels de la solidarité lorsqu'un dommage unique n'a pu se produire tel quel que par suite de la commission de plusieurs fautes par deux ou plusieurs personnes quelle que soit la nature des fautes et l'origine de la responsabilité.

La responsabilité in solidum trouve également à s'appliquer en cas de responsabilité objective ou sans faute.

C'est principalement l'interdépendance des rôles respectifs de l'entrepreneur et de l'architecte qui est à la source de cette abondance de décisions condamnant les parties in solidum en matière de construction.

En effet, on a vu que l'architecte a l'obligation d'assurer le contrôle de l'exécution des travaux.

On a vu également qu'il entre dans le devoir de conseil de l'entrepreneur de contrôler et de signaler notamment d'éventuelles erreurs de la part de l'architecte.

Il est donc possible, dans de nombreux cas mettant en présence un maître d'ouvrage face à l'architecte et à l'entrepreneur, de considérer que tel dommage n'est survenu tel quel, que par la conjonction des fautes de l'architecte et de l'entrepreneur.

C'est la ligne qu'ont suivie plusieurs décisions récentes (voy. Cass., 1ère ch., 02.10.1992, *Limb. rechtsl.* 1993, p.1; Bruxelles, 12.04.1994, *R.J.I.*, 1995, 25; Liège, 3ème ch., 14.01.1992, *J.L.M.B.* 1993, p.544).

Ces deux dernières décisions citées rappellent en outre qu'une condamnation in solidum se fonde sur le lien de causalité entre d'une part le dommage, et d'autre part, la **conjonction** elle-même entre les fautes respectives de l'entrepreneur et de l'architecte. Une éventuelle ventilation de l'étendue des responsabilités de l'architecte et de l'entrepreneur ne joue que dans le cadre d'une action récursoire des débiteurs entre eux.

Patrick HENRY et Frédéric POTTIER mettaient en garde contre la tendance d'une jurisprudence (minoritaire) refusant l'application de la responsabilité in solidum entre l'entrepreneur et l'architecte au motif qu'il est possible de fixer la part de responsabilité, soit, à l'inverse, retenant la responsabilité in solidum systématiquement, sans examiner si la relation causale mentionnée ci-dessus est présente ou non.

Il semble que l'ensemble des décisions recensées ces cinq dernières années font pour leur part une application rigoureuse de la théorie de l'in solidum.

Outre les cas de condamnations in solidum de l'entrepreneur et l'architecte, il existe des décisions récentes condamnant in solidum :

- **L'ingénieur chargé de l'étude de stabilité** (Bruxelles, 7ème ch., 19.04.1991, Entr. et Dr., 1991, p.350) :

Le cas d'espèce concerne un recours du maître d'ouvrage, contre l'entrepreneur, l'architecte et l'ingénieur, suite à un trouble de voisinage, dont le maître d'ouvrage a dû indemniser un tiers.

La cour de Bruxelles a constaté que l'ingénieur avait commis des erreurs de conception mais que l'entrepreneur pour sa part avait omis d'exécuter un poste prévu par l'ingénieur qui aurait permis d'atténuer les dommages dus aux erreurs de conception, mais sans l'éliminer totalement.

La cour considère donc que la conjonction de ces deux fautes est à l'origine du dommage tel qu'il a été subi.

La cour retient aussi la responsabilité in solidum de l'architecte auquel le maître d'ouvrage avait fait appel, du fait de sa passivité devant les erreurs de conception de l'ingénieur et les erreurs d'exécution de l'entrepreneur qu'il se devait de déceler et auxquelles il se devait de remédier dans le cadre de son devoir légal de conseil et de coordination.

- **L'architecte d'intérieur** (Commerce Charleroi, 15.02.1994, J.L.M.B. 1994,p.1301)

Le tribunal de commerce de Charleroi a eu à trancher une espèce où un maître d'ouvrage avait fait appel à un architecte d'intérieur pour aménager un bureau.

L'architecte d'intérieur avait lui même commandé les travaux à un carreleur. Les matériaux demandés par le maître d'ouvrage lui-même étaient inadéquats.

La responsabilité de l'architecte d'intérieur et de l'entrepreneur est retenue in solidum au motif que chacun devait refuser d'exécuter ou devait à tout le moins y émettre des réserves. Le tribunal motive la condamnation in solidum en l'espèce du fait que les intervenants à la construction se sont vu reprocher la même faute.

Cette motivation appelle l'observation suivante : il ressort des données de fait telles que relatées par le jugement que l'architecte d'intérieur était intervenu en qualité d'entrepreneur principal (un architecte d'intérieur n'exerce en effet pas une profession libérale assimilée au titre d'architecte; il n'existe donc pas d'incompatibilité telle que celle entre architecte et entrepreneur) et le carreleur en qualité de sous-traitant de ce dernier. La commande passée entre le maître d'ouvrage et l'architecte d'intérieur por-

tait sur «la fourniture et la pose d'un dallage». Le tribunal ne motive pas l'application d'une condamnation *in solidum* sur base d'une quelconque conjonction entre une faute de conception et une faute d'exécution (ou un manque de contrôle mutuel), mais sur le caractère identique des fautes commises tant par l'architecte d'intérieur que par le carreleur.

Il eut en effet suffi qu'un seul des intervenants émette des réserves ou refuse l'exécution pour que le dommage tel quel ne soit pas advenu. Dès lors, la faute de chacun a contribué au dommage dans son ensemble et la théorie de l'*in solidum* trouve à s'appliquer.

En outre, étant donné qu'il n'existait semble-t-il aucun lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le carreleur, le tribunal de commerce de Charleroi, bien que ce point ne soit pas développé au jugement, n'a pu condamner le carreleur envers le maître d'ouvrage qu'en reconnaissant à ce dernier une possibilité d'agir directement contre le sous-traitant en même temps que contre l'entrepreneur principal, prenant ainsi parti dans la controverse qui oppose doctrine et jurisprudence à ce sujet en allant dans le sens de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 25 juin 1992 (v. le titre consacré à la transmissibilité des actions en responsabilité contractuelles).

Cette décision du tribunal de commerce de Charleroi est à comparer avec un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 22 septembre 1994, A.J.T. 1994-95, 189. Il était également question d'un entrepreneur principal et d'un sous-traitant, le premier ayant réalisé la construction d'un toit et livré le roofing, tandis que le sous-traitant avait réalisé les travaux de couverture de la toiture. Il semble qu'une certaine conjonction des fautes des deux intervenants ait été à l'origine du dommage subi par le maître d'ouvrage. Cependant, ce dernier n'ayant agi que contre le seul entrepreneur principal, seul ce dernier se voit condamner pour le tout envers le maître d'ouvrage, le sous-traitant n'intervenant que pour garantir l'entrepreneur principal.

Pour le surplus, le lecteur est renvoyé aux développements relatifs à la preuve de la relation causale entre la faute et le dommage dans la section relative à la preuve.

Section V

Sanctions à l'encontre du cocontractant défaillant

Les moyens de pression et sanctions contre le cocontractant défaillant ont été examinés par J. WILLEMS dans l'ouvrage collectif *Droit de la construction in Actualités du droit 1991*, p. 1196 et suivantes, ainsi que par P. HENRY et F. POTTIER, p. 1227 et suivantes.

Il y est expressément renvoyé.

1. Primauté de l'exécution en nature

La primauté de l'exécution en nature est le principe (1).

La jurisprudence en fait une application précise :

- L'inexécution d'une obligation ouvre en premier lieu un droit à l'exécution forcée plutôt qu'un droit à dommages et intérêts et dans l'exécution forcée, un droit à exécution directe laquelle est le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de ne pas faire. L'exécution par équivalent ne s'impose que subsidiairement notamment dans le cas où l'exécution directe n'est pas ou n'est plus possible : *Civil Neuchâteau, 26 octobre 1994, Rev. Rég. Dr. 1995, p. 56 et note P.WERY.*
- Toutefois, si la réparation en nature est la règle, encore faut-il qu'elle reste dans les limites raisonnables pour le débiteur sous peine d'abus de droit : ainsi, il a été considéré que seule une moins-value devait être retenue à l'exclusion d'une exécution de réparation en nature à propos de travaux de réalisation d'un chemin d'accès à un garage suite à un problème très limité de stagnation d'eau sur quelques millimètres. Une réfection intégrale du revêtement a été considérée comme tout à fait disproportionnée par rapport aux inconvénients mineurs constatés : *Civil Bruxelles, 26 juin 1989, R.J.I. 1991, p. 115.*

(1) P. HENRY et F. POTTIER, *Actualités du droit 1991*, p. 1227; *Répertoire Notarial*, tome IX, livre VIII, p. 163, n° 194 et svts

- L'exécution en nature ne peut évidemment être exigée que pour autant qu'elle soit concrètement possible : Civil Turnhout, 21 janvier 1988, Turnh. Rechtsl. 1992, p. 115.
- Le débiteur n'a pas le choix et doit en principe assumer l'exécution en nature sans que les créanciers commettent en principe un abus de droit : Comm. Hasselt, 24 mars 1994, Limb. Rechtsl. 1994, p. 39.

2. Exécution de bonne foi

- Le principe d'exécution de bonne foi a été jugé comme imposant de mener à terme l'exécution du contrat entrepris. Il n'a pas été admis que le sous-traitant invoque après sept mois d'exécution l'absence d'accord sur certaines modalités accessoires du contrat dès lors qu'il n'était pas démontré que ces modalités aient eu une importance particulière pour l'exécution des travaux : Comm. Namur, 1er avril 1993, Entr. et Dr. 1995, p. 152.
- En vertu du principe d'exécution de bonne foi, il a été jugé que la solidarité défend à chaque partie de se désintéresser de l'autre et lui impose une collaboration loyale. Il a été considéré que cette solidarité entre entrepreneur général et sous-traitant imposait que le créancier de l'obligation s'abstienne de toute action ou omission susceptible de rendre plus lourde ou plus onéreuse la situation du débiteur. Un entrepreneur général n'est dès lors pas fondé pour retenir une garantie contractuelle d'un sous-traitant à se prévaloir de la non-réception définitive de l'ensemble du marché par le maître de l'ouvrage si les raisons de la non-réception sont étrangères au sous-traitant : Mons, 17 décembre 1991, Rev. Rég. Dr. 1992, p. 49.
- Une exigence technique qui trouve sa justification tant dans le devoir de conseil que dans le devoir de bonne exécution qui s'impose à l'entrepreneur professionnel ne peut être amoindrie par le prix, fût-il au rabais, de l'entreprise, ni par les directives ou l'accord tacite du maître d'ouvrage profane : Liège, 25 septembre 1990, R.G.A.R. 1992, n° 11.994.

3. Exception d'inexécution

Conformément à une jurisprudence bien établie, la déclaration de fait d'une des parties à un contrat synallagmatique tel un contrat d'entreprise a été considérée comme ne mettant pas fin à l'interdépendance des obligations réciproques trouvant leur cause dans ce contrat : Liège, 7ème chambre, 30 mai 1991, Pas. 1991, II, 170.

La faillite du maître d'ouvrage a dans un cas d'espèce été considérée comme ne constituant pas un cas de force majeure ayant un effet libératoire dans les relations contractuelles entre l'entrepreneur principal et son sous-traitant : Mons, 30 octobre 1984, Entr. et Dr. 1992, p. 255.

L'exception d'inexécution peut être invoquée par l'entrepreneur lorsque le maître d'ouvrage prétend suspendre les paiements alors que la valeur des travaux exécutés dépasse la tranche de paiement réclamée par lui : Bruxelles, 2 juin 1993, R.J.I. 1994, p. 25.

4. Faculté de remplacement

La faculté de remplacement a été traitée par J.WILLEMS, in *Actualités du droit* 1991, p. 1199 et suivantes.

B. LOUVEAUX a fait le point sur la jurisprudence récente dans sa note d'observation suivant le jugement du 15 décembre 1993 du tribunal de commerce de Charleroi (2) :

4.1. Conditions de mise en oeuvre

Si l'autorisation du juge est en principe requise avant toute intervention du créancier, la jurisprudence, pour des raisons de rapidité et d'efficacité, a admis dans certains cas exceptionnels, la dispense du recours préalable à justice, ce aux risques et périls du maître de l'ouvrage (ou de l'entrepreneur principal) en cas de désaveu ultérieur (3).

Les conditions d'exercice de la faculté de remplacement retenues par le tribunal de commerce de Charleroi sont celles qui ont été synthétisées par M.A. et Ph. FLAMME (4) :

a) deux conditions de fond :

- un manquement grave ou une défaillance flagrante ou avouée :

Si le manquement doit être établi, l'inexécution ne doit pas nécessairement être consommée, ainsi que le conçoit B. LOUVEAUX par référence à M.VANWIJCK-ALEXANDRE (5),

- l'urgence d'une solution rapide :

P.WERY (6) constate que P.VAN OMMESLAGHE, dans son examen de jurisprudence sur les obligations (7) et SIMONT et DE GAVRE dans l'examen de

(2) J.L.M.B. 1995, p. 306

(3) voir les références citées in jugement précité, J.L.M.B. 1995, p. 308 et par B. LOUVEAUX, in J.L.M.B. 1995, p. 310

(4) *Le droit des constructeurs*, 1984, n° 405 et svts

(5) *Aspects nouveaux de la protection du créancier interne : les droits belge et français face à l'anticipatory breach de la common law*, Liège, 1982, n° 238; M.A. et Ph. FLAMME, *Le droit des constructeurs*, 1984, n° 406

(6) *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, p. 304, n° 222

(7) R.C.J.B. 1986, p. 208

jurisprudence de 1977 relatif aux contrats spéciaux (8) retenaient l'urgence ou l'impossibilité de remédier aux défauts. Il considère que l'urgence reste une des conditions essentielles dès lors qu'elle constitue un «pouvoir dérogatoire» à défaut de quoi le créancier ne peut se dispenser du recours préalable à la justice (9) relevant que dans l'examen de jurisprudence de 1986, SIMONT, DE GAVRE et FORIERS reprennent expressément l'urgence comme condition.

- b) la prise de toutes mesures utiles à la sauvegarde des droits de la défense de manière à permettre un contrôle efficace a posteriori, tel que :
- la constatation judiciaire ou contradictoire de l'état des travaux,
 - la mise en demeure de l'entrepreneur d'avoir à remédier aux défauts dénoncés,
 - l'octroi à celui-ci d'un délai raisonnable pour s'exécuter,
 - l'exercice du remplacement seulement après l'expiration du délai imparti,
 - l'avertissement du défaillant de son remplacement effectif afin qu'il ne prenne plus de dispositions pour encore tenter d'exécuter le contrat.

Comme le relève B. LOUVEAUX, les tribunaux procèdent à un examen attentif de chaque cas d'espèce et rejettent le recours à cette faculté lorsque ces conditions ne sont pas réunies.

Tel est le cas lorsque le créancier n'a pas pris les précautions élémentaires pour permettre la vérification a posteriori du manquement :

- production de seulement quelques photographies dont la date n'est pas établie : Liège, 1er octobre 1991, Entr. et Dr. 1993, p. 302 et note Ph. FLAMME,
- défaut de constatation contradictoire des malfaçons reprochées : Comm. Bruxelles, 10 octobre 1990, Entr. et Dr. 1993, p. 375,
- absence de toute précaution élémentaire de la part du maître d'ouvrage : Liège, 24 juin 1991, J.T. 1991, p. 698,
- extrême urgence non justifiée : J.T. Gand, 7ème canton, 29 juin 1992, J.J.P. 1993, p. 119.

En revanche, le remplacement sans mise en demeure préalable a été considéré comme justifié dans un cas où le menuisier avait dépassé de plus de trois mois les délais d'exécution, se trouvait par sa faute dans l'impossibilité d'effectuer le travail promis, devenu urgent par l'approche de l'hiver et avait reconnu ce fait dans une lettre dans laquelle il annonçait le remboursement de l'acompte qu'il avait perçu : Civil Mons, 26 mai 1987, J.L.M.B. 1987, p. 1537.

(8) R.C.J.B. 1977, p. 335, n° 202

(9) P. WERY, op. cit., n° 228 et svts

Les conditions et modalités d'exercice de la faculté de remplacement peuvent être formulées dans la convention entre parties laquelle s'impose : Mons, 25 janvier 1993, Entr. et Dr. 1993, p. 371; Ph. FLAMME, Entr. et Dr. 1993, p. 304.

B. LOUVEAUX recommande cependant *«sauf urgence exceptionnelle, de veiller à ce que l'entrepreneur présumé défaillant soit mis en demeure d'assister aux constatations et ce, même si le tiers désigné est autorisé par le contrat à procéder à celles-ci également en l'absence des parties»* (10).

4.2. Sanctions du non-respect des conditions

Si le juge considère que le manquement n'est pas avéré et qu'aucune des conditions de mise en oeuvre de la faculté de remplacement n'est réunie, le cocontractant réputé défaillant à tort sera en droit d'obtenir la réparation du préjudice qui lui a été causé. B. LOUVEAUX considère qu'il devra alors être constaté que le créancier a en fait mis en oeuvre la faculté de résiliation unilatérale qui l'oblige à indemniser l'entrepreneur en vertu de l'article 1794 du Code civil (11).

Cette mise en oeuvre de l'article 1794 du Code civil pourrait poser problème dans la mesure où la doctrine unanime, voire largement majoritaire (12), ne serait pas suivie par la jurisprudence qui appliquerait l'article 1794 aux seuls marchés à forfait.

Au surplus, le fait d'avoir recouru fautivement à la faculté de remplacement autoriserait assurément l'entrepreneur victime à réclamer la réparation du préjudice subi par application de l'article 1184 du Code civil pour résiliation fautive. Il devrait être indemnisé de tout le préjudice résultant de cette résolution «fautive» en ce compris des avantages qu'il aurait pu tirer de la poursuite de l'exécution du contrat et donc sans que puissent être mis à sa charge les surcoûts d'intervention d'un tiers.

4.3. Distinction avec la résiliation unilatérale

Le recours à la faculté de remplacement ne peut être confondu avec la résolution unilatérale anticipée : le recours à la faculté de remplacement se fait dans le cadre de l'exécution du contrat originaire en tant que sanction d'un manquement au contrat. L'intervention du tiers se fait aux risques et périls du cocontractant défaillant. Celui-ci doit assumer toutes les conséquences résultant du recours au tiers et, restant tenu par le contrat d'entreprise originaire, continue à supporter la charge des risques jusqu'à la réception de l'ensemble des travaux poursuivis et finalement achevés par le tiers.

(10) J.L.M.B. 1995, p. 312

(11) Note d'observations, J.L.M.B. 1995, p. 311

(12) A. FETTWEIS, La résiliation unilatérale de l'article 1794 du Code civil, Actualités du droit 1992, p. 390

Au contraire, par définition, en cas de résiliation unilatérale anticipée, il a été mis fin à la convention entre parties et le débiteur défaillant n'est plus tenu que des dommages-intérêts compensant les dommages résultant de sa faute, lesquels peuvent évidemment inclure non seulement les conséquences du retard mais également le fait de devoir recourir à un tiers avec les surcoûts que cela comporte.

Il est renvoyé à l'ouvrage de P.WERY, p. 321 et svtes.

5. Remplacement judiciaire

Parmi les sanctions ou moyens d'actions contre le cocontractant défaillant, il est «une forme d'exécution en nature trop peu connue», ainsi que le fait observer P.WERY (13):

Dans sa contribution au recyclage sur le droit de la responsabilité (14), il a aussi attiré l'attention sur l'intérêt et les possibilités du remplacement judiciaire dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle.

Le principe est général et s'applique donc également dans le cadre de la responsabilité contractuelle.

Dans sa thèse (15), cet auteur a brillamment mis en lumière le droit fondamental pour tout créancier à l'exécution en nature par son débiteur et le droit d'obtenir cette exécution en allant jusqu'au remplacement judiciaire. Celui-ci consiste en l'autorisation donnée par le juge, au créancier d'une obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire, d'exécuter lui-même ou de faire exécuter par un tiers la prestation en souffrance aux dépens du débiteur défaillant.

A propos de l'obligation qui incombe à l'entrepreneur et à l'architecte de faire procéder, en vertu de l'article 1792 du Code civil, à la réfection des travaux affectés d'un vice de la construction, il dénonce en particulier le recours à la notion de réparation en nature plutôt qu'à celle d'exécution en nature d'une obligation contractuelle (16).

L'exécution en nature est assurément la règle et le créancier est en droit d'obtenir la condamnation de son cocontractant à l'exécution en nature de son obligation (*ad ipsam rem*) (17), sauf impossibilité matérielle (ex.: la chose a été

(13) Note d'observation sous Civil Neufchâteau, 26 octobre 1994, Rev. Rég. Dr. 1995, p. 56 et svtes

(14) Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne, in Droit de la responsabilité, formation permanente C.U.P., tome X, p. 16 et svtes

(15) L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai) une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil; collection scientifique, Faculté de Droit de Liège, Kluwer Edit. Jur. Belgique 1993

(16) op. cit., p. 169-170

(17) op. cit., p. 206 et svtes; P. HENRY et F. POTTIER, Actualités du droit 1991, p. 1227; P. VAN OMMESLAGHE, Examens de jurisprudence, Les obligations, R.C.J.B. 1986, p. 88 et 1975, p. 105 et réf. aux arrêts de cassation cités

détruite) ou juridique (ex. : vente par le débiteur à un tiers de bonne foi) et sauf un usage abusif du droit de créance, par le créancier (18).

Le remplacement judiciaire est donc un mode d'exécution forcée en nature. A défaut de vaincre les réticences du débiteur condamné ad ipsam rem, le créancier se passe de ses services et sollicite du juge l'autorisation de le remplacer à ses dépens. *«Aussi le remplacement judiciaire devrait-il faire figure de solution subsidiaire par rapport à l'exécution directe par le débiteur lui-même»* (19).

Nonobstant ce principe de subsidiarité, P.WERY soutient que le créancier peut réclamer de plano l'autorisation de remplacement judiciaire (20). Il se fonde sur l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1919 (21) et il écarte l'avis majoritaire de la doctrine belge et française citée par lui (22).

Il précise que ce droit n'est pas absolu et qu'il convient de réserver le cas *«où l'obligation en souffrance est personnelle au débiteur, celui où l'exécution en nature est devenue impossible à réaliser par qui que ce soit et l'hypothèse où la demande d'autorisation est entachée d'abus»* (23). Cette prétention du créancier peut être écartée par l'offre d'exécution en nature formulée par le débiteur, la priorité devant être donnée à ce mode d'exécution en nature. C'est dans ce sens que s'est prononcé le tribunal de première instance de NEUFCHATEAU dans son jugement précité du 26 octobre 1994 et ce, avec la particularité que l'offre émanait d'un sous-traitant et donc d'un tiers au contrat d'entreprise principal. Ce jugement fait application des articles 1236 et 1237 du Code civil, comme le relève P.WERY dans la note précitée.

Dans ce cas d'espèce, le tribunal a confié en outre à un expert judiciaire une mission complémentaire *«pour s'assurer de la bonne fin des travaux»* et ce, conformément à la tendance de la jurisprudence de vérifier la bonne exécution des injonctions judiciaires (24).

(18) P. WERY, op. cit., p. 231 et svtes

(19) note sous Civil Neufchâteau, précité, Rev. Rég. Dr. 1995, p. 62

(20) P. WERY, op. cit., p. 248 et svtes et spéc. p. 250 in fine

(21) Pas. 1919, 80.

(22) note in Rev. Rég. Dr. 1995, p. 65, notes subpaginales n° 26 et 27

(23) P. WERY, op. cit., p. 340 à 351

(24) voir également références citées par P. WERY, p. 66 : F. GLANSBORFF et A. BOUCHE, Le rôle de l'expert dans la réparation en nature, Entr. et Dr. 1986, p. 48 et svtes; J.P. REMERY, Le rôle du technicien commis par le juge dans la réalisation de travaux ordonnés ou autorisés en justice, D.S. 1986, I, p. 285 et svtes; G. de LEVAL, L'instruction sans obstruction, in La preuve, Colloque de mars 1987 organisé par l'U.C.L.; Y. HANNEQUART, L'expertise et le procès en responsabilité, in Mélanges R.O. DALCQ, p. 264 et svtes

P.WERY fait encore de nombreuses observations intéressantes, et parmi celles-ci, les suivantes:

- a) La résolution judiciaire n'est pas un préalable à l'octroi du remplacement judiciaire.

En effet, celui-ci constitue un mode d'exécution en nature de l'obligation d'une convention qui subsiste.

Cette précision est importante puisque la résolution ne peut frapper qu'un manquement contractuel d'une certaine gravité, tandis que le remplacement judiciaire doit être octroyé pour permettre l'exécution en nature de l'obligation et que la défaillance est imputable au débiteur sans que la gravité du manquement doive être prise en considération (25).

- b) Le débiteur défaillant est en principe responsable des manquements de son remplaçant, sous réserve bien entendu de la faute propre au créancier pour mauvais choix ou dans la surveillance du remplaçant (26).

- c) Les clauses organisant le remplacement judiciaire doivent être considérées comme licites compte tenu du principe de la liberté contractuelle et que les articles 1143 et 1144 du Code civil sont étrangers à l'ordre public (27).

Encore paraît-il judicieux, vu la jurisprudence restrictive relative au pacte comissoire exprès, de prévoir expressément la dispense de l'autorisation judiciaire(28).

A l'encontre de l'aménagement conventionnel proposé in Actualités du droit 1991, p. 1237, et relatif à une hypothèse de non-respect du planning des travaux, à savoir le remplacement de l'entrepreneur au terme d'un pacte comissoire exprès et d'un recours automatique à la faculté de remplacement, P.WERY fait valoir que la résolution de la convention préalable au remplacement du débiteur ne se justifie pas.

- d) Le remplacement judiciaire autorise donc le créancier à agir *«aux dépens, aux frais et dépens, aux frais et risques, aux frais, risques et périls etc... du débiteur»*. P.WERY (29) considère que ces variations de vocabulaire sont sans signification particulière et qu'il appartient en toute hypothèse au débiteur de prendre en charge le déficit de sa défaillance.

(25) P. WERY, thèse précitée, p. 264 et svtes, note in Rev. Rég. Dr. 1995, p. 64

(26) P. WERY, thèse précitée, p. 272. Il renvoie à M.A. FLAMME, Traité des marchés publics, tome II, n° 979c, p. 700, considérant qu'il n'appartient pas à l'entrepreneur défaillant de répondre des retards apportés à l'achèvement de la construction par le fait de l'adjudicataire qui lui a été substitué dès lors que pareil dommage n'est plus en relation directe d'effet à cause avec les négligences qui lui sont reprochées, le nouveau préjudice résultant du fait de l'administration dans le choix ou l'agrément de l'adjudicataire ou la surveillance insuffisante exercée sur son activité.

(27) P. VAN OMMESLAGHE, R.C.J.B. 1986, p. 210, n° 101

(28) P. WERY, thèse précitée, p. 290, renvoyant à M. FONTAINE, La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive, note sous Cass., 16 janvier 1986 et Mons, 21 juin 1983, R.C.J.B. 1991, p. 43, n° 31

(29) thèse précitée, p. 356

La formule la plus usuelle est celle qui dispose que les dépens sont recouvrables sur simple présentation par le créancier des factures (30), la condamnation pouvant en outre prévoir le paiement d'une provision.

On relèvera que par arrêt du 4 mai 1992, la cour d'appel d'Anvers (31) a considéré que le créancier qui est autorisé par le juge à faire exécuter les travaux par un tiers aux frais du débiteur en application de l'article 1144 du Code civil, mais qui attend trois ans pour diligenter la procédure après dépôt d'un rapport d'expertise, ne peut plus faire appel à cette forme de réparation.

6. Résolution pour faute

La résolution pour faute a été étudiée par A. FETTWEIS in *Actualités du droit* 1992, p. 399 et suivantes. Il a notamment fait valoir qu'il y a exception à l'intervention préalable du juge en cas d'anticipation de la résolution judiciaire du fait de la rupture unilatérale du contrat par le créancier (32). Par référence à l'examen de jurisprudence de P. VAN OMMESLAGHE (33), il a relevé que la mise en oeuvre d'une telle résolution unilatérale anticipée est soumise à des conditions strictes qui sont les mêmes que celles permettant le recours à la faculté de remplacement.

Comme indiqué ci-avant, en cas de résolution unilatérale anticipée, il appartient au juge de vérifier a posteriori l'existence d'une défaillance suffisamment grave, les conditions d'urgence, l'existence d'une mise en demeure et l'existence de constats et états des lieux permettant un examen a posteriori.

Dans l'affirmative, il appartiendra au débiteur défaillant de réparer tout le dommage résultant du fait de sa faute et donc notamment l'indemnisation intégrale du préjudice subi par application de l'article 1184 du Code civil.

Dans la négative, c'est le créancier de l'obligation qui sera constitué en faute et qui devra réparation intégrale du préjudice subi par le débiteur fautivement déclaré défaillant. Le débiteur pourra alors obtenir l'indemnisation intégrale de son préjudice sur base lui aussi de l'article 1184 du Code civil.

Il convient évidemment de distinguer le préjudice causé par la rupture fautive du préjudice causé par les manquements antérieurs à la rupture.

(30) P. WERY, thèse précitée, p. 357 et applications jurisprudentielles citées en note 469

(31) *Turnh. Rechtsl.* 1992, p. 116

(32) *Actualités du droit* 1992, p. 403

(33) Les obligations, Examens de jurisprudence, R.C.J.B. 1986, n° 98 et svts

Pour le surplus, on relèvera dans la jurisprudence récente les décisions suivantes:

- Une mise en demeure n'est pas requise si le débiteur fait savoir à son créancier qu'il n'entend pas exécuter ses obligations : Cass., 17 janvier 1992, Rev. Dr. Comm. B., 1993, p. 237 et note E. STORME, Les mises en demeure superflues.
- Le droit de résolution du contrat pour manquement grave du cocontractant subsiste en particulier en cas de non-paiement et ce, nonobstant l'existence d'une clause contractuelle qui autorise l'entrepreneur à interrompre les travaux en pareil cas : Gand, 9ème chambre, 25 février 1983, confirmant Civil Bruges, 5ème chambre, 21 octobre 1980, Entr. et Dr. 1993, p. 397 et note J. EMBRECHTS - et ce, à propos d'un contrat de marché public.
- La résolution du contrat d'entreprise (fourniture et pose d'une cuisine équipée) n'a pas été considérée comme justifiée dès lors que le maître d'ouvrage n'établissait pas le retard d'exécution (le délai d'exécution était seulement indicatif), a refusé l'offre de remise en état de l'entrepreneur et a utilisé pendant une longue période (quinze ans) ladite cuisine : Civil Bruxelles, 9ème chambre, 17 février 1994, Entr. et Dr. 1995, p. 76.
- La résolution judiciaire a été considérée comme justifiée compte tenu des manquements évidents de l'entrepreneur constatés par le rapport d'expertise judiciaire. Le maître d'ouvrage était en droit d'être intégralement indemnisé. En revanche, l'entrepreneur a été débouté de son action tendant au paiement du solde de sa facture, le tribunal écarte l'exécution de la convention, qu'il déclarait résolue : Comm. Bruxelles, 9ème chambre, 16 octobre 1990, Entr. et Dr. 1994, p. 146 .
- La résolution du contrat d'architecture a été prononcée en fonction des fautes commises par l'architecte pour ne pas avoir adapté l'ouvrage à la nature du sol. Ces fautes ont ruiné l'économie du projet initial de construction (nécessité d'arrêter les travaux, de refaire partiellement plans et cahiers des charges, de modifier l'objet du contrat d'entreprise en raison de l'inadéquation des fondations, et bouleversement des prévisions budgétaires du maître de l'ouvrage).

Cette résolution opère ex tunc et oblige les parties entre autres à une restitution réciproque des prestations reçues en exécution du contrat. Toutefois, cette obligation de restitution est remplacée par une exécution par équivalent pour les prestations non susceptibles de restitution, tels les plans et autres prestations de l'architecte dont le maître de l'ouvrage a bénéficié même s'il a fait construire ultérieurement sur le même terrain par un autre architecte. Le débiteur défaillant doit indemniser le créancier de tout le préjudice causé par le manquement qui lui est imputable. Tel n'est pas le cas pour les indemnités réclamées par l'entrepreneur suite à la résiliation unilatérale de son contrat d'entreprise, dès lors que cette résiliation unilatérale n'était pas commandée par la nécessité de réduire les effets des fautes de l'architecte : Bruxelles, 4ème chambre, 13 décembre 1979, Entr. et Dr. 1992, p. 347.

Section VI

Transmissibilité des actions en responsabilité contractuelle

1. Position du problème

La question de savoir si une partie à un contrat peut diriger une action en responsabilité contre le cocontractant de son propre cocontractant reste un des problèmes les plus irritants du droit actuel de la construction, comme le relève B. LOUVEAUX (1).

La détermination de l'existence ou non de la transmission d'une action en responsabilité dans le cadre d'un contrat d'entreprise peut avoir deux points de départ (2) :

- a) la responsabilité contractuelle par référence à la reconnaissance de la transmission dans le cadre de la vente au sous-acquéreur de l'action de l'acheteur contre le vendeur originaire,
- b) la responsabilité aquilienne en tenant compte cependant de la jurisprudence de la Cour de cassation du 7 décembre 1973 maintes fois confirmée depuis, nonobstant les critiques de la doctrine et aux termes de laquelle le maître de l'ouvrage ne peut exercer :
 - ni une action contractuelle contre l'agent d'exécution de son cocontractant,
 - ni une action aquilienne, si ce n'est dans les hypothèses restrictives de :
 - faute constituant la violation d'une obligation qui s'impose à tous,
 - dommage autre que celui résultant seulement de la mauvaise exécution du contrat.

Compte tenu du caractère extrêmement restrictif de ces conditions, les hypothèses concrètes de mise en oeuvre en pareil cas de l'action aquilienne sont difficiles à imaginer (3).

(1) L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, obs. sous Liège, 7 octobre 1993, J.L.M.B. 1995, p. 296 et svtes
(2) A. DELVAUX, De l'action du maître d'ouvrage contre le sous-traitant et le fournisseur de l'entrepreneur - Etat de la jurisprudence, obs. sous Liège, 9e ch., 26 février 1993, Entr. et Dr. 1995, p. 202
(3) M.A. et Ph. FLAMME, Le droit des constructeurs (1984), n° 201, p. 182; P. WERY, op. cit., in vol. X de la CUP 1996, p. 25 et svtes

C'est pourquoi on parle d'une véritable immunité de responsabilité de l'agent d'exécution (4) et ce, même si R.O. DALCQ a relevé une évolution (5).

Il est renvoyé pour ce qui concerne la responsabilité extracontractuelle à ce propos à l'étude de P.WERY (6), sous réserve des observations finales de ce chapitre.

Le problème est examiné ici essentiellement sous l'angle de la responsabilité contractuelle c'est-à-dire quant au point de savoir si une partie à un contrat peut diriger une action en responsabilité contractuelle contre une autre personne que son cocontractant.

Le problème se pose en particulier dans les hypothèses suivantes :

- l'action du maître d'ouvrage contre le fournisseur du cocontractant entrepreneur,
- l'action du maître d'ouvrage contre le sous-traitant du cocontractant entrepreneur ou architecte,
- l'action de l'acheteur contre l'entrepreneur ou l'architecte cocontractant du vendeur.

2. Etat de la jurisprudence la plus récente

La jurisprudence la plus récente peut être synthétisée comme suit :

2.1. Transmission de l'action en garantie des vices cachés au sous-acquéreur

La jurisprudence admettant cette transmission reste constante depuis 1886 (7).

(4) P. WERY, op. cit., p. 37 et svtes

(5) Restriction à l'immunité de responsabilité de l'agent d'exécution, note sous Cass., 26 octobre 1990, R.C.J.B. 1992, p. 503 et svtes; P. WERY, op. cit., p. 41 à 43

(6) Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne, p. 23 et svtes, in Droit de la responsabilité, formation permanente CUP, vol. X, p. 23 et svtes

(7) Cass. 8 juillet 1886, Pas. 1886, I, 300; J. VAN RYN et J. HEENEN, Principes de droit commercial, tome III, Bruxelles 1981, n° 701; P.A. FORIERS, Les contrats commerciaux, Chronique de jurisprudence R.D.C. 1987, p. 51; P. HARMEL, Théorie générale de la vente, Répertoire Notarial, tome VII, La vente, livre I, n° 563, p. 268; JASSOGNE et VAN WUYSTWINKEL, Traité pratique de droit commercial, tome I, n° 352, p. 271; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, Les contrats spéciaux, Examen de jurisprudence 1981 à 1991, R.C.J.B. 1995, p. 206, n° 57; Bruxelles 15 février 1988, J.L.M.B. 1988, p. 1271, R.G.D.C. 1990, p. 303 et note DAMBRE; J.H. HERBOTS, op. cit., R.C.J.B. 1992 et réf. cit. p. 515; Cass. 5 décembre 1980, Pas. 1981, I, 398; Liège, 26 juin 1992, J.L.M.B. 1995, p. 281 et obs. P. HENRY, La nature de l'action du sous-acquéreur contre le vendeur originaire

Cet acquis jurisprudentiel approuvé par la doctrine et propre au contrat de vente est un des motifs qui peut amener les parties à opter pour le régime de la vente plutôt que pour celui du contrat d'entreprise (8).

La possibilité pour le sous-acquéreur de mettre en cause la responsabilité extracontractuelle ne paraît pas devoir être exclue (9), bien qu'on puisse se demander si reconnaître au fournisseur la qualité d'agent d'exécution ne revient pas à étendre considérablement cette dernière notion (10).

Au surplus, outre l'hypothèse où il y aurait également manquement à une obligation de prudence qui s'impose à tous, à savoir ne pas mettre en circulation des objets dangereux, il faut tenir compte de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et ouvrant au consommateur victime d'un dommage causé par le défaut d'un produit un recours contre soit le fabricant du produit fini, soit le fabricant de la partie composante vicieuse de ce produit fini, pour autant que cette loi puisse être invoquée à propos d'un immeuble.

Comme le relève P.HENRY (11), il suffit à la victime de rapporter la preuve que le dommage qu'elle a subi est la conséquence d'un défaut du produit. Cependant, cette loi n'entraîne pas réparation du dommage au bien lui-même, ce qui laisse subsister tout l'intérêt du point de savoir s'il y a action en responsabilité contractuelle ou extracontractuelle.

2.2. Transmission à l'acquéreur de l'action en responsabilité du maître d'ouvrage contre l'architecte et/ou l'entrepreneur

La transmission a été admise, en vertu de l'article 1122 et de l'article 1615 du Code civil en tant qu'accessoire de la chose vendue,

- à l'ayant cause du vendeur pour tous les droits qui sont attachés à l'immeuble vendu qui en constituent les accessoires, de sorte qu'il lui succède dans toutes les actions qui ont pour objet la poursuite de ses droits contre l'entrepreneur (12),
- au client du promoteur contre l'architecte auquel ce dernier a recouru (13), étant entendu toutefois que le vendeur conserve un intérêt à agir s'il

(8) A.L. FETTWEIS, L'option préliminaire : commande d'un ouvrage ou achat d'un bien fabriqué ou à construire, in ouvrage collectif, Droit de la Construction, Actualités du droit, 1991, p. 889

(9) JASSOGNE et VAN WUYTSWINKEL, Traité pratique de droit commercial, tome I, n° 352, p. 271-272

(10) P. HENRY, La nature de l'action du sous-acquéreur contre le vendeur originaire, J.L.M.B. 1995, p. 255 et spéc. p. 257

(11) étude précitée

(12) Bruxelles, 2ème chambre, 8 avril 1992, J.L.M.B. 1992, p. 1290, somm.; Civil Anvers, 24 mai 1989, Entr. et Dr. 1990, p. 60

(13) Bruxelles, 26 octobre 1990, J.L.M.B. 1992, p. 364 et Mons, 11 février 1992, J.L.M.B. 1994, p. 542

subit un préjudice direct en qualité de copropriétaire d'une partie de l'immeuble ou s'il est mandataire, même tacite, des copropriétaires (14).

Pour sa part, la Cour de cassation a, par arrêt du 15 septembre 1989 (15), considéré que l'action en responsabilité décennale contre l'architecte appartenait au propriétaire - maître de l'ouvrage et, en cas de vente de l'immeuble durant la procédure, restait dans son patrimoine à moins que la cession de cette action à l'acheteur ne résulte de l'acte de vente ou d'un acte distinct.

La Cour de cassation paraît ainsi adopter une position restrictive considérant qu'en principe, le droit reste dans le patrimoine du vendeur, sauf s'il en a disposé autrement. J.H. HERBOTS (16) regrette cette prise de position et plaide pour une transmission de l'action «automatique» «de plein droit», sauf stipulation en sens contraire expresse ou tacite si le vendeur a conservé un intérêt direct et certain. Ainsi le vendeur qui a conservé un intérêt direct à invoquer la responsabilité des architectes et entrepreneurs conserve le droit d'agir dans cette mesure. Tel est le cas du vendeur qui est cité en garantie des vices cachés par l'acheteur ou qui entend réclamer des frais de remise en état supportés avant la vente.

La première chambre de la cour d'appel de Mons, par arrêt du 24 février 1993 (17), et la septième chambre de la cour d'appel de Liège, par arrêt du 6 décembre 1994 (18), ont fait expressément application de cette jurisprudence.

Par arrêt du 11 mars 1994, la septième chambre de la cour d'appel de Mons (19) a considéré sans en préciser le fondement qu'en règle, l'action en responsabilité décennale pouvait être exercée non seulement par le maître de l'ouvrage et ses ayants cause universels ou à titre universel, mais aussi par un ayant cause à titre particulier et spécialement par l'acquéreur de l'immeuble.

2.3. Transmission au maître d'ouvrage de l'action contre le fournisseur de son cocontractant

La transmission a été reconnue

- sur base d'une action directe ex contractu par le tribunal de commerce de Courtrai le 24 avril 1981 (20) par référence à l'enseignement de W.VAN

(14) Civil Bruxelles, 21 mars 1988, J.L.M.B. 1990, p. 474

(15) Pas. 1990, I, 65, R.C.J.B. 1992, p. 509, suivi des observations précitées de J.H. HERBOTS

(16) Etude précitée, R.C.J.B. 1992, spéc. p. 546 à 549

(17) Rev. Rég. Dr. 1993, p. 242; Entr. et Dr. 1994, p. 149; J.L.M.B. 1994, p. 556

(18) J.L.M.B. 1995, p. 1317

(19) J.L.M.B. 1994, p. 1294

(20) Entr. et Dr. 1984, p. 228

GERVEN (21), et sur base de l'article 1641 du Code civil par la cour d'appel d'Anvers le 11 octobre 1994 (22),

- sur base de la responsabilité quasi délictuelle et sans justification, comme si cela allait de soi, par la neuvième chambre de la cour d'appel de Liège dans son arrêt du 26 février 1993 (23).

2.4. Transmission au maître d'ouvrage de l'action contre le sous-traitant de son cocontractant

Par arrêt du 25 juin 1992 (24), la deuxième chambre de la cour d'appel de Bruxelles a formellement admis la transmission au maître d'ouvrage comme ayant cause de l'entrepreneur général d'une action en responsabilité contractuelle contre le sous-traitant de celui-ci et ce, en vertu du caractère indissociable de cette action par rapport au bien qui est l'objet du contrat, et ce dans les termes suivants :

«En sa qualité d'ayant cause de l'entrepreneur général, le maître de l'ouvrage peut exercer contre le sous-traitant (l') action en garantie (décennale) qui procède de l'exécution fautive des travaux, action indissociable du bien de l'objet du contrat liant le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur général et qui lui a été transmise à titre d'accessoire des travaux réalisés».

Dans l'attendu qui précède, la cour a pris soin de relever que la demande était fondée sur la garantie décennale *«responsabilité d'ordre public dont (le sous-traitant) était tenu à l'égard de l'entrepreneur général (Cass., 5 mai 1967, Pas. 1967, I, 1046)»*. On ne peut cependant en déduire qu'elle ait considéré que la transmission de l'action n'intervenait qu'à ce propos. Elle a pris position après examen de la doctrine en la matière expressément citée et s'est prononcée de manière exempte de toute équivoque. Cet arrêt n'a cependant pas été soumis à la Cour de cassation.

En revanche et de manière également circonstanciée et tout en appelant à une modification législative, la septième chambre de la cour d'appel de Liège a, par arrêt du 7 octobre 1993 (25), expressément considéré que le maître d'ouvrage ne disposait ni d'une action en responsabilité contractuelle à l'égard du sous-traitant de l'entrepreneur principal à défaut de tout lien contractuel, relevant qu'était ainsi sauvegardé *«ce qui reste du caractère intuitu personnae dans l'exécution du contrat d'entreprise où l'entrepreneur principal choisi par le maître de l'ouvrage est seul responsable à son égard du choix qu'il a fait de*

(21) Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door produkten, S.E.W. 1979, p. 281

(22) Entr. et Dr. 1995, p. 16

(23) Sommaire publié dans Entr. et Dr. 1995, p. 202, suivi de la note de A. DELVAUX

(24) J.L.M.B. 1992, p. 1272; Entr. et Dr. 1994, p. 158

(25) J.L.M.B. 1995, p. 296 et obs. B. LOUVEAUX, précité

ses sous-traitants ...» et que «une action directe sur la base de la responsabilité aquilienne ne serait recevable que pour autant qu'il puisse être soutenu avec un minimum de vraisemblance qu'une faute quasi délictuelle - constituée par un manquement à l'obligation générale de prudence étranger à l'exécution du contrat liant les parties et générateur d'un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat - serait imputable» au sous-traitant.

L'opposition est radicale. A défaut d'une intervention du législateur, il appartiendrait à la Cour de cassation de prendre position pour qu'il soit mis un terme à la controverse. Il apparaît en tout cas que ce n'est pas le caractère de vente ou d'entreprise du contrat liant l'entrepreneur à son fournisseur ou sous-traitant qui paraît de nature à justifier une divergence quant au principe du droit d'action du maître d'ouvrage ou quant au fondement de ce droit.

3. Caractère inadmissible de la non-reconnaissance de la transmission de l'action contre le sous-traitant du cocontractant

Ainsi le maître d'ouvrage victime d'une exécution défailante paraît ne pas disposer d'action contre le sous-traitant de l'entrepreneur général alors que, comme le relève B. LOUVEAUX, il s'est vu imposer des obligations très lourdes dans le cadre de la réglementation de l'enregistrement des entrepreneurs et peut lui-même se voir actionner directement en paiement par le sous-traitant (26).

C'est dans ce cadre que Ph. et M.A. FLAMME voient dans la transmission de l'action *«la contrepartie logique de l'action directe en paiement que la loi du 10 février 1990 (ayant modifié l'article 1798 du Code civil)»* a reconnue au sous-traitant (27).

Le refus de tout recours du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant aboutit dans un cas particulier à une solution surprenante et inacceptable :

Le maître d'ouvrage victime d'un dommage causé par une faute imputable à l'ingénieur consulté par l'architecte dans le cadre d'un contrat de sous-traitance et exécutant pour compte de ce dernier l'étude de stabilité n'a pas d'action en responsabilité contre l'ingénieur.

(26) J.L.M.B. 1995, p. 298

(27) Le contrat d'entreprise, Quinze ans de jurisprudence 1975-1990, p. 103, n° 128; dans le même sens, G. VINEY, «Sous-contrats et responsabilité civile», in Mélanges R.O. DALCQ, Larcier 1994, p. 631

En effet, en application de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1978 (28), le maître d'ouvrage peut être dépourvu de toute action en responsabilité contre l'architecte lui-même lequel peut, même implicitement, se décharger de sa responsabilité quant à certaines études techniques comme celles du béton et de la résistance des matériaux pour lesquelles il n'a reçu aucune formation suffisante et qui échappe dès lors à sa compétence.

Certes, cet arrêt maintient une responsabilité résiduaire, mais celle-ci peut ne pas être d'application.

Il n'aurait pas davantage d'action contre l'ingénieur à défaut de tout lien contractuel avec lui.

On aboutit ainsi une situation absurde où le maître d'ouvrage ne disposerait pas d'action en responsabilité en cas de faute compromettant la stabilité de l'immeuble ni à l'encontre de son cocontractant, l'architecte, ni à l'encontre de l'ingénieur sous-traitant spécialisé de celui-ci et ce, alors qu'il s'agit d'un élément à ce point essentiel qu'a été instituée à son propos par l'article 1792 du Code civil une responsabilité décennale qui elle-même est considérée d'ordre public (29).

4. Détermination du fondement de la transmission d'une action en responsabilité contractuelle

Les auteurs restent divisés sur le fondement à donner à la transmission d'une action en responsabilité contractuelle dans le cadre du contrat d'entreprise.

Ce fondement reste discuté à propos de la transmission de l'action en garantie dans le cadre d'une vente, ainsi que le relève P. HENRY (30), nonobstant la position adoptée par la Cour de cassation.

En effet, dans son arrêt du 5 décembre 1980 (31), celle-ci, s'écartant de la stipulation pour l'ayant cause à titre particulier retenue dans son arrêt de 1886, a expressément fondé cette transmission sur l'article 1615 du Code civil et ce, dans les termes suivants :

«Le vendeur a l'obligation de livrer la chose et ... l'article 1615 du Code civil étend cette obligation aux accessoires de cette chose ... La garantie dont peut se prévaloir l'acheteur initial à l'égard de son vendeur constitue un acces-

(28) Pas. 1978, I, 756, et obs. de M. VANWIJCK-ALEXANDRE, R.C.J.B. 1982, p. 191, ainsi que dans l'ouvrage collectif «Le droit de la construction», in Actualités du droit 1991, p. 957 et svtes

(29) Répertoire Notarial, Le contrat d'entreprise de construction, tome IX, livre VIII, n° 265, p. 205 et svtes; A. DELVAUX, in Entr. et Dr. 1995, p. 205 et svtes

(30) La nature de l'action du sous-acquéreur contre le vendeur originaire, obs. sous Liège, 3ème chambre, 26 mai 1992, J.L.M.B. 1995, p. 255 et réf. en notes 1 et 2

(31) Pas. 1981, I, 398; Bruxelles, 21 novembre 1975, R.W. 1977-1978, col. 592

soire de la chose revendue par le premier acheteur au second acheteur ... Le second acheteur dispose dès lors d'une action directe en garantie à l'égard du premier vendeur, sans qu'il soit nécessaire que le second acheteur assigne l'acheteur initial, de sorte que celui-ci serait tenu à son tour de citer en justice le premier vendeur».

Cela étant, se pose la question de savoir comment le premier acheteur qui, par hypothèse, aurait transmis son action en garantie en revendant la chose, la récupérerait pour exercer une action récursoire contre son vendeur (32).

L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS ont proposé (33) de résoudre la difficulté *«par le mécanisme de la subrogation de l'acquéreur intermédiaire dans les droits transmis au sous-acquéreur contre le vendeur originaire».*

Ils relèvent dans leur examen de jurisprudence de 1995 (34) que cette explication est critiquée par J.H. HERBOTS (35) aux motifs qu'il n'y a pas dette commune entre le vendeur intermédiaire et le vendeur originaire et qu'en cas de recours, le vendeur intermédiaire réclame sa propre créance et non celle du sous-acquéreur. Cette thèse est elle-même critiquée par X. DIEUX (36).

Ils concluent en considérant que la question reste ouverte et qu'elle leur paraît *«dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, devoir se résoudre sur base de l'article 1615 du Code civil»* (37).

Les différents fondements proposés pour permettre la reconnaissance de la transmission de l'action en responsabilité contractuelle dans le cadre du contrat d'entreprise ont été présentés dans l'ouvrage collectif «Droit de la construction» de janvier 1992 (38), à savoir :

- a) une stipulation pour l'ayant cause à titre particulier fondée sur l'article 1122 du Code civil (39),
- b) une stipulation pour autrui tacite consacrée par l'article 1121 du Code civil (40),

(32) P. HENRY, note précitée, J.L.M.B. 1995, p. 255, note 2 et les références citées : Ch. LARROUMET, obs. sous Cass. Fr. 9 octobre 1979, Dalloz 1980, IR, p. 222, et sous Nîmes, 18 décembre 1980, Dalloz 1983, p. 29; MALINVEAU, J.C.B. 1973, J.N., 17.340; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, 2ème édition, p. 110, note 55

(33) Examen de jurisprudence, Les contrats spéciaux, R.C.J.B. 1985, p. 164

(34) Examen de jurisprudence, Les contrats spéciaux, R.C.J.B. 1995, p. 208

(35) Note précitée, R.C.J.B. 1992, n° 41, p. 544

(36) Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - pour un retour aux sources !, in Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences, note 7, p. 131, note 83

(37) R.C.J.B. 1995, p. 209

(38) J. WILLEMS, Actualités du droit 1991, p. 1194 et A. DELVAUX, Actualités du droit 1992, p. 361

(39) P. RIGAUX, note in J.L.M.B. 1988, p. 312 et svtes et spéc. p. 320; E. DIRIX, Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden, Kluwer 1984, n° 15

(40) W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, 2ème édition, p. 110, note 55; Ph. et M.A. FLAMME, Le contrat d'entreprise, Quinze ans de jurisprudence, 1991, p. 100, n° 125

- c) un principe général de droit reconnaissant pour le client aussi le droit de rechercher directement sur le plan contractuel la responsabilité de l'agent d'exécution de son débiteur (41).

C'est sur base de ce principe qu'a été développée la théorie française de la chaîne de contrats (42) finalement rejetée par la Cour de cassation française siégeant en assemblée plénière par son arrêt du 12 juillet 1991 (43).

- d) Le caractère d'accessoire de l'action en responsabilité par rapport à la chose faisant l'objet du contrat d'entreprise, par application de l'article 1615 du Code civil, combiné avec l'article 1122 et complété si nécessaire par l'article 1135 (44).

Il est renvoyé aux développements circonstanciés de leurs auteurs respectifs.

J-H. HERBOTS a étudié de manière approfondie ces différents fondements dans sa note intitulée «L'affinage du principe de la transmission automatique des droits «propter rem» du maître d'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble» (45). Il relève que *«notre jurisprudence reconnaît qu'en principe, tous les droits de créance qui sont inhérents à un bien et qui n'ont de l'intérêt que pour le propriétaire de ce bien passent de plano de l'auteur à l'ayant cause, sans que cette cession doive être signifiée au débiteur, à moins que l'auteur et l'ayant cause en aient convenu autrement»*. Il conclut donc à l'existence d'un lien objectif de la créance avec le bien transmis pour autant que l'ayant cause ait intérêt à devenir créancier à la place de son auteur.

Cet auteur s'exprime en des termes qui donnent l'impression que c'est en définitive l'intérêt à exercer l'action qui génère le droit de l'exercer. N'est-ce pas au contraire l'existence ou non d'un droit qui détermine ou non l'existence d'un intérêt à agir ? X. DIEUX y voit en tout cas une justification quelque peu arbitraire, sinon tautologique (46).

(41) E. MONTERO, La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage, R.G.A.R. 1989, n° 11.445

(42) B. TEYSSIE, Les groupes de contrats, L.G.D.J. 1975

(43) J. GHESTIN, Le rejet de la notion de groupe des contrats comme fondement d'une action contractuelle directe en responsabilité, Rec. Dalloz-Sirrey 1991, 551, n° 6; Chr. LARROUMET, L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels, Sem. Jur. 1991, 315, n° 7

(44) Y. HANNEQUART, La responsabilité de l'architecte face aux immixtions du maître d'ouvrage et face au promoteur, R.C.J.B. 1982, p. 512 à 515; Fr. GLANSDORFF, L'action du maître d'ouvrage contre le sous-traitant et le fournisseur de l'entrepreneur, obs. sous Bruxelles, 28 octobre 1987, J.T. 1988, p. 668 à 670, et réflexions complémentaires au sujet de l'action contractuelle directe du maître d'ouvrage contre le sous-traitant et plus généralement au sein des groupes de contrats, R.G.A.R. 1990, n° 11.596; A. DELVAUX et D. DESSARD, Le contrat d'entreprise de construction, Répertoire Notarial, tome IX, livre VIII, n° 264 à 268

(45) Note sous Cass., 15 septembre 1989, R.C.J.B. 1992, p. 512 à 549

(46) «Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - Pour un retour aux sources », in Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences, p. 131

P.RIGAUX (47) a réexaminé de manière approfondie la problématique en examinant chacun des fondements proposés par les différents auteurs précités, pour réinsister sur le fait que selon lui, l'article 1122 du Code civil conférerait à l'ayant cause à titre particulier un titre légal à agir et permettrait au cocontractant créancier et à son ayant cause à titre particulier *«d'exprimer valablement leurs prétentions, l'un et l'autre ou l'un à défaut de l'autre. L'inaction de l'un tandis que l'autre agit peut constituer la preuve par l'exécution donnée que les droits ont été ou n'ont pas été cédés. Si l'ayant cause à titre particulier a agi simultanément contre le stipulant et le débiteur contractuel de celui-ci, il admet que la cession des droits est incertaine ou, ce qui est plus vraisemblable, que le stipulant lui a, par l'effet de la loi, laissé la faculté d'agir; mais en se réservant la faculté d'exercer aussi ses droits contractuels s'il a intérêt»*. Il conclut cependant le développement en invitant le juge à *«analyser la convention par l'effet de laquelle la qualité d'ayant cause a été acquise et d'user, s'il échet, des articles 1615 et 1251-3° du Code civil»*.

Si d'éminents civilistes continuent la controverse, ce n'est pas ici qu'il y sera mis fin ! Tout au plus peut-on formuler quelques réflexions complémentaires pour alimenter la recherche d'une solution.

a) N'existe-t-il pas un lien entre la justification sur base de l'obligation propter rem proposée par J.H. HERBOTS et la référence à un principe général selon lequel chaque fois que l'objet est une obligation qui consiste à créer une chose ou à incorporer un travail à une chose déjà existante, cette obligation serait transmise en même temps que la chose elle-même, ses accessoires corporels ou incorporels étant reconnus comme indissociables du bien qui est l'objet du contrat. Ainsi, en irait-il des créances en garantie ayant pour objet le bien en cause. Cette règle générale était déjà enseignée par WEIL, ainsi que l'a observé Y. HANNEQUART (48). L'article 1615 du Code civil n'en serait qu'une application.

La notion même d'obligation propter rem n'est-elle pas le fondement logique à la base de la transmission prévue par l'article 1615 du Code civil ? Comme indiqué ci-avant, cet article 1615 du Code civil a été retenu par la Cour de cassation comme fondement pour la transmission de l'action dans le cadre d'un contrat de vente (49).

Or, il n'existe pas d'éléments déterminants imposant une solution et a fortiori un fondement différent selon que l'action à transmettre relève du contrat de vente ou du contrat d'entreprise à propos de la transmission des actions.

(47) Le droit de l'architecte - Evolution des vingt dernières années (1993), p. 343 et svtes et spéc. p. 358-359

(48) Note d'observation sous Cass., 21 septembre 1979, R.C.J.B. 1982, p. 512 et svtes

(49) Cass., 5 décembre 1980, Pas. 1981, I, 398; SIMONT, DE GAVRE et FORIERS, Examen de jurisprudence, Les contrats spéciaux, R.C.J.B. 1995, n° 57, p. 206

Certes, l'article 1615 relève de dispositions propres au contrat de vente et le Code civil ne contient pas d'article analogue pour le contrat d'entreprise. Mais si dans la vente, la créance de garantie est considérée comme un accessoire qui suit la chose vendue, c'est en tant qu'elle est considérée comme inhérente à la possession même de la chose et que son objet porte sur des services qui n'ont d'intérêt que pour celui qui possède cette chose et qui dépendent de prestations antérieurement accomplies et incorporées dans cette chose. La situation est identique pour ce qui concerne l'objet du contrat d'entreprise.

Quoi qu'il en soit subsiste la difficulté de savoir si la créance de garantie ou de responsabilité est nécessairement transmise ou s'il peut être fait exception à la transmission. Il importe de déterminer si le créancier de la garantie ou de la responsabilité tel le maître d'ouvrage originaire peut être mis en cause par le cessionnaire et se retourner contre son débiteur originaire, l'entrepreneur ou l'architecte, par exemple, alors que, par définition, sa créance aurait été transmise à l'ayant droit. Inversement, ce dernier peut-il exercer son action au choix soit contre son cocontractant, quitte à ce que celui-ci exerce lui-même un recours contre son propre cocontractant débiteur originaire, soit directement contre ce dernier ou encore contre les deux.

Ces difficultés, J.H. HERBOTS a, comme on l'a vu, cherché à les résoudre en se référant aux intérêts mis en cause. Son raisonnement a été critiqué en tant que les intérêts pourraient finalement y apparaître comme générateurs de droits eux-mêmes. Est-ce bien là la conception de cet auteur ? La critique ne repose-t-elle pas sur une certaine imprécision de l'expression de celle-ci ? Plutôt que d'intérêts générateurs de droits, ne s'agit-il pas d'intérêts qui constituent la condition de l'exercice de tous droits non créés par eux, et ce, par application de l'adage «sans intérêt, pas d'action» ?

S'il en est ainsi, l'explication suivante ne pourrait-elle être retenue ?

La créance en garantie du bien transmis, créance détenue par le cédant à l'encontre de l'architecte ou de l'entrepreneur, est une créance de longue durée.

Au fil de cette durée, cette créance fait naître des droits à réparation dans le chef du créancier chaque fois que celui-ci est préjudicié par un défaut affectant le bien. Même le défaut existant mais non encore connu donne le droit au créancier à obtenir que le bien soit remis dans son état normal.

Ces droits sont des droits acquis qui existent dans le chef du créancier lorsqu'il transmet le bien. Lors de la transmission du bien, ce qui suit celui-ci, au titre de l'obligation propter rem, c'est la créance à la conformité du bien indépendamment des droits concrets qu'elle a pu antérieurement engendrer et faire acquérir au créancier cédant. A dater de cette transmis-

sion, en fonction même du rapport juridique et de fait qu'il a avec le bien transmis, le cessionnaire recueille la créance transmise en tant qu'accessoire du bien et ce, pour l'avenir.

Le cessionnaire ne recueille pas les droits acquis par le cédant avant la transmission sauf convention expresse à ce propos.

Une telle explication suppose donc que soit acceptée la distinction entre la créance de base et les droits qu'elle peut engendrer.

Il convient en outre de respecter le principe «sans intérêt, pas d'action» et le fait que la perte de possession de la chose par le cédant entraîne la disparition de son intérêt à la mise en état du bien, sauf s'il est l'objet de réclamations du cessionnaire.

Différentes hypothèses sont à envisager, étant entendu que le défaut doit exister lors de la transmission indépendamment de sa manifestation, à défaut de quoi le cessionnaire ne disposerait d'aucun droit ni contre le cédant, ni contre le tiers débiteur de l'obligation ayant pour objet l'état non vicieux de la chose transmise.

1) Ce défaut ne s'est pas manifesté avant la transmission du bien, le cédant ne possède en principe aucun droit acquis avant la transmission.

Toutefois :

- Si le cédant est l'objet d'une réclamation du cessionnaire, il possède un intérêt à exercer le droit acquis par lui du fait de l'existence antérieure du défaut et peut donc agir contre le débiteur originaire, sans préjudice à la possibilité pour le cessionnaire d'agir contre ce dernier dès lors que le défaut affecte le bien devenu le sien par le fait de la transmission.
- Si le cédant n'est pas l'objet d'une réclamation du cessionnaire, la menace d'être mis en cause par le cessionnaire pourrait lui conférer un intérêt suffisant pour mettre en cause le débiteur originaire tant que le défaut n'a pas été corrigé et que la menace subsiste.

2) Si le défaut s'est au contraire manifesté avant cette transmission, le cédant peut mettre en cause le débiteur originaire pour réparer les dommages qui subsistent dans son patrimoine malgré la transmission du bien (troubles de jouissance, pertes économiques, ...).

- S'il est menacé d'un recours du cessionnaire, il peut en outre mettre en cause le tiers débiteur pour la mise en ordre du bien, sous réserve bien entendu de clauses contraires.
- Quant au cessionnaire, il peut mettre en cause le débiteur originaire et le cédant sauf dispositions contractuelles contraires.

- b) Une autre voie de réflexion pourrait être suivie en vue d'une solution relativement simple pour la sauvegarde des droits de l'intermédiaire à l'encontre de son débiteur originaire quand il serait mis en cause par le titulaire de la chose transmise.

Elle consisterait à considérer que l'intermédiaire ne transmet la créance accessoire de la chose que sous la condition résolutoire de n'être pas lui-même l'objet de réclamations de la part du cessionnaire sur base d'un vice de la chose tirant son origine de l'état dans lequel l'intermédiaire a reçu la chose du débiteur originaire.

La transmission de l'action serait donc le principe mais elle serait faite sous condition résolutoire implicite que le titulaire final de la chose n'exerce pas d'action contre l'intermédiaire.

L'existence d'une condition implicite n'est pas exceptionnelle. Ainsi, une condition suspensive implicite est reconnue en cas de conclusion d'un contrat par une autorité administrative soumise à l'intervention d'une autorité de tutelle (50).

Dans ces conditions, l'initiative prise par le titulaire de la chose d'agir contre l'intermédiaire ou contre le débiteur originaire ferait ou non prendre effet à ladite condition résolutoire.

Cette solution serait-elle plus contestable que le recours à la notion d'intérêt au maintien ou non de l'action ?

- c) En toute hypothèses, trois remarques doivent être faites :

1. L'examen des pistes de réflexion proposées ci-avant ne doit être fait que sous réserve de dispositions explicites dans les conventions entre parties.

Ainsi, le cédant peut stipuler au cessionnaire la renonciation à s'en prendre au débiteur originaire, comme le cessionnaire peut stipuler que le cédant n'exercera de son côté aucun recours contre ce débiteur.

De même, le cédant pourrait céder les droits à réparation acquis avant transmission du bien.

2. Est ici en cause, vu la transmission du bien, uniquement l'obligation du débiteur concernant l'état de la chose après sa livraison. Il ne s'agit pas de ce qui relève de l'obligation de livrer une chose conforme aux stipu-

(50) Cass., 5 juin 1981, Pas. 1981, I, 1149, R.W. 1981-82, col. 245 et svtes avec les conclusions de l'Avocat Général LEENAERTS, Entr. et Dr. 1981, p. 293 et svtes et obs. M.A. FLAMME; R.C.J.B. 1983, p. 199 et obs. J. HERBOTS, Contrats sous condition suspensive : conséquences de la faute commise par une partie «pendente conditione»; X. DIEUX, Des effets de la tutelle d'approbation des contrats conclus avec une autorité publique subordonnée, AP.M. 1984, p. 145 et svtes; M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME et autres, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6e édition, 1997 (à paraître), tome I, commentaire de l'article 6 de la loi, 4.12

lations contractuelles, mais bien seulement de l'obligation après réception-agrégation de responsabilité par exemple du sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur général ou de garantie des vices que détient le vendeur intermédiaire à l'égard du vendeur originaire à dater de la livraison.

3. Les considérations qui précèdent ne sont de mise que si est admise la remise en cause de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'agent d'exécution et à l'exclusion de toute action en responsabilité contractuelle.

5. Possibilité d'un recours du titulaire de la chose fondé sur la responsabilité extracontractuelle du débiteur de son propre cocontractant et les incidences d'un recours à la voie aquilienne par rapport à la voie contractuelle

Le recours aquilien du titulaire final du bien à l'encontre du débiteur de son cocontractant peut être envisagé dans deux hypothèses :

- 1) dans le cas particulier de la tierce complicité, ainsi que le rappelle opportunément B. LOUVEAUX (51), pour autant bien entendu que *«les conditions d'application de la responsabilité aquilienne soient réunies et spécialement qu'il soit démontré que la participation du sous-traitant à (la) violation (du devoir de précaution et de prévoyance) a été consciente»* (52) ,
- 2) dans le cas général où il peut être considéré qu'en livrant la chose dans l'état où il l'a fait, le débiteur de la livraison initiale a commis à l'égard des tiers en général une faute d'imprudence ou de négligence qui le rend responsable du dommage que subit le titulaire final du bien.

Dans cette hypothèse, l'étendue effective du champ d'application du recours aquilien dépend actuellement des conséquences concrètes à dégager de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1973 et des notions de violation d'une obligation qui s'impose à tous et de dommages autres que celui résultant seulement de la mauvaise exécution du contrat. Il est renvoyé aux commentaires appropriés à ce sujet (53). Mais il convient d'attirer l'attention sur la proposition formulée par X. DIEUX (54), selon laquelle

(51) Note précitée, J.L.M.B. 1995, p. 300

(52) Civil Bruxelles 12 mars 1991, J.L.M.B. 1991, p. 1067; Cass. 22 avril 1983, R.C.J.B. 1984, p. 359 et note Y. MERCHERS, La tierce complicité de la violation d'un obligation contractuelle. Fin d'une incertitude.

(53) P. WERY, Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne, in Droit de la responsabilité, vol. X, Formation permanente CUP, p. 11 et svtes et réf. citées

(54) Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - Essai sur la genèse d'un principe général de droit - 1995, n° 73, p. 177-178; Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - Pour un retour aux sources !, in Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences, n° 10

toute faute commise concernant l'état d'une chose livrée serait susceptible d'engager la responsabilité aquilienne de son auteur à l'égard de tout tiers qui devient ultérieurement le possesseur de cette chose par l'effet des transmissions successives.

Ainsi, engagerait sa responsabilité aquilienne toute personne dont le comportement ne répondrait pas aux anticipations légitimes d'autrui même quand il s'agit pour un tiers de supputer ce qu'il est en droit d'attendre d'une personne qui agit dans le cadre de l'exécution d'un contrat. En pareil cas, l'exécution du contrat comporte la livraison d'une chose et le tiers serait en droit d'escompter que cette chose soit exempte de tout vice.

Cette nouvelle conception a une influence directe sur l'incidence du recours à la voie contractuelle ou extracontractuelle dans le cas d'une chose mise en circulation.

Ainsi, on pouvait retenir les conséquences suivantes :

- Si le recours est exercé sur base de la transmission d'une action en responsabilité contractuelle, le sous-traitant ne devra répondre que de la responsabilité qu'il a assumée par contrat. Aussi pourra-t-il opposer au maître d'ouvrage les limitations et exceptions propres au contrat de sous-traitance souscrit.
- Si le recours est finalement admis sur base d'une action extracontractuelle, au terme d'un revirement de jurisprudence, comme observé ci-avant, il en résulterait une limitation au droit d'action du préjudicié. Telle est du moins l'opinion défendue par E. MONTERO (55). Le créancier aura donc la charge de la preuve d'une faute au sens des articles 1382 et suivants du Code civil sans pouvoir directement invoquer la violation d'une obligation contractuelle très précise, par exemple quant à la qualité ou au degré de performance de l'ouvrage, qu'elle soit ou non érigée en obligation de résultat. En outre, le sous-traitant sera exposé à ne pas pouvoir se prévaloir des limites de responsabilité à son intervention telles que fixées par exemple dans les clauses contractuelles limitatives de responsabilité.

Mais dans sa conception, cette restriction est écartée par Xavier DIEUX (56) dans les termes suivants :

«L'explication de l'action aquilienne du créancier principal à l'égard du sous-débiteur, par les expectatives légitimes du premier à l'égard du second, permet de rencontrer (l'objection), sans bouleverser les catégories fondamentales et, singulièrement, le principe de la relativité des contrats.

(55) Etude précitée, R.G.A.R. 1989, n° 11.445, n° 25; voir également les auteurs cités par X. DIEUX, Les chaînes et groupes de contrats en droit belge ... en note 124

(56) op. cit., p. 178

Dès lors que la protection du créancier dépend d'une condition de légitimité à apprécier par le juge, dans les limites de ce à quoi il était raisonnable, pour le créancier; de s'attendre de la part du sous-débiteur; on ne peut exclure a priori que le juge puisse considérer que les expectives en question n'étaient légitimes que dans les limites du contrat conclu par le débiteur intermédiaire avec le sous-débiteur en ce compris les limites concernant les responsabilités acceptées par celui-ci dans le cadre dudit contrat».

N'est-ce pas aller fort loin et ne faut-il pas à la fois mettre en doute cette référence dans le cadre aquilien à des limites de responsabilité spécifiquement contractuelles et cette extension prônée pour l'accueil du recours aquilien ?

L'article 1382 impose un devoir général de précaution et de prévoyance. Tout qui exécute un contrat dont va résulter un bien sait que celui-ci pourra être transmis à d'autres qu'à son cocontractant. Il lui appartient dès lors effectivement de se préoccuper d'éviter que ce bien soit en lui-même une source de dommages par manque de solidité, etc..., mais non d'éviter que les tiers ne puissent obtenir du bien les avantages prévus par le seul contrat. Ce dernier type de dommage est spécifiquement contractuel.

SIMONT, DE GAVRE et FORIERS (57) invitent expressément à distinguer dans le cadre de la vente le vice de la chose la rendant dangereuse et le vice affectant simplement l'usage de la chose sans créer aucun risque d'accident. Dans le premier cas, le recours à la voie aquilienne doit être admis et les clauses de limitation de la responsabilité contractuelle resteront sans effet. Cela ne signifie pas que le contenu du contrat ne doive pas être considéré pour mesurer la prudence et la diligence concrètement requises de celui qui livre la chose. Ainsi, le contrat qui impose un réglage périodique sous peine de naissance de danger. Il définit les caractéristiques de la chose livrée mais ne déroge pas à la responsabilité (58).

(57) SIMONT, DE GAVRE et FORIERS, Examen de jurisprudence, Les contrats spéciaux, R.C.J.B. 1995, p. 208

(58) Sur ces questions, voir outre X. DIEUX, op. cit., Y. HANNEQUART, Le droit de la construction, p. 370 et svtes

***LA RESPONSABILITÉ
DE L'ENTREPRENEUR
DE CONSTRUCTION
APRÈS RÉCEPTION
AGRÉATION***

**Paul-Alain Foriers,
avocat au barreau de Bruxelles,
maître de conférences à l'U.L.B.**

SOMMAIRE

SECTION I

DE LA RECEPTION À LA RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRENEUR POUR MALFAÇONS OU VICES CACHÉS	169
1. <i>Généralités</i>	169
2. <i>Réglementation technique</i>	173
2.1. <i>L'action en garantie des vices cachés véniels et le droit commun</i>	173
2.2. <i>Le caractère caché de la malfaçon</i>	173
2.3. <i>Délai d'introduction de la demande</i>	174
2.4. <i>Causes dérogatoires</i>	175

SECTION II

LA RESPONSABILITÉ DÉCENNALE	179
1. <i>Observations générales</i>	179
2. <i>Questions spéciales</i>	180
2.1. <i>Garantie décennale et garantie des vices cachés véniels ..</i>	180
2.2. <i>Vente du bien construit et transmission de la garantie décennale et de la garantie des vices véniels</i>	181

1. Il est aujourd'hui constant que la réception ne décharge pas totalement l'entrepreneur de sa responsabilité contractuelle à l'égard du maître de l'ouvrage (1). Indépendamment de la garantie décennale d'ordre public à laquelle il est tenu par application des articles 1792 et 2270 du Code civil, la Cour de cassation fait peser sur lui une responsabilité du chef des défauts ou malfaçons cachés, alors pourtant que le Code civil ne comporte, en matière d'entreprise, aucune réglementation comparable aux articles 1641 et suivants en matière de vente (2).

Le système ne peut être appréhendé qu'au travers de l'idée même de réception. Aussi dans une première partie de cet exposé, j'aborderai la question générale de la réception et de la responsabilité de l'entrepreneur après celle-ci.

Dans une seconde partie, je tenterai de faire le point sur l'état du droit en matière de garantie décennale.

-
- (1) sur la responsabilité des prestataires de services en général après réception, cons. notamment de manière générale P. A. Foriers, "Décharge, réception, quittance, La fin du contrat", Bruxelles, ABJE, V.P., CJB, 1993, p. 118-171; "Le contrat de prestation de services : obligations des parties et responsabilité contractuelles", Les contrats de service, Bruxelles, CJB 1994, p. 189-207, spéc., p. 171 et s.; sur la responsabilité des entrepreneurs après réception J. Embrechts, obs. sous Cass. 25 octobre 1985, Ent. Dr. 1986, p. 204 et s.; C. Jassogne, La garantie découlant des contrats d'entreprise : plus de 25 ans d'hésitations en doctrine et en jurisprudence; Ann. Dr. Liège, 1988, p. 251 et s.; P.A. Foriers, La responsabilité de l'entrepreneur après réception, Réflexions à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1985, Ent. Dr. 1988, p. 261 et s.; S. De Coster, "De aansprakelijkheid na oplevering voor lichte verborgen gebreken. Grondslag een toepassingsvoorwaarden", Ent. Dr. 1989, p. 334 et s.; C. Van Schoubroek, note sous cass. 25 octobre 1985, RW 1989-1991, p. 670, M.A. et Ph. Flamme, le contrat d'entreprise, quinze ans de jurisprudence (1975-1990), Bruxelles, Larcier 1991, n°80, p. 65 et s.; A. Delvaux et D. Dessard, Le contrat d'entreprise, Rép. not. T. IX, Liv. VIII (1991), n°220 et suiv.; A. Delvaux, Th. Beguin et C. Dumortier, "L'achèvement de l'ouvrage et les responsabilités postérieures concernant le bon état de l'ouvrage", Le droit de la construction, Actualités du droit 1992, p. 295 et s.; W. Nackaerts, Invloed van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken op de tienjarige aansprakelijkheid, RW 1992-1993, p. 169 et s., G. Baert, "De garantieverbintenis van architecten en aannemers uit het gemene recht van de overeenkomst van aanneming van werk, RW 1993-1994, p. 241 et s.
- (2) Cass. 15 septembre 1994, Pas. 1994-I, 730, JLMB 1995, 1068, note B. Louveaux, Recente arresten van het Hof van Cass. 1995, p. 29, obs. G. Baert; Cass. 18 mai 1987, Pas. 1987, I, 1125; Cass. 25 octobre 1985, Pas. 1986, I, 226, voy. aussi Cass. 18 mai 1961, Pas. 1961, I, 1006; Cass. 13 mars 1975, I, 709; note W.G. sous cass. 18 octobre 1973, Pas. 1974, I, 185; s'agissant de la jurisprudence des juges du fond, cons. notamment Mons, 3 janvier 1990, Pas.1990, II, 135, obs.; Comm. Courtrai 27 février 1993, RW 1994-1995, p. 546, Mons 11 janvier 1994, Rev. Rég. Dr. 1994, p. 515; Comm. Hasselt, 6 septembre 1994, RW 1994-95, p. 1173, Civ. Gand, 29 mars 1995, TGR 1995, p. 232.

Section I

De la réception à la responsabilité de l'entrepreneur pour malfaçons ou vices cachés

1. Généralités

2. Correspondant de l'agréation dans la vente, l'idée de réception se retrouve dans l'ensemble des contrats de services. C'est ainsi que le quitus ou la décharge en matière de mandat ne sont autre chose qu'une forme de réception.

Il s'agit en effet de la reconnaissance par le créancier de la prestation de service de la bonne exécution de celle-ci par le débiteur conformément aux stipulations contractuelles et aux usages. Ainsi conçue la réception faite sans réserves - comme l'agréation dans la vente - emporte renonciation par le créancier à se prévaloir des manquements du débiteur - à tout le moins lorsqu'ils sont apparents.

Cette dernière réserve s'explique aisément. La réception constitue un acte volontaire emportant de surcroît renonciation (3). On ne concevrait dès lors pas qu'elle puisse affecter des manquements cachés.

La réception n'a d'effet que dans la mesure où elle est donnée en connaissance de cause. Le principe se retrouve en matière de mandat (4). L'article 79 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales fait application de cette idée lorsqu'il énonce que la «*décharge n'est valable que si les comptes annuels ne contiennent ni omission, ni indication fautive ou dissimulant la situation réelle de la société et, quant aux autres faits en dehors de statuts, que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation*». La même règle vaut encore en matière de vente. Elle explique la scission de l'agréation en deux phases dans certaines ventes impliquant un transport, lorsque l'acheteur n'a pas la possibilité lors de la délivrance, par la remise au transporteur ou la remise du connaissance, d'inspecter complètement la marchandise, par exemple, parce qu'elle est emballée (5). L'agréation, dans ce cas, ne s'opère dans un

(3) On sait que les renonciations ne se présumant pas (Cass. 13 janvier 1994, Pas. 1994, I, 33; Cass. 19 décembre 1991, Pas. 1992, I, 366) qu'elles sont de stricte interprétation et ne sauraient se déduire que de faits - ou d'actes - non susceptibles d'une autre interprétation (cass. 20 avril 1989, Pas. 1989, I, 861 et les réf. ci-avant).

(4) Cass. 12 février 1981, pas. 1981, I, 639 et les concl. de M. l'avocat général Declercq.

(5) Van Ryn et Heenen, T. III, 2^e éd., n°679, voy. aussi l'article. 38.2 de la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels.

premier temps que sur la quantité apparente. Ce ne sera que dans un second temps, à la réception effective de la marchandise, que l'agrément du contenu des emballages pourra intervenir. L'agrément enseigne-t-on à cet égard implique en effet que l'acheteur ou son représentant ait eu la possibilité effective d'examiner la marchandise (6).

3. De ce que la réception, ou l'agrément, n'a d'effet que dans la mesure où elle a été donnée en connaissance de cause, on déduira logiquement que l'auteur de cette réception conservera son recours de droit commun contre son cocontractant pour les manquements qui ne devaient pas lui apparaître lors des opérations devant mener à l'agrément. Pour ces manquements cachés, il n'y a en effet pas pu avoir agrément.

Il importe peu à cet égard que la loi n'ait pas prévu expressément le maintien de ce recours. Celui-ci dérive, à notre sens, du droit commun de la responsabilité contractuelle qui survit à la réception, faute d'agrément effective du manquement en cause.

Sans doute observera-t-on qu'en matière de vente, le Code civil a éprouvé le besoin d'organiser une garantie des vices cachés. Cette réglementation particulière ne s'explique cependant que par des raisons historiques. On gardera en effet à l'esprit que le régime de l'action rédhibitoire et de l'action estimatoire est dérogoratoire au droit commun de la responsabilité contractuelle sous divers aspects (7), ce qui justifie une réglementation spéciale.

Aussi a-t-on pu d'ailleurs soutenir que l'extension en matière de vente de la notion de vice caché dans la vente aux vices purement fonctionnels (8) - qui constituent en réalité des défauts de conformité cachés - était inutile pour protéger l'acheteur, celui-ci pouvant agir contre le vendeur sur base de l'obligation de délivrance dans la mesure où ces défauts cachés n'ont pu être agréés (9).

(6) Van Ryn et Heenen, T. III, 2e éd., n° 679 et 681; cons. sur tous ces problèmes P.A. Foriers, op. cit., La fin du contrat, n°6 et s., p. 117 et de manière générale, n°56, p. 152.

(7) Régime des dommages-intérêts qui ne sont mis à charge que du vendeur de mauvaise foi qui connaissait le vice, absence d'action en exécution en nature, caractère discrétionnaire de l'option entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire, délai d'introduction de la procédure, cons. notamment sur ces particularités, P.A. Foriers, Les contrats commerciaux, Chronique de jurisprudence, 1970-1984 (3e partie) RDC 1987, n°63, p. 44 et s., et réf. citées.

(8) On sait qu'il y a vice fonctionnel lorsqu'une chose parfaite en elle-même ne répond pas à l'usage spécifique que l'acheteur avait en vue (cons. pour des exemples de vices fonctionnels Cass. 18 novembre 1971, Pas. 1972, I, 258; Cass. 19 juin 1980, Pas. 1980, I, 1295; Cass. 17 mai 1984, Pas. 1984, I, 1128) pour autant, bien entendu que cet usage spécifique soit entré dans le champ contractuel (Cass. 17 mai 1984 précité et 8 novembre 1986, Pas. 1986, I, 275).

(9) Cons. L. Simont, "La notion fonctionnelle du vice cachés : un faux problème ?" Hommage à René Dekkers, p. 331 et s.; P.A. Foriers, op. cit., RDC 1987, n°61 et s., p. 40 et s. et réf.; L. Simont; J. De Gavre et P.A. Foriers, Examen de jurisprudence (1981-1991), Les contrats spéciaux, RCJB, 1995, n°45, p. 184, comp. pour une critique de la notion de vice caché fonctionnelle, O. Tournafond, Les prétendus cumuls d'actions et le contrat de vente, D. 1989, Chron. XXXVI, spéc. n°31 et s., p. 241; J. Herbots, note sous Anvers 22 décembre 1982, RW 1982-83, 1730, S. Stijns, De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van wederkerige overeenkomsten, Anvers Maklu 1994, n°273.

4. La réception conçue par le Code civil comme un acte unique peut évidemment être modalisée par les parties. Pour les travaux de construction d'une certaine importance, il est d'usage de scinder la réception en deux phases, la réception provisoire et la réception définitive. Cette pratique contractuelle a été consacrée tant par le cahier général des charges de l'Etat (art. 43 de l'arrêté ministériel du 10 août 1977) que par la loi Breyne (art. 5 et 9).

Lorsqu'elles scindent la réception en deux phases, les parties peuvent préciser les effets respectifs des deux réceptions (10). Il en est même ainsi, en principe, dans le cadre de la loi Breyne qui, si elle définit de manière impérative certains aspects de la matière, ne précise pas les effets respectifs de la réception provisoire et de la réception définitive (11).

A défaut de précision apportée par les parties, la Cour de cassation considère - à tort ou à raison (12) - que la réception provisoire n'a pas d'effet d'agréation (et n'est dès lors pas le point de départ de la garantie décennale) (13). Dans cette mesure, elle n'a donc pour objet que de constater l'achèvement des travaux (14) et, partant, de stopper le cas échéant le cours des pénalités de retard. N'ayant pas d'effet d'agréation, elle ne constitue pas une véritable réception. Sauf disposition contraire, elle ne paraît donc pas emporter transfert de risques. Dans le système de la Cour suprême, c'est la réception définitive qui concentre en principe les effets de la réception (unique) du Code civil. Elle seule libère l'entrepreneur des risques et, en principe (15), de sa responsabilité contractuelle du chef de manquement apparent à ses obligations.

Mais rappelons-le une fois encore les parties peuvent s'écarter conventionnellement de ces principes. Un effet d'agréation peut être conféré à la réception provisoire et, dans ce cas, elle prendra l'allure d'une véritable réception.

(10) Cass. 24 février 1983, pas. 1983, I, 716, RCJB 1985, p. 400, note H. Herbots; Bruxelles, 15 février 1988, JLMB 1988, p. 1271, Bruxelles 4 septembre 1987, JLMB 1988, p. 251; Bruxelles 5 janvier 1984, Bull. Ass. p. 253, obs.

(11) Cass. 24 février 1983, précité.

(12) Car, comme l'ont bien montré MM. M.A. et Ph. Flamme, l'usage sur lequel la Cour de cassation fonde sa décision est en sens contraire; voy. M.A. et Ph. Flamme, *Le droit des constructeurs*, Entr. Dr. 1984 (n°spécial), n°123 et 124.

(13) Cass. 16 octobre 1969, Pas. 1970, I, 145; Cass. 4 mars 1977, Pas. 1977, I, 721, Cass. 5 juin 1980, Pas. 1980, I, 1222; Cass. 24 février 1983, Pas. 1983, I, 716; cons. également Bruxelles, 25 juin 1992, JLMB 1992, p. 1271; Civ. Namur 24 janvier 1991, Entr. Dr. 1991, p. 374; Bruxelles, 4 septembre 1987, JLMB 1988, p. 251.; Bruxelles 16 janvier 1987, RGAR 1989, 11433; Bruxelles 28 septembre 1984, Res. et jur. imm. 1985, p. 279; comp. Bruxelles 27 mai 1981, JT 1982, p. 514.

(14) voy. notamment De Page, T. IV, 3e éd., n°885, L. Simont, J. De Gavre et P.A. Foriers, *Examen de jurisprudence (1976-1981) Les contrats spéciaux*, n°153, p. 327; A. Delvaux, Th. Beguin et C. Dumortier, op. cit.; *Le droit de la construction*, p. 310 et s., contra, mais à tort, G. Baert; *Privaatrechtelijk Bouwrecht*, 4e éd., Bruxelles Story Scientia 1989, p. 594 et s.; M.A. et Ph. Flamme, *Le contrat d'entreprise quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Bruxelles, Larcier 1990, n°79.

(15) Réserve doit être faite de la garantie décennale qui vise les vices tant cachés qu'apparents, voy. ci-dessous

5. Soulignons enfin qu'acte de volonté, la réception peut être affectée d'un vice de consentement. Dans ce cas elle peut être annulée. En témoigne la jurisprudence classique sanctionnant le dol commis par l'entrepreneur lors des opérations de réception (16). Certaines décisions ont été à cet égard jusqu'à déduire l'existence d'un dol de l'idée que l'entrepreneur serait comme le vendeur professionnel, présumé connaître les vices de la chose qu'il a délivrée (17). Cette jurisprudence est contestable, comme est critiquable l'idée même de présomption de connaissance du vice caché par le vendeur professionnel (18). Aucun texte légal, ni aucun principe, n'édicte en effet une présomption de connaissance du vice dans le chef du vendeur ou de l'entrepreneur. Tout autre chose est évidemment de déduire «in specie» des compétences particulières du professionnel qu'il connaissait l'existence d'une malfaçon cachée pour le maître de l'ouvrage et que dès lors, en ne la dévoilant pas, il aurait commis une réticence dolosive. Rappelons cependant qu'il importe peu que l'ignorance de la malfaçon soit coupable dans le chef du professionnel. En effet, pareille faute, même lourde ne constituerait pas un dol à défaut d'élément intentionnel (19).

6. Sous le bénéfice de ces observations, il va de soi que si la réception est annulée, le maître de l'ouvrage peut agir contre l'entrepreneur sur base des principes de la responsabilité contractuelle de droit commun, comme s'il n'y avait point eu réception. L'annulation de la réception aura donc pour effet de permettre au maître de l'ouvrage d'agir malgré l'expiration du délai décennal. Elle lui permettra de même d'invoquer des vices véniels apparents. On rappellera, à cet égard que l'auteur d'un dol ne pourrait se prévaloir du caractère inexcusable de l'erreur qu'il a provoquée (20).

(16) Bruxelles, 9 février 1982, JT 1982, p. 816, obs. D. Devos, Entr. Dr. 1983, p. 1, obs. M.A. Flamme; Mons, 12 juillet 1985, RDC, 1986, p. 793, note C. Parmentier; Liège 22 février 1988, Rec. et jur. imm. 1989, p. 27; JLMB 1988, p. 1276, note R. de Briey [annulation pour erreur]; voy. aussi Mons 8 octobre 1990, JT 1991, p. 584, note P. Rigaux.

(17) Mons 8 octobre 1990, JT 1991, p. 584 précité, voy. aussi C. Jassogne et H. Van Wuytswinkel, Le contrat d'entreprise, in Traité pratique de droit commercial, T. I, n°431.

(18) Cons. à cet égard notre étude "La garantie du vendeur professionnel et la jurisprudence de la Cour de cassation, observation et réflexions", Les obligations en droit français et en droit belge, Convergence et divergences, Bruxelles, Paris Bruylant, Dalloz 1994, p. 247.

(19) voy. en ce sens, Comm. Bruxelles, 17 février 1993, R.G. n°6225/87; comp. Cass. 18 mai 1987, Pas. 1987, I, 1125.

(20) Cass. 23 septembre 1977, Pas. 1978, I, 100; Arr. Cass. 1978, 111 et les concl. de M. le procureur général Krings, alors avocat général; Cass. 13 avril 1984, Pas. 1984, I, 1023; Cons. L. Cornelis, Principes du droit belge de la responsabilité civile extra-contractuelle, L'acte illicite, Bruxelles-Anvers, 1991, n°58 in fine.

2. Réglementation technique

2.1. L'action en garantie des vices cachés véniels et le droit commun

7. La responsabilité de l'entrepreneur pour vices cachés véniels obéit au droit commun. Elle est la suite de sa responsabilité avant réception.

Il n'y a dès lors pas lieu de distinguer l'entrepreneur de bonne ou mauvaise foi (21). La distinction faite à cet égard en matière de vente par les articles 1645 et 1646 du Code civil est en effet dérogatoire au droit commun et est propre au régime particulier de l'action rédhibitoire et de l'action estimatoire. La faute contractuelle de droit commun est étrangère à la bonne ou mauvaise foi de son auteur.

C'est par ailleurs conformément aux principes du droit commun que l'on déterminera si le vice ou la malfaçon en cause doit être mis à charge de l'entrepreneur, de l'architecte ou des deux intervenants tenus dès lors *in solidum*.

2.2. Le caractère caché de la malfaçon

8. Pour que l'action en responsabilité puisse être introduite contre l'entrepreneur, il faut que le défaut ait été caché au moment de la réception.

Pour apprécier le caractère apparent ou caché du vice, le juge du fond devra évidemment avoir égard à toutes les circonstances de la cause et spécialement à la qualité du maître de l'ouvrage. Est-il profane ou professionnel, s'était-il ou non entouré de conseils de spécialistes, par exemple de son architecte ? (22) Le maître de l'ouvrage ne saurait par ailleurs se prévaloir de son erreur inexcusable. Commettrait assurément une négligence fautive, le maître de l'ouvrage qui donnerait la réception avant que son architecte chargé de surveiller les travaux n'intervienne. Ceci étant, dans la mesure où l'architecte n'interviendrait que comme simple conseil - et non comme mandataire de son client - l'erreur inexcusable de l'architecte ne saurait libérer automatiquement l'entrepreneur. En effet, s'étant fait assister, le maître de l'ouvrage n'aurait pas commis de faute et il n'aurait pas davantage agréé le vice non aperçu par son architecte.

(21) cons. notamment notre étude citée *Ent. Dr.* 1988, n°10, p. 268; S. De Coster, *op. cit.*, *Entr. Dr.*, p. 335 à 351, à tout le moins quant au principe de la garantie. En revanche pour l'étendue des dommages-intérêts, cons. art. 1150 du Code civil, *contra*, mais à tort, *comm. Turnhout*, 9 janvier 1986, *Entr. Dr.* 1986, p. 173..

(22) Y. Hannequart et A. Delvaux, "La responsabilité des édificateurs : état actuel de quelques problèmes et perspective", *Statuts et responsabilités des édificateurs. L'architecte, l'entrepreneur et le promoteur*, Bruxelles, Fac. univ. St Louis, 1989, p. 174.

2.3. Délai d'introduction de la demande

9. Un des arguments majeurs qui était autrefois invoqué contre le principe d'une garantie des vices cachés véniels en matière d'entreprise était qu'à défaut de texte analogue à l'article 1648 du Code civil, l'action en garantie pouvait être introduite dans un délai de trente ans, alors que l'entrepreneur était dégagé de sa garantie décennale au bout de dix ans, ce qui aurait été absurde, puisqu'il aurait été ainsi mieux traité pour les vices graves que pour les vices véniels.

Que l'article 1648 du Code civil soit propre à la vente relève de l'évidence. L'idée qui le sous-tend est cependant susceptible d'être étendue à d'autres contrats. L'article 1648 est le résultat de la conjonction de deux idées : d'une part l'idée d'agrégation tacite, d'autre part le principe de l'exécution de bonne foi.

Or, ne doit-on pas considérer que l'acheteur qui ne réagit pas lors de la découverte d'un vice aggrave celui-ci ?

Par ailleurs, la bonne foi qui préside à l'exécution des conventions n'impose-t-elle pas que l'acheteur dénonce le vice au vendeur pour que celui-ci puisse prendre les mesures utiles à sa défense ? Sous cet angle, l'article 1648 tend à éviter un dépérissement des preuves.

Dans cette mesure, il est conforme au droit commun. Tout au plus se démarque-t-il de celui-ci en ce qu'il impose non seulement des réclamations amiables, mais aussi l'introduction d'une action en justice au fond. Encore doit-on observer que l'acheteur qui, après avoir désagrégé la marchandise qu'il aurait payé à l'avance, n'introduirait pas une action en justice dans un délai raisonnable sera présumé y avoir renoncé, sauf circonstances spéciales...

En l'absence même d'application extensive de l'article 1648 du Code civil, le principe qui le sous-tend peut donc être étendu à l'entreprise. Comme l'agrégation dans la vente, la réception peut être tacite; par ailleurs, en matière d'entreprise comme en matière de vente, un problème de dépérissement des preuves peut se poser (23).

Aussi admet-on assez généralement aujourd'hui que l'action pour vices cachés véniels doit être introduite à bref délai à compter, en principe, de la découverte du vice (24).

(23) voy. notre étude citée, Ent. Dr. 1988, p. 267, n°9.

(24) A. Delvaux et Dessard, op. cit. n°234; Mons 24 décembre 1983, JLMB 1987, p. 382, Mons 7 octobre 1987, JLMB 1988, p. 1297; Bruxelles 20 mai 1988, JLMB 1988, p. 1298.; Civ. Bruxelles, 27 juin 1988, JLMB 1989, p. 908, obs. R. de Briey et Rev. rég. dr. 1989, p. 315, obs. P. Jadoul; cons. Bruxelles 26 septembre 1990, RGAR 12156; Civ. Verviers, 18 juin 1991, JLMB 1991, p. 1067, obs. P. Henry; Civ. Gand, 29 mars 1995, TGR 1995, 232; comp. Mons, 2 mars 1992, JLMB 1992, p. 1262, note B. Louveaux.

Dans ses arrêts des 8 avril 1988 et 15 septembre 1994, la Cour de cassation a consacré cette analyse. Après avoir précisé que l'article 1648 du Code civil était propre à la vente et ne pouvait donc s'appliquer à l'entreprise, la Cour a en effet estimé qu'il appartenait au juge du fond de déterminer si l'action a été introduite en temps utile (25).

10. Appréciant souverainement le délai dans lequel l'action doit être introduite, le juge du fond devra prendre en compte, notamment l'attitude des parties. Comme en matière de vente (26), le juge pourra tenir compte de pourparlers (pour autant qu'ils soient sérieux) (27), des interventions infructueuses de l'entrepreneur ou de l'architecte en vue de porter remède aux vices (28), voire même de protestations répétées pour autant qu'elles ne s'éternisent pas.

Par contre, ont été déclarées irrecevables les actions introduites seize mois après que l'entrepreneur eut fait savoir au maître de l'ouvrage qu'il n'assumait aucune responsabilité (29) ou deux ans après l'apparition du vice (30).

Pour le surplus, on peut admettre que l'entrepreneur est en tout cas déchargé de sa responsabilité à l'expiration du délai décennal de l'article 2270 du Code civil (31). En effet, d'une part, il suit des termes de celui-ci qu'il ne se cantonne pas à la responsabilité organisée par l'article 1792, d'autre part, cette solution permet d'éviter que la garantie des vices véniels puisse être invoquée après l'expiration de la garantie décennale.

2.4. Causes dérogatoires

11. Les parties peuvent déroger au régime de droit commun de la responsabilité des vices véniels.

Rien n'interdit par exemple de fixer conventionnellement le délai de celle-ci. Il pourrait ainsi être convenu que la garantie des vices cachés véniels doit être invoquée dans l'année de la réception définitive ou même avant celle-ci, lorsque la réception provisoire s'est vue octroyer un effet d'agréation. On peut d'ailleurs se demander si tel n'est pas précisément la portée du délai de garantie qui sépare les deux réceptions lorsque les défauts apparents sont agréés lors de la réception provisoire.

(25) Cass. 15 septembre 1994, Pas. 1994, I, 730 et 8 avril 1988, Pas. 1988, I, 921.

(26) voy. récemment L. Simont, J. De Gavre et P.A. Foriers, op. cit. RCJB 1995, n°55, p. 200 et s.

(27) Bruxelles 15 mars 1996, JLMB 1996, p. 785, obs. T. de Valensart et J. Boulanger; Civ. Bruxelles, 18 avril 1989, JT 1989, p. 733.

(28) Civ. Nivelles, 5 septembre 1992, JT 1993, p. 25.

(29) comme Termonde 22 février 1983, Ent. Dr. 1983, p. 304, note L. Dieusaert.

(30) Civ. Bruxelles, 27 juin 1988, JLMB 1989, p. 908, obs. R. de Briey et Rev. Rég. dr. 1989, p. 315, note P. Jadoul.

(31) voy. notre étude précitée, Entr. Dr. 1988, n°10, p. 269, cons. aussi. A. Delvaux et D. Dessard, op. cit., n°234; voy. aussi Bruxelles, 26 septembre 1990, RGAR 1993, 12156.

L'entrepreneur pourrait par ailleurs valablement s'exonérer de sa garantie (32) dans les limites du droit commun (33) et le cas échéant, de dispositions impératives particulières résultant par exemple du statut d'architecte ou de la loi sur les pratiques du commerce (34).

12. C'est en vain que l'on transposerait en l'espèce, le régime applicable à la garantie du vendeur professionnel. Ce régime, à notre avis contestable (35) repose en effet sur la conjonction de l'article 1643 du Code civil et d'une prétendue présomption de connaissance du vice par le vendeur professionnel. Or l'article 1643 ne saurait être transposé à l'entreprise. Il repose en effet sur l'idée que le vendeur qui s'exonère de la garantie des vices alors qu'il connaît l'existence du vice de la chose vendue commet un dol en ne déclarant pas l'existence de ce vice.

En matière d'entreprise, pareil dol ne se conçoit pas. En effet, la clause d'exonération est stipulée lors de la conclusion du contrat, alors que l'ouvrage n'est pas réalisé. Par définition, l'entrepreneur ne peut connaître les vices dont son ouvrage sera affecté (36). Il va de soi par ailleurs, que dans la plupart des cas aucun manquement intentionnel n'aura été commis par l'entrepreneur, et, à supposer même qu'il ait dû s'apercevoir d'un vice lors des opérations de réception, cette circonstance n'impliquerait pas davantage qu'il ait commis un dol en ne le révélant pas à l'acheteur. En toute hypothèse, son dol éventuel dans l'exécution du contrat ou lors de la réception n'emportera pas la nullité de la clause d'exonération valablement conclue, mais respectivement, soit sa non application, soit la nullité de la réception.

(32) W. Nackaerts, "Exoneratieclausules voor lichte verborgen gebreken bij aanemingscontracten", RW 1992-1993, p. 1417 et réf. citées; Bruxelles, 9 février 1982, Ent. Dr. 1983, p. 1, obs. M.A. Flamme, comm. Courtrai 24 avril 1981; Ent. Dr. 1984, p. 227, obs. Dieusart.

(33) sur ces limites cons. notamment P. Van Ommeslaghe, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge, Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences, p. 180 et s.

(34) On sait que l'architecte ne peut s'exonérer de sa responsabilité professionnelle, voy. Cass. 26 janvier 1978, Pas. 1978, I, 614; Cass. 10 mai 1984, Pas. 1984, I, 1106.

Pour certaines entreprises, il conviendra par ailleurs de tenir compte de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce. Ceci suppose que le maître de l'ouvrage soit un consommateur au sens de la loi (sur l'application de la loi du 14 juillet 1991 aux entreprises immobilières, voy. W. Nackaerts, op. cit., RW, 1992-1993, spéc. p. 1420 et 1421). Dans cette mesure, par dérogation au droit commun, l'entrepreneur ("vendeur de services") ne saurait s'exonérer de sa faute lourde ou du dol et de la faute lourde de ses préposés (art. 32.11 et 33 § 2). En revanche, il ne paraît pas que l'article 32.12 de la loi du 14 juillet 1991 soit d'application à l'entrepreneur. Celui-ci interdit en effet des dérogations à la garantie des articles 1641 à 1649 du Code civil qui ne sont pas applicables à l'entreprise et sont particuliers à la vente. L'article 32-12 ne nous paraît applicable aux livraisons de services que dans la mesure où celles-ci se réalisent dans le cadre d'un contrat mixte auquel les articles 1641 et suiv. du Code civil seraient susceptibles d'être appliqués (comp. W. Nackaerts, op. cit., RW 1992-1993, p. 1421 et 1422).

(35) voy. notre étude précitée, Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences, spéc.

(36) sauf à imaginer que l'entrepreneur d'une particulière mauvaise foi, sache qu'il mettra en oeuvre une technique ou des matériaux qui donneront lieu à des vices.

Autre chose serait évidemment de considérer que dans les circonstances de la cause, la faute commise par l'entrepreneur qui aurait contracté avec un consommateur serait une faute lourde dont il ne pourrait s'exonérer valablement en vertu de l'article 32.11 de la loi du 14 juillet 1991.

Section II

La responsabilité décennale

1. Observations générales

13. Les entrepreneurs de construction et les architectes sont tenus pendant dix ans de la responsabilité que l'article 1792 du Code civil fait peser sur eux. Le délai de dix ans est un délai préfix.

Cette responsabilité de nature contractuelle (37) suppose, en principe, l'existence d'un contrat d'entreprise (38). Exceptionnellement, elle peut être étendue à d'autres situations par une disposition légale particulière. Tel est le cas de la loi Breyne.

Le contrat d'entreprise en cause doit en outre porter sur un gros ouvrage immobilier (39). Il peut s'agir d'un bâtiment, ou d'une partie maîtresse de celui-ci, par exemple, une toiture, une dalle en béton importante. Il peut tout autant s'agir d'autres gros ouvrages : la construction d'une route, d'un pont, d'une digue, d'une citerne, d'une piscine, etc... Par contre, le placement de portes à l'intérieur d'un immeuble, l'installation d'un faux plafond, le carrelage d'une salle de bain, ne sauraient répondre à cette définition (40).

Il faut, enfin, pour que la garantie puisse être mise en oeuvre, que le maître de l'ouvrage puisse établir l'existence d'un vice ou d'une malfaçon grave qui affecte - même à terme - la solidité ou la stabilité de l'immeuble (41). Dans cette mesure, la garantie décennale revêt un caractère non seulement impératif, mais aussi d'ordre public (42). Elle intéresse en effet non seulement le maître de

(37) cons. notamment A. Delvaux et D. Dessard, op. cit., n°226 et réf.

(38) non susceptible de suspension ou d'interruption, Cass. 18 novembre 1983, Pas. 1984, I et 9 décembre 1988, pas. 1989. Il suppose que l'action en garantie soit introduite et non une simple demande en référé tendant à une expertise, voy. Cass. 17 février 1989, Pas. 1989, I, 621, RWI 1988-89, p. 1267, note G. Baert.

(39) A. Delvaux et D. Dessard, op. cit., n°224; L. Simont, J. De Gavre et P.A. Foriers, op. cit., RCJB, n°181, p. 357; M.A. et ph. Flamme, le droit des constructeurs, n°243 et s.; M.A. Flamme et J. Lepaffe, Le contrat d'entreprise, n°619 et s.

(40) pour des exemples, voy. A. Delvaux et D. Dessard, op. cit., n°225.

(41) Cass. 18 octobre 1973, Pas. 1974, I, 185, note W.G.; Cass. 18 novembre 1983, Pas. 1984, I, 303; Cass. 11 avril 1986, Pas. 1986, I, 983.

(42) A. Delvaux et D. Dessard, op. cit., n°222 et 226; De Page, T. IV, 3e éd., n°896; M. A. Flamme et J. Lepaffe, n°651.

l'ouvrage, mais encore indirectement la sécurité du public (43).

14. Il suit du caractère d'ordre public de cette responsabilité, qu'elle vise tant les vices cachés que les vices apparents (44). En effet, le maître de l'ouvrage n'a pas valablement renoncé à se prévaloir de la garantie pour vices apparents, en agréant l'ouvrage. Cette solution a fait certes l'objet de certaines critiques (45), mais paraît incontestable en droit positif.

Seul l'expiration du délai préfix de dix ans permettra à l'entrepreneur d'être déchargé de sa responsabilité.

Il est constant que, à cet égard, le délai décennal commence à courir, à compter de la réception - donc en principe de la réception définitive, sauf si les parties ont attaché un effet d'agrément à la réception provisoire (46). En revanche, les parties ne pourraient valablement faire courir le délai décennal depuis la réception provisoire si celle-ci ne s'est pas vue attribuer un effet d'agrément. Il ne s'agirait en effet pas dans ce cas d'une véritable réception. La clause aboutirait ainsi à réduire le délai préfix de dix ans qui est d'ordre public.

2. Questions spéciales

2.1. Garantie décennale et garantie des vices cachés véniels

15. La jurisprudence des juges du fond suivie par certains auteurs a par le passé eu une nette tendance à étirer le champ d'application de la responsabilité décennale, soit en étendant le concept de gros ouvrage immobilier, soit en étendant la notion de vice grave (47).

Dans ce système, les articles 1792 et 2270 du Code civil sont appliqués à tout vice qui affecte gravement l'usage de la chose ou qui emporterait la nécessité de réparations coûteuses.

Cette conception est contestable au regard et des termes de l'article 1792 et de la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle pouvait certes se justifier dans un système qui refusait de reconnaître une responsabilité de l'entrepreneur

(43) Cass. 5 mai 1967, Pas. 1967, I, 1046.

(44) Cass. 21 avril 1986, Pas. 1986, I, 983; Cass. 18 novembre 1983, Pas. 1984, I, 303.

(45) voy. notamment M. A. et Ph. Flamme, le contrat d'entreprise, n°159 et s.

(46) Cass. 4 mars 1977, Pas. 1977, I, 721; Cass. 18 novembre 1983, Pas. 1984, I, 303.

(47) voy. A. Delvaux et D. Dessard, op. cit., n°224, voy. notamment dans un sens extensif, P. Rigaux, L'architecte n°751, G. Baert, op. cit., p. 699 et 708, voy. à cet égard Bruxelles 15 février 1988, RGDC 1990, p. 309, note M. Dambre, simples fuites; civ. Turnhout 22 décembre 1986, RGDC 1987, p. 83, confirmé par Anvers 27 février 1991, Ent. Dr. 1991, p. 395, note Ph. Flamme, éclairage de carrelage muraux, Civ. Bruxelles, 27 juin 1988, JLMB 1989, p. 908, note R. de Brieu et Rev. Rég. dr. 1989, p. 315, note P. Jadoul, émiettement du revêtement d'un terrain de tennis; Civ. Bruxelles, 5 avril 1988, Ent. Dr. 1989, p. 227, dégâts à une façade sans constatation des conditions de l'article 1792.

pour vices cachés véniels. La consécration de cette dernière lui ôte tout fondement en opportunité (48).

C'est dès lors très exactement ce que la cour d'appel de Bruxelles a décidé que si la ruine menaçante d'une cheminée permettait une action fondée sur la garantie décennale, il n'en était pas ainsi pour les dégradations d'une façade, certes graves par l'ampleur du dommage, mais non pas de nature à mettre en péril sa solidité (49).

De même un défaut d'isolation acoustique n'affecte pas la solidité d'un bâtiment (50).

C'est encore alors dans le même sens que la cour d'appel de Bruxelles a considéré que la condensation apparaissant dans des doubles vitrages ne constituait pas un vice décennal, même si ceux-ci faisaient office de murs extérieurs (51).

En revanche, il est certain que des désordres qui sont de nature à affecter à terme la solidité du bâtiment entrent dans le champ d'application de la garantie, même si celui-ci n'est pas immédiatement en péril. Il en est ainsi d'infiltrations graves (52).

2.2. Vente du bien construit et transmission de la garantie décennale et de la garantie des vices véniels

16. L'obligation de délivrance du vendeur implique la mise à disposition du bien vendu et de ses accessoires tant matériels que juridiques (art. 1615 du Code civil).

Il est admis à cet égard de longue date que parmi les accessoires juridiques se retrouvent certaines actions qui n'ont en principe plus d'utilité pour le vendeur dès lors qu'il n'a plus la propriété du bien vendu (53).

Tel est le cas de la garantie des vices cachés contre un précédent vendeur (54). Tel est également le cas de la garantie décennale et de la garantie des vices véniels (55).

(48) cons., en ce sens W. Nackaert, op. cit., RW 1992-1993, p. 169 et s.; comp. A. Delvaux et D. Dessard, op. cit., n°224 in fine et réf. citées.

(49) Bruxelles, 8 avril 1992, JLMB 1992, p. 1290; cons. aussi Comm. Bruxelles, 26 juillet 1994, Ent. Dr. 1995, p. 24.

(50) Civ. Turnhout, 3 septembre 1990, Turnh. Rechtsl; 1991, p. 3.

(51) Bruxelles, 9 mai 1986 et Comm. Bruxelles, 29 janvier 1985, Ent. Dr. 1988, p. 237, note M.A. Flamme; voy. aussi Bruxelles, 1er avril 1983, Res. et jur. imm. 1984, p. 29, et civ. Namur, 24 janvier 191, Entr. dr. 1991, p. 374.

(52) Bruxelles 14 juin 1985, Ent; Dr. 1987, p. 101, Bruxelles, 10 avril 1987, Res. et jur. imm. 1987, p. 95, civ. Termonde, 17 juin 1988, Ent. Dr. 1990, p. 54.

(53) De Page, T. IV, n°98.

(54) L. Simont, J. De Gavre, P.A. Fories, op. cit., RCJB 1995, n°35, p. 169 et n°57, p. 206 et réf.

(55) pour la garantie décennale, voy. Cass. 5 décembre 1980, Pas. 1981-I- 398.

Ces principes sont constants.

L'acquéreur d'un bien pourra ainsi agir directement contre l'entrepreneur ou l'architecte de son vendeur. Cette action ne constitue cependant pas techniquement une «action directe». L'acheteur n'exerce pas un droit propre mais bien les droits de son vendeur. Le défendeur pourra donc invoquer à l'égard du demandeur toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer à son cocontractant.

Pour apprécier le caractère caché ou non d'un vice véniel, le juge devra donc tenir compte des qualités du vendeur et non de celles de l'acheteur demandeur à l'action. De même c'est la découverte du vice caché par le vendeur et non par l'acheteur qui fera courir le bref délai.

17. Par arrêt du 15 septembre 1989, la Cour de cassation a décidé que l'action en garantie décennale qui avait été mise en oeuvre par le vendeur avant la vente n'était pas transmise à l'acheteur, sauf disposition expresse contraire de l'acte de vente, opérant en réalité cession de droits litigieux (56).

Cette jurisprudence est de bon sens et est liée à l'idée même d'accessoire. Nous avons précisé en effet que la transmission de l'action s'expliquait par l'idée que celle-ci ne présentait plus d'intérêt pour le vendeur une fois le bien vendu.

Tel n'est évidemment pas le cas lorsque l'action a été introduite.

En effet, le prix de vente tiendra en principe en compte le désordre et il appartiendra dès lors à l'entrepreneur ou à l'architecte responsables d'indemniser le propriétaire vendeur du dommage résultant de cette moins-value.

18. Rappelons, enfin, qu'un point reste controversé, à savoir le fondement du recours en garantie que le vendeur pourrait exercer contre l'entrepreneur au cas où il serait assigné sur base des articles 1641 et suiv. du Code civil.

Ce recours est constant. Mais comment le justifier dès lors que le vendeur a transmis à son acheteur son droit d'action sur base des articles 1792 et 2270 du Code civil ?

(56) Pas. 1990, I, 65, RCJB 1992, p. 507, note J. Herbots. On sait que cet auteur estime que la transmission de l'action expliquerait par le fait qu'il s'agirait d'un droit "propter rem", comp. X. Dieux, "Les chaînes et les groupes de contrats en droit belge. Pour un retour aux sources", Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences", p. 109 et s. qui plaide en faveur d'une application de l'article 1382 du Code civil.

Il nous semble que ce recours peut - en droit positif - être justifié par l'effet d'une subrogation légale au sens de l'article 1251, 3° du Code civil (57). Cette explication nous paraît meilleure que le recours que le professeur Herbots (58) a fait à l'idée de droit «propter rem» qui ne serait pas complètement transmis dans la mesure où il présenterait un intérêt pour le vendeur.

(57) v. L. Simont, J. De Gavre et P.A. Foriers, "Examen de jurisprudence, Les contrats spéciaux", RCJB 1985, p. 164 et 165; voy. en ce sens X. Dieux, op. cit., Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences, p. 131, X. Dieux s'écarte cependant finalement de cette analyse dans la mesure où il écarte le fondement même de l'article 1615 du Code civil pour justifier la transmission de l'action.

(58) J. Herbots, op. cit., RCJB 1992, n°41, p. 544.

***QUESTIONS ACTUELLES
RELATIVES AUX CONTRATS
VISÉS PAR LA LOI BREYNE***

**Cécile Dumortier,
juge au tribunal de première instance de Liège**

SOMMAIRE

SECTION I

LA LOI BREYNE, 25 ANS APRÈS	189
1 <i>Champ d'application de la loi</i>	190
2 <i>Les conventions d'études</i>	192
3 <i>Conclusion d'une convention sous condition suspensive d'octroi du permis de bâtir.....</i>	193
4 <i>Contrôle obligatoire par un architecte du coût des ouvrages exécutés pour la somme exigible lors de la passation de l'acte authentique</i>	193
5 <i>Le rôle accru du notaire dans le contrôle du respect de la loi .</i>	195
6 <i>Autres modifications.....</i>	197
<i>Conclusion</i>	198

BIBLIOGRAPHIE

1 <i>Jurisprudence récente.....</i>	199
2 <i>Doctrine récente relative à la modification de la loi Breyne par la loi du 3 mai 1993</i>	199

Section I

La loi Breyne, 25 ans après ...

Briques à la carte, service compris, maison en kit ou clé sur porte, volonté d'économie de soucis et d'argent, la construction d'une maison individuelle sur quatre est confiée à une entreprise clé sur porte.

La loi Breyne du 9 juillet 1971 est plus que jamais d'actualité et le législateur a renforcé les protections et garanties offertes à l'acquéreur ou au candidat bâtisseur par la loi du 3 mai 1993.

Ces modifications sont d'application depuis le 1er octobre 1993 (article 7 de la loi du 3 mai 1993) (1). Elles concernent tant le champ d'application de la loi que les protections et garanties, trois aspects que nous examinerons dans le cadre de ce travail qui n'a d'autre objectif que de résumer l'ensemble des nombreuses et excellentes publications renseignées à la bibliographie, auxquelles le lecteur se référera avec bonheur.

Il suffit de rappeler que la loi Breyne de 1971 est un ensemble de dispositions impératives (2), et non d'ordre public (à l'exception de l'article 6 relatif à la responsabilité décennale), qui se borne à protéger les intérêts privés d'une partie et sanctionne de nullité relative les manquements à ses dispositions. Cette nullité ne peut être couverte, ni faire l'objet d'une renonciation avant la passation de l'acte authentique, en ce qui concerne la vente, ou avant la réception provisoire lorsqu'il s'agit d'un contrat d'entreprise (article 13). La loi de 1971 impose donc diverses obligations aux promoteurs vendeurs ou entrepreneurs auxquelles ils ont tenté d'échapper, telles que :

- l'absence de possibilité de toucher le moindre acompte avant la conclusion de la convention visée à l'article 1 (article 10, alinéa 1);
- l'interdiction de signer pareille convention sans avoir obtenu le permis de bâtir;
- l'obligation de limiter l'acompte à 5 % lors de la signature de la convention (article 10, alinéa 2);

(1) Sur l'entrée en vigueur et les dispositions transitoires, voy. J.-L. Jeghers, «La réforme de la loi Breyne», *Actualités du droit*, 1994, p. 640.

(2) Cass., 27 février 1980, Pas., 1980, I, 782; Cass., 24 février 1983, *R.C.J.B.*, 1985, p. 400.

- l'obligation de fournir une garantie d'achèvement par l'entrepreneur non agréé, ou un cautionnement par l'entrepreneur agréé (article 12).

Les professionnels concernés ont tenté de diverses manières d'é luder l'application de la loi à leur égard et la loi du 3 mai 1993 essaie de déjouer leurs astuces, en renforçant les garanties de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage, mais également en rencontrant les préoccupations de la pratique commerciale dans le domaine de la promotion.

Les nouvelles dispositions :

- modifient donc le champ d'application,
- réglementent les conventions d'études,
- autorisent la signature de la convention sous condition suspensive de l'obtention du permis de bâtir,
- instaurent le contrôle obligatoire d'un architecte sur la valeur des travaux exécutés au jour de la signature de l'acte authentique,
- obligent le notaire instrumentant à constater que la garantie d'achèvement ou le cautionnement ont été constitués au moment de la passation de l'acte authentique.

1. Champ d'application de la loi

La loi Breyne s'applique à toute convention ayant pour objet :

1. le transfert de la propriété d'une maison ou d'un appartement à construire ou en voie de construction (vente), ainsi qu'à toute convention portant engagement de construire (entreprise), de faire construire (entreprise générale) ou de procurer un tel immeuble (promotion vente ou construction) (3);
2. lorsque la maison ou l'appartement est destiné à usage d'habitation ou à usage professionnel **et** d'habitation (4);
3. et qu'en vertu de la convention, l'acheteur ou le maître de l'ouvrage est tenu d'effectuer un ou des versements avant l'achèvement de la construction.

Cette disposition vise donc les promoteurs vendeurs ou constructeurs mais également l'entrepreneur général de travaux qui s'engage à mener à bonne fin la construction d'une habitation en recourant à la sous-traitance.

(3) Ne s'applique pas à la construction d'une véranda : Comm. Hasselt, 4e ch., 13 décembre 1994, *Limb. Rechts.*, 1995, p. 195.

(4) Ne concerne pas le professionnel de l'immobilier qui achète pour revendre : Comm. Bruxelles, 23 juin 1994, *Entr. et dr.*, 1994, p. 329, note G. Baert; Civ. Anvers, 16e ch., 17 juin 1992, *Entr. et dr.*, 1994, p. 138.

La loi du 3 mai 1993 étend l'application de la loi Breyne :

1. à toute convention ayant pour objet un transfert de propriété et portant engagement de transformer ou d'agrandir une maison ou un appartement à usage d'habitation ou à usage d'habitation et professionnel;
2. lorsque le prix total des travaux de transformation ou d'agrandissement est supérieur à un montant minimum fixé par arrêté royal à 80 % du prix d'achat avec un minimum de 750.000 francs (article 1 de l'A.R. du 21 septembre 1993);
3. et qu'en vertu de la convention, l'acheteur ou le maître de l'ouvrage est tenu d'effectuer un ou plusieurs versements avant l'achèvement de ces travaux.

Le législateur rencontre ainsi la pratique de la vente du gros oeuvre fermé, qui permet d'échapper à la loi puisque l'immeuble n'est pas achevé, couplée avec la conclusion d'un contrat d'entreprise distinct pour les travaux d'achèvement; il vise tous les transferts de propriété avec transformation ou agrandissement d'une certaine envergure (5).

Vendre un gros oeuvre fermé était une pratique non soumise à la loi Breyne, mais non attrayante au point de vue commercial. Si le vendeur lui-même, ou une société soeur, achevait les travaux dans le cadre d'un contrat d'entreprise, il y avait fraude à la loi. Dorénavant, la loi Breyne ne s'applique que si les travaux de transformation ou d'agrandissement dépassent 750.000 francs et 80 % du prix d'achat.

Fréquemment, le promoteur tente d'échapper à la loi en se présentant comme le mandataire-coordonateur, chargé d'assister le maître de l'ouvrage dans la recherche d'entrepreneurs et architecte, de coordonner leur intervention, en évitant d'assumer l'engagement de procurer eux-mêmes un immeuble en état d'achèvement.

La jurisprudence sanctionne de nullité la fausse apparence, en relevant in concreto tous les indices pouvant démontrer que le pseudo-mandataire est en réalité le véritable entrepreneur ou vendeur : on examinera la nature des documents présentés à la signature du candidat bâtisseur ou acquéreur, la publicité, la rémunération du promoteur, la gestion financière du contrat, les circonstances entourant le choix de l'architecte et des entrepreneurs, la direction effective de l'opération de construction (6).

(5) J.-L. Jeghers, «La réforme de la loi Breyne», *Actualités du droit*, 1994, p. 609; P. Henry et F. Pottier, «La réforme de la loi Breyne. A la recherche de l'Arche perdue», *Mélanges de Caluwé*, 1995, p. 249 et suivantes.

(6) Voy. Civ. Nivelles, 27 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 313.

2. Les conventions d'études

Antérieurement imaginées par les promoteurs pour éluder l'interdiction de percevoir le moindre acompte avant l'obtention du permis de bâtir (dans le cas des contrats d'entreprise), ce qui leur imposait de financer eux-mêmes toute la phase préparatoire d'études et de conception architecturale, les conventions d'études, unanimement annulées par la jurisprudence comme étant contraires aux dispositions de l'article 7b de la loi de 1971 (7), sont désormais légales et non soumises à l'application de la loi, pour autant qu'elles répondent aux conditions suivantes :

1. qu'elles contiennent une **description des travaux** sur lesquels porte l'étude ainsi qu'un **relevé des besoins** de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage;
2. que leur coût ne dépasse pas 2 % du coût prévu de la construction;
3. que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage dispose d'un délai de réflexion de 7 jours au moins avant que la convention ne devienne définitive (8).

Il faut entendre par "coût prévu de la construction" l'estimation du constructeur pour autant qu'elle réponde au budget fixé par le candidat acquéreur ou maître de l'ouvrage (9).

Par "construction", il faut entendre également les travaux de transformation et d'agrandissement qui tombent sous le coup de la loi modifiée.

Le contenu de la convention d'étude n'est cependant pas défini : il peut s'agir d'une simple étude de faisabilité comme du dossier nécessaire à l'obtention du permis de bâtir ou d'un certificat d'urbanisme.

Pour autant qu'elle remplisse les trois conditions susdites, une simple étude de faisabilité pourrait justifier le paiement d'un acompte de 2 % du coût prévu des travaux. Cet acompte reste par contre fort peu élevé au regard de la rémunération normale d'un architecte pour la conception du projet nécessaire à l'obtention du permis de bâtir ($\pm 3,5$ % du coût prévu). Obligé de brader ses honoraires, ce dernier offrira-t-il la même qualité de travail au maître de l'ouvrage ou se contentera-t-il d'être l'employé du promoteur ? Autant de questions qui laissent circonspect quant à la portée de l'exclusion des conventions d'étude du champ d'application de la loi (10).

(7) Voy. Civ. Mons, 23 avril 1985, *Entr. et dr.*, 1993, p. 346 et note G. Balis.

(8) On consultera avec intérêt les observations de P. Rigaux qui conseille au magistrat de vérifier avec rigueur la qualité du projet souhaité par le candidat acheteur ou constructeur : "si la description des travaux à étudier et le relevé des besoins de l'acquéreur exprimés dans la convention d'étude sont détaillés ou adaptés aux particularités de l'espèce, les facultés du promoteur ou de l'entrepreneur d'exiger paiement de suppléments inattendus seront restreintes" («Modifications de la loi du 9 juillet 1971 par la loi du 3 mai 1993», *J.T.*, 1993, p. 705).

(9) J.-L. Jeghers, *op. cit.*, p. 612.

(10) P. Henry et F. Pottier, *op. cit.*, p. 270.

3. Conclusion d'une convention sous condition suspensive d'octroi du permis de bâtir

L'article 7b nouveau autorise désormais les parties à signer une convention qui mentionne "la date de la délivrance du permis de bâtir et les conditions de ce permis ou la convention concernant la condition suspensive de l'obtention d'un permis de bâtir; dans ce dernier cas, le demandeur du permis de bâtir doit s'engager à remettre à son cocontractant, dans le mois de la réception de la notification de la décision concernant la demande de permis de bâtir, une copie certifiée conforme dudit permis et de ses conditions" (11).

Modification salubre pour les uns (12), parce qu'elle rééquilibre les obligations respectives des parties en permettant au moins au promoteur de réclamer un acompte avant d'entamer la phase d'étude, ou moins sécurisante et plus dangereuse pour les autres, parce que les plans définitifs ne seraient pas annexables à la convention ainsi que l'impose l'article 7d ou parce qu'on ne connaît pas les conditions auxquelles l'octroi du permis pourrait être subordonné, les points de vue diffèrent selon que l'on se place sur le plan de la protection de l'acquéreur ou maître de l'ouvrage ou sur celui de l'intérêt du professionnel de l'immobilier.

4. Contrôle obligatoire par un architecte du coût des ouvrages exécutés pour la somme exigible lors de la passation de l'acte authentique

L'article 10 de la loi de 1971 énonce toujours que le vendeur ou l'entrepreneur ne peut exiger ou accepter aucun paiement, sous quelque forme que ce soit, avant la conclusion de la convention visée à l'article premier. On exceptera dorénavant les conventions d'étude qui respectent les conditions de l'article 2. Lors de la conclusion du contrat, des arrhes ou un acompte peuvent être réclamés qui ne peuvent dépasser 5 % du prix total (article 10, alinéa 2).

Mais la nouveauté vient de ce que le promoteur ou l'entrepreneur peut dorénavant prétendre au moment de la passation de l'acte authentique à un supplément correspondant :

- au coût du terrain ou de la quotité vendue,
- majoré du coût des ouvrages exécutés avec l'approbation d'un architecte autorisé à exercer cette profession en Belgique,
- sous déduction des arrhes ou acompte versés.

Copie de l'approbation doit être jointe à l'acte.

(11) Vente sous condition suspensive : Bruxelles, 2e, ch., 16 mai 1991, *Entr. et dr.*, 1994, p. 141.

(12) P. Henry et F. Pottier, *op. cit.*, p. 271.

En cas d'application de l'alinéa 2 de l'article premier, le vendeur a droit au prix de vente de l'immeuble faisant l'objet du transfert de propriété, majoré du coût des travaux effectués, approuvés par l'architecte.

Le solde est exigible par tranches, comme auparavant, au fur et à mesure de l'avancement des travaux et sans que les tranches puissent dépasser le coût des travaux effectués, mais le législateur n'a pas imposé l'intervention de l'architecte pour contrôler l'adéquation entre le prix et l'état d'avancement.

L'architecte approbateur peut être celui qui a contracté avec le promoteur, pour autant que l'acquéreur ait donné son consentement éclairé sur ce choix, mais il apparaît plus judicieux de recourir aux services d'un architecte indépendant de celui du promoteur, qui pourrait encore prêter assistance au maître de l'ouvrage lors du contrôle de l'avancement du chantier ou des réceptions provisoires et définitive.

Cette position, décriée par les uns (13) et encouragée par les autres (14), a fait l'objet d'une norme déontologique n° 47 le 31 janvier 1992 visant notamment à imposer à l'architecte qui contracte avec le promoteur de s'assurer que l'acquéreur ou maître de l'ouvrage est assisté d'un architecte conseil. Par arrêt du 18 janvier 1995, le Conseil d'Etat a cependant décidé que cette norme n'avait aucun caractère obligatoire en raison de son absence de sanction par un arrêté royal (15).

Les modifications de la loi Breyne suscitent bien des réflexions sur la position de l'architecte dans le cadre de la promotion immobilière.

Le législateur ne néglige-t-il pas le monopole de l'architecte en reconnaissant au promoteur vendeur ou constructeur le droit de se faire payer des conventions d'études consistant à dresser le dossier nécessaire à l'obtention d'un permis de bâtir ?

Il fait, par contre, de l'architecte, le tampon nécessaire pour contrôler les abus dans les appels de fonds du promoteur lors de la passation de l'acte authentique. Contrariété évidente d'intérêts qui n'assure qu'une protection mitigée du consommateur de la construction-vente.

(13) Ph. Flamme, «Quelques réflexions sur l'intervention de l'architecte découlant de la modification de l'article 10, alinéa 3, de la loi Breyne par la loi du 3 mai 1993, *Entr. et dr.*, 1994, p. 211-215.

(14) Y. Hannequart, «Deux règles déontologiques importantes concernant l'exercice de la profession d'architecte», *J.T.*, 1992, p. 649 à 656; M. Vanwijck-Alexandre, «Droit de la construction», *Actualités du droit*, 1991, p. 929; P. Henry et F. Pottier, *op. cit.*, p. 276; Jeghers, *op. cit.*, p. 622.

(15) Conseil d'Etat, arrêt du 18 janvier 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 291.

5. Le rôle accru du notaire dans le contrôle du respect de la loi

Le notaire, déjà tenu de faire figurer dans l'acte toutes les dispositions impératives de l'article 7, voit son rôle s'accroître en même temps que sa responsabilité professionnelle. L'article 7d impose que soient annexés à la convention les plans détaillés et cahier des charges, spécification des matériaux, signature des plans par un architecte, copie éventuelle de l'acte de base et du règlement de copropriété; le notaire doit vérifier que ces pièces sont en possession des parties et peut, dans cette mesure, couvrir l'absence de ces annexes par une déclaration expresse.

Le notaire doit s'assurer qu'ont été prévus les délais d'exécution ou de livraison, les dommages et intérêts pour retard d'exécution (article 7f), le mode réception, l'information depuis 15 jours au moins de l'acquéreur ou maître de l'ouvrage sur les données et documents à annexer (articles 7g et 7h).

Le notaire doit encore mentionner dans l'acte authentique (comme c'est le cas dans l'acte sous seing privé), **en caractères différents et gras**, que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage a le droit d'invoquer la nullité de la convention ou d'une clause contraire à la loi, en cas de non-respect des dispositions des articles 7 et 12 ou des dispositions prises en vertu de ces articles, **dont le texte doit être repris intégralement** dans le contrat (article 7, avant-dernier alinéa).

Cette dernière disposition n'est évidemment intéressante qu'en cas de vente jumelée à un contrat d'entreprise puisque la nullité ne peut être invoquée, en cas de vente, que jusqu'à la passation de l'acte authentique, tandis qu'elle peut l'être jusqu'à la réception provisoire, en cas de contrat d'entreprise (article 13).

On notera cependant que les clauses de l'article 7 ne sont pas applicables qu'aux actes authentiques des notaires, puisqu'elles visent toutes les conventions de l'article premier, et donc les conventions sous seing privé, ainsi que les promesses de pareilles conventions (16).

Enfin, au niveau du contrôle des garanties, on rappellera que l'article 12 de la loi du 9 juillet 1991 impose au vendeur ou entrepreneur agréé selon les critères de la loi du 20 mars 1991 la constitution d'un cautionnement, tandis que le vendeur ou l'entrepreneur non agréé est tenu de garantir l'achèvement de la maison ou de l'appartement, de la transformation ou de l'agrandissement ou le remboursement des sommes versées en cas de résolution du contrat à défaut d'achèvement.

(16) J.-L. Jeghers, *op. cit.*, p. 621 et 622.

L'arrêté royal du 21 octobre 1991 a précisé les modalités des garanties et de l'information de l'acquéreur ou maître de l'ouvrage (articles 3 et 4) :

- un cautionnement de 5 % du prix du bâtiment constitué auprès de la Caisse des dépôts et consignations, personnel, collectif ou global, dans les 30 jours à dater de la convention ou de la connaissance de la réalisation de la condition suspensive, **libérable par moitiés à la réception provisoire et à la réception définitive;**
- ou une garantie d'achèvement par voie de caution solidaire d'un établissement de crédit, dont la convention doit être jointe en copie dans l'acte de vente, ou délivrée au maître de l'ouvrage dans les 30 jours de la conclusion du contrat d'entreprise ou de la connaissance par l'entrepreneur de la réalisation de la condition suspensive, **libérable à la réception provisoire des travaux.**

La garantie d'achèvement est plus lourde financièrement que le cautionnement qui, au surplus, offre plus de garantie pour l'achèvement des travaux dans la période d'un an courant entre la réception provisoire et la réception définitive.

Or, ces garanties offertes à l'acquéreur ou maître de l'ouvrage sont impératives mais non d'ordre public. La partie protégée seule peut invoquer la nullité de la convention, promesse de convention ou clause qui n'observerait pas le prescrit des articles 7 et 12 de la loi ou des arrêtés pris en exécution de ces articles, et encore ne le peut-elle qu'avant la passation de l'acte authentique, en cas de vente, ou avant la réception provisoire s'il s'agit d'un contrat d'entreprise (article 13) (17).

Nombre d'entrepreneurs non agréés ont tenté d'obtenir de l'acquéreur ou maître de l'ouvrage la renonciation à la garantie d'achèvement en échange de leur propre renonciation à réclamer la révision des prix (article 7e) (18). D'abord de manière illégale dans la convention sous seing privé en spéculant sur la mauvaise information et l'inertie du cocontractant, ensuite de manière parfaitement efficace dans l'acte authentique, le cocontractant pouvant à ce moment couvrir la nullité antérieure.

Le législateur a, dès lors, modifié l'article 13, en ajoutant un alinéa 4 qui spécifie que "l'acte authentique doit mentionner que toutes les prescriptions des articles 7 et 12 de la présente loi ont été respectées".

(17) Sur la sanction de l'inobservation d'une des dispositions de l'article 7 et de l'article 12, voyez civ. Mons, 23 octobre 1984 et 23 avril 1985, *Entr. et dr.*, 1994, et obs. G. Balis; Civ. Anvers, 16ème ch., 17 juin 1992, *Entr. et dr.*, 1994, p. 138; quant aux restitutions en cas d'annulation, voy. Civ. Nivelles, 27 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 313; Bruxelles, 2ème ch., 16 mai 1991, *Entr. et dr.*, 1994, p. 141.

(18) P. Henry et F. Pottier, *op. cit.*, p. 267; P. Rigaux, *J.T.*, 1991, p. 493, et *J.T.*, 1993, p. 706.

C'est donc au notaire qu'il appartient de vérifier que les garanties ont été constituées : la possibilité pour l'acquéreur de renoncer à la garantie est tenue en échec par le législateur qui instaure en obligation légale à charge du notaire de ne passer la convention que si la garantie est constituée. Le notaire engagerait sa responsabilité professionnelle s'il passait une convention en contravention à l'alinéa 4 de l'article 13.

Par contre, cette renonciation à garantie reste néanmoins possible dans le cas du contrat d'entreprise où on ne recourt pas à un notaire, et n'est seulement qu'annulable jusqu'à la réception provisoire moyennant une action en justice. La loi du 3 mai 1993 n'a donc pas atteint son but de protection dans cette dernière hypothèse.

Le notaire a donc un rôle actif (19) consistant à vérifier :

- a. pour un entrepreneur agréé :
 - que le cautionnement a été fourni,
 - que l'entrepreneur est agréé,
 - que les travaux se situent bien dans la classe de son agrément.
- b. pour un entrepreneur non agréé :
 - qu'il dispose d'une convention de garantie de bonne foi qui doit être annexée à l'acte authentique.

Les parties ne pourraient pas relever le notaire de cette obligation légale, sous peine de vider de sa substance la nouvelle protection que le législateur a voulu mettre en place de manière impérative (20).

Les promoteurs de la vente l'ont bien compris et nombre d'entre eux ont sollicité l'agrément afin d'échapper à l'obligation de la garantie d'achèvement, plus onéreuse que le cautionnement. La protection de l'acquéreur n'en est qu'accrue au plan de la qualité des travaux et de la garantie et disparaissent ainsi les escrocs et aventuriers de la profession.

6. Autres modifications

D'autres modifications viennent encore concourir à une meilleure protection de l'acquéreur :

- l'article 7d : les plans et cahier des charges doivent être "précis et détaillés";

(19) J.-L. Jeghers, *op. cit.*, p. 633 et suivantes.

(20) *Contra* : thèse de monsieur J. Demblon critiquée par J.-F. Taymans in «Loi Breyne et garantie d'achèvement», *Rev. not. b.*, 1994, p. 378 et suivantes.

- l'article 7e : le prix convenu dans le contrat doit englober tous les travaux nécessaires à une "habitabilité normale" qui doit comprendre les finitions nécessaires, librement appréciées par le juge du fond;
- l'article 7 e bis : impose la mention des aides publiques et régionales au logement dont le contrat doit être joint en annexe;
- l'article 7 f énonce que les dommages et intérêts pour retard d'exécution doivent au moins correspondre à un "loyer normal du bien achevé auquel se rapporte le contrat".

Conclusion

Une réforme efficace, donc, surtout dans le domaine de la promotion-vente, où le rôle (et les responsabilités) accru des notaire et architecte assure une meilleure garantie à l'acquéreur sur le sérieux de son partenaire. Mais encore des faiblesses dans la promotion-construction où beaucoup plaident pour une intervention plus systématique de l'architecte dans le contrôle de la libération des tranches de paiement, et dans celui des réceptions, et pour l'instauration d'un véritable accès à la profession du promoteur avec réglementation de son statut.

Une réforme qui, au-delà du souci de protection du consommateur, rencontre également les préoccupations légitimes des professionnels de l'immobilier et devrait les inciter à plus de transparence (21). Un mot à la mode aujourd'hui, qui ne devrait pas concerner que le monde judiciaire. Signe des temps ?

(21) P. Henry et F. Pottier, *op. cit.*, J.-L. Jeghers, *op. cit.*

Bibliographie

1. Jurisprudence récente

- Cass., 27 février 1980, Pas., 1980, I, 782
- Cass., 24 février 1983, R.C.J.B., 1985, p. 400
- Civ.Anvers, 26 mars 1981, R.G.E.N., 1982, p. 22.753
- Mons, 13 janvier 1987, J.L.M.B., 1987, p. 1103
- Bruxelles, 26 octobre 1990, J.L.M.B., 1992, p. 364 et note P.H.
- Civ. Bruxelles, 6e ch., 14 janvier 1991, Pas., 1991, III, 61
- Comm. Bruxelles, 15e ch., 23 janvier 1991, Rev. not. b., 1992, p. 41
- Bruxelles, 2e ch., 14 janvier 1993, Entr. et dr., 1993, p. 136.
- Civ. Mons, 23 octobre 1984, 23 avril 1985, Entr. et dr., 1993, p. 346 et note G. Balis
- Comm. Hasselt, 4e ch., 13 décembre 1994, Limb. Recths., 1995, p. 195
- Comm. Bruxelles, 23 juin 1994, Entr. et dr., 1994, p. 329, note G. Baert
- Civ. Nivelles, 27 juin 1994, J.L.M.B., 1995, p. 313.
- Civ.Anvers, 16e ch., 17 juin 1992, Entr. et dr., 1994, p. 138
- Bruxelles, 2e ch., 16 mai 1991, Entr. et dr., 1994, p. 141
- Civ. Bruxelles, 14 janvier 1991, Pas., III, 61; R.J.I., 1991, p. 251

2. Doctrine récente relative à la modification de la loi Breyne par la loi du 3 mai 1993

- S.P.De Coster, «Modifications à la loi Breyne par la loi du 3 mai 1993», R.W., 1993-1994, p. 1001.
- Wijmeersch, Nichels et Blommaert, «La réglementation de la garantie dans la loi Breyne», R.W., 1994-1995, p. 181 à 185.
- A. Renard, «La loi du 3 mai 1993 modifiant la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction : la réforme de la loi Breyne», Entr. et dr., 1994, p. 113 à 136.

- Ph. Flamme, «Quelques réflexions sur l'intervention de l'architecte découlant de la modification de l'article 10, alinéa 3, de la loi Breyne par la loi du 3 mai 1993, Entr. et dr., 1994, p. 211-215.
- M. De Vroey, De wet Breyne, Konstruktieve Publikaties en Avies, Lokeren, 1994, p. 234.
- Meulemans et Herbots, «Les expertises dans le cadre de la loi Breyne. L'intervention obligatoire et facultative d'un architecte», D.C.C.R., 1994-1995, p. 102-119.
- J.-L. Jeghers, «La réforme de la loi Breyne (loi du 3 mai 1993 modifiant celle du 9 juillet 1971) : renforcement de la sécurité pour l'acquéreur ou frein à la promotion immobilière ?», Actualités du droit, 1994, p. 603-660.
- «De wet Breyne», Limb. Rechts., 1995, p. 86.
- J.-L. Rens, «La modification de la loi Breyne», T. not., 1993, p. 427.
- X. De Bue, «La réforme de la loi Breyne : protection accrue ou leurre ?», Echos. log., 1993, p. 69-89.
- J.-F. Taymans, «Loi Breyne et garantie d'achèvement», Rev. not. b., 1994, p. 378 à 383.
- G. Baert, «Beroepsbeleggers - Niet onder de toepassing van de Woningbouwwet vallende overeenkomsten», Entr. et dr., 1994, p. 339-341.
- P. Rigaux, «Modifications de la loi du 9 juillet 1971. Loi Breyne réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, par la loi du 3 mai 1993", J.T., 1993, p. 705-706.
- P. Henry et E. Pottier, «La réforme de la loi Breyne : à la recherche de l'Arche perdue», Mélanges De Caluwé, 1995, p. 241 et suivantes.
- M. De Vroey, «La portée du cautionnement des entrepreneurs dans loi vente sur plans», Entr. et dr., 1990, p. 195.
- P. Vandersmissen, «Les architectes face à la loi Breyne», Entr. et dr., 1991, p. 189.
- R. de Briey, «La loi Breyne. Guide de droit immobilier, II, 3.

On se référera pour les commentaires relatifs à la loi Breyne de 1971 aux ouvrages renseignés par C. Dumortier, «La loi Breyne», in Droit de la construction, Actualités du droit, 1992, p. 9.

***L'INSTRUCTION DES LITIGES
DE LA CONSTRUCTION -
QUELQUES QUESTIONS
PRATIQUES***

**Albert-L. Fettweis,
juge au tribunal de première instance de Liège,
collaborateur à l'U.Lg.**

SOMMAIRE

SECTION I

LES MOYENS D'ÉVITER L'EXPERTISE JUDICIAIRE 205

1. *Le caractère subsidiaire de l'expertise 205*
2. *Les mesures d'instruction qui permettent d'éviter l'expertise .. 206*
 - 2.1. *L'audition de l'expert à l'audience
(article 987 du code judiciaire) 206*
 - 2.2. *Les mesures d'instruction exécutées par le juge
avec l'assistance d'un expert
(article 985 du code judiciaire) 207*
 - 2.3. *L'expert chargé de faire verbalement rapport
en degré d'appel (article 989 du code judiciaire) 209*
 - 2.4. *Le constat d'huissier dressé sur commission de justice
(article 516 du code judiciaire) 210*

SECTION II

LES MOYENS DE DYNAMISER L'EXPERTISE JUDICIAIRE 213

1. *Désignation de l'expert par le juge du fond spécialisé
plutôt que par le juge des référés 213*
2. *Raccourcissement des délais d'exécution des expertises
sous le contrôle du juge 215*
 - 2.1. *Rappel de quelques règles, demeurées «lettre morte» 215*
 - 2.2. *Les modalités de contrôle des délais d'exécution
de l'expertise par le juge 217*
 1. *Le contrôle systématique des délais d'exécution
des expertises 217*
 2. *Le contrôle spécifique du délai d'exécution
dans une expertise urgente 217*

2.3. Quelques propositions concrètes.....	218
1. Fixation par les juges de délais d'exécution mieux adaptés.....	218
2. Accords à conclure entre le Barreau et les associations d'experts.....	218
3. Contrôle systématique des délais d'exécution par le juge qui a ordonné l'expertise	219
2.4. Sanction des retards injustifiés	219
1. Sanctions applicables à l'expert négligent	220
2. Sanctions applicables à la partie non diligente qui a requis l'expertise	221
3. Rédaction de (deuxièmes ?) préliminaires contenant le projet de conclusions de l'expert, soumis à la discussion des parties	222
ANNEXES	224
<i>Mission type I (entrepreneur seul en cause)</i>	<i>224</i>
<i>Mission type II (entrepreneur et architecte en cause)</i>	<i>226</i>

Section I

Les moyens d'éviter l'expertise judiciaire

1. Le caractère subsidiaire de l'expertise

On ne soulignera jamais assez qu'en raison de son coût élevé et de sa lourdeur, l'expertise judiciaire constitue une *mesure d'instruction subsidiaire* par rapport à toute autre mesure d'instruction, dont la mise en oeuvre est plus rapide et moins onéreuse (1).

L'article 962 du code judiciaire, qui dispose que le juge peut, en vue de la solution du litige, ordonner une expertise, autorise *mais n'oblige pas le juge* à recourir à une expertise (2) (3).

Dans l'esprit du code judiciaire, une expertise ne peut être ordonnée que lorsqu'aucune autre mesure d'instruction n'est susceptible de répondre aussi adéquatement aux questions que le juge doit se poser pour trancher le litige (4).

Une expertise ne devrait pas non plus être ordonnée par le juge si les frais de cette expertise risquent d'être disproportionnés par rapport à la valeur du litige (5).

(1) S. DUFRENE, "L'expertise", *J.T.*, 1988, p. 180, n° 6.

(2) Cass., 12 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, 568.

(3) Il faut, cependant, observer avec le professeur van COMPERNOLLE que dans quelques rares hypothèses, le recours à l'expertise est imposé par la loi. Citons, à titre d'exemple dans le domaine des biens, l'article 1678 du code civil en matière de rescision d'une vente immobilière pour lésion de plus des sept douzièmes, l'article 1199 du code judiciaire en matière de vente de fonds de commerce, l'article 4 de la loi de 26 juillet 1962 en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique (van COMPERNOLLE, "La désignation, la mission et la fonction de l'expert", in *L'expertise*, Publications Facultés St-Louis, 1994, p. 106, n° 4).

(4) LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, tome I, Bruylant, 1985, p. 73, n° 72; CLOSSET-MARCHAL, "Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise", p. 7, n° 9, in *La preuve*, U.C.L., 1987; DE LEVAL, "L'instruction sans obstructions", p. 14, n° 6, in *La preuve*, U.C.L., 1987; Civ. Liège, référés, 9 février 1995, *J.T.*, 1996, p. 84.

(5) Gand, 26 novembre 1990, *T.G.R.*, 1991, p. 29; CLOQUET, "Deskundigenonderzoek", *A.P.R.*, Story-Scientia, 1975, n° 93.

2. Les mesures d'instruction qui permettent d'éviter l'expertise (6) (7)

2.1. L'audition de l'expert à l'audience (article 987, alinéas 3 à 9, du code judiciaire)

Lorsqu'une première expertise - qui a été clôturée - ne permet pas au juge de trancher le litige en tout ou en partie, le juge peut - plutôt que d'ordonner une expertise complémentaire ou nouvelle - entendre l'expert à l'audience, éventuellement en même temps que les conseils techniques des parties (article 987, alinéas 3 et suivants, du code judiciaire).

La comparution de l'expert a lieu en audience publique (8) et, préalablement à son audition, l'expert prête le serment spécifique prévu à l'article 987, alinéa 8, du code judiciaire, qui n'est pas prescrit à peine de nullité (9).

Le texte précise que l'expert entendu à l'audience peut «*s'aider de documents lors de cette audition*».

L'article 987, alinéa 3, du code judiciaire est souvent appliqué non seulement lorsque l'expertise antérieurement exécutée comporte des lacunes ou manque de clarté mais aussi souvent lorsqu'une partie critique le contenu du rap-

-
- (6) La question est examinée *de lege lata*. Concernant les réformes législatives qui pourraient intervenir pour accélérer et améliorer l'instruction des litiges de la construction, voy. BAERT et DECOSTER, "Aspecten van procesrechtelijk bouwrecht. De nood aan (zeer) dringende vaststellingen en onderzoeken op de bouwplaats", *Entr. et dr.*, 1995, p. 278. Ces auteurs examinent également longuement dans quelle mesure des solutions efficaces et fiables peuvent être adoptées conventionnellement par le moyen de l'expertise amiable, de l'arbitrage et de la tierce décision obligatoire, ce qui ne rentre pas dans notre sujet.
- (7) Le nouveau code de procédure civile français de 1975 (articles 249 à 262) permet au juge de charger des «techniciens» de missions plus limitées, plus simples et plus rapides que l'expertise, que sont la «constatation» (lorsqu'il s'agit de procéder à de simples constatations ou vérifications sur place) ou la «consultation» (consistant à donner un avis sur une question technique relativement simple), voy. à ce sujet : SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, tome III, n° 895 et suivants; VINCENT et GUINCHARD, *Précis Dalloz. Procédure civile*, n° 1231 et suivants. R. PERROT, "Constatations et consultation : les opérations d'exécution et le principe du contradictoire", *R.T.D.C.*, 1996, p. 701; CLOSSET-MARCHAL, "Considérations générales sur l'expertise", in *L'expertise*, publications Faculté St-Louis, 1994, p. 11, n° 5.
- (8) Contrairement aux comparutions de l'expert à l'audience en cours d'expertise lors du règlement des incidents ou après l'issue de l'expertise lors de la taxation des frais et honoraires. Toutes ces comparutions ont lieu en chambre du conseil (voy. articles 971, 975 et 990, alinéa 4, pour les incidents, et l'article 984 du code judiciaire pour la taxation).
- (9) Contrairement au serment prêté par l'expert lors de l'expertise judiciaire. Depuis la modification de l'article 979 du code judiciaire par la loi du 3 août 1992, ce serment est prescrit à peine de nullité de droit (article 862, § 1, 5°, du code judiciaire). En pratique, la nullité pour défaut de serment au bas d'un rapport d'expertise pourra être aisément évitée par le juge, qui invitera l'expert à réparer son omission soit par le dépôt d'un nouvel exemplaire du rapport revêtu de la formule légale du serment (Bruxelles, 18 mai 1995, *J.T.*, 1995, p. 611), soit par la comparution de l'expert en chambre du conseil pour compléter son rapport (Comm.Verviers, 21 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1069). Le juge fera alors application de l'article 867 du code judiciaire pour couvrir la nullité (de LEVAL, "Miroir de la procédure", Formation permanente C.U.P., vol. IV, *Droit du contentieux*, 1995, p. 69).

port d'expertise en produisant des arguments techniques nouveaux qui n'avaient pas été invoqués en cours d'expertise (10).

Lorsque le juge décide d'entendre l'expert à l'audience, rien ne s'oppose, selon nous, à ce qu'il *ordonne aux parties de communiquer leurs notes et observations à l'expert concernant le rapport d'expertise ou les questions nouvelles posées par le juge, dans un délai déterminé avant l'audience de manière à ce que l'expert puisse - s'il le souhaite - préparer ses réponses dans un écrit qui pourra être annexé au procès-verbal de son audition.*

Ceci permet d'obtenir des réponses plus claires, plus précises et mieux étayées tout en limitant la durée de la comparution de l'expert à l'audience. Il faut, cependant, observer que l'expert, étant à ce moment déchargé de sa mission d'expertise, ne peut plus se rendre sur les lieux litigieux ni réunir à nouveau les parties pour préparer ses réponses (qu'il s'agisse de répondre à des critiques dirigées contre son rapport ou à des questions nouvelles qui lui seraient posées par le juge).

Si des investigations nouvelles s'avéraient nécessaires, un complément d'expertise ou une visite des lieux par le tribunal, assisté de l'expert, devrait être ordonné.

Remarquons enfin que l'article 987, alinéa 5, du code judiciaire dispose que les honoraires et frais de l'expert relatifs à son audition sont taxés définitivement par le juge au bas du procès-verbal à charge de la partie «qui a requis l'expertise ou qui l'a poursuivie» (11).

2.2. Les mesures d'instruction exécutées par le juge avec l'assistance d'un expert (article 985 du code judiciaire)

L'article 985 du code judiciaire dispose que lorsque le juge ordonne une mesure d'instruction, il peut décider qu'un expert y assistera pour donner des explications techniques. L'expert doit prêter le serment spécifique prévu à l'alinéa 2 qui n'est pas prescrit à peine de nullité (voy. note subpaginale 9).

(10) Il arrive fréquemment que les parties consultent un conseil technique après la fin de l'expertise. Or, selon notre Cour de cassation, la circonstance qu'une partie n'a fait part d'aucune observation à l'expert en cours d'expertise n'a pas pour conséquence de la priver ultérieurement du droit de soumettre à l'appréciation du juge ses griefs concernant le rapport d'expertise (Cass., 17 février 1984, *Pas.*, 1984, I, 704; *Cass.*, 16 février 1995, *Bull. cass.*, 1995, p. 185). Serge DUFRENE suggère toutefois quelques moyens utiles permettant d'écarter des observations tardivement formulées au sujet des préliminaires d'un rapport d'expertise (voy. "L'expertise", *J.T.*, 1988, p. 184, n° 22 et 23).

(11) Solution qui ne paraît pas toujours équitable lorsque l'audition de l'expert a été rendue nécessaire ou a été sollicitée par une partie qui n'a ni requis ni diligenté l'expertise.

Ce texte, fréquemment mis en oeuvre lors d'une descente sur les lieux, peut être appliqué utilement lors de *toute mesure d'instruction quelconque* (exemple: comparaison personnelle des parties, enquête, comparaison à l'audience d'un autre expert ayant accompli une mission d'expertise ...) et même lors de la combinaison de deux ou plusieurs mesures d'instruction (exemple: une visite des lieux avec audition des parties et de témoins).

Ici également, dans un but d'efficacité, rien ne s'oppose, selon nous, à ce que le tribunal, faisant application de l'article 985 du code judiciaire, *ordonne aux parties de communiquer leurs dossiers et observations à l'expert dans un délai déterminé avant l'audience*.

L'expert, ainsi mis au courant des éléments du litige avant l'audience, se trouvera beaucoup plus opérationnel pour donner les éclaircissements souhaités par le tribunal.

A l'issue de la mesure d'instruction, le juge pourra, à notre sens, charger l'expert d'une mission ponctuelle complémentaire (12) (comme par exemple la rédaction d'une note technique pour évaluer le coût d'une réparation ou remise en état), tout en précisant le délai dans lequel l'expert devra déposer sa note au greffe pour être versée au dossier de la procédure.

L'article 985, alinéa 4, dispose que les honoraires et frais de l'expert sont taxés définitivement par le juge au bas du procès-verbal et qu'il en est délivré exécutoire *«contre la partie qui a demandé la mesure d'instruction ou contre la partie qui l'a poursuivie si cette mesure a été ordonnée d'office»*.

Il en résulte que, lorsque la mesure d'instruction à accomplir avec l'assistance d'un expert, aura été demandée par une (ou plusieurs) partie(s) au litige, le greffe devra adresser immédiatement la décision à l'expert désigné (13). Par contre, lorsqu'une telle mesure aura été ordonnée d'office par le juge, le greffe devra attendre que la partie la plus diligente lui demande d'envoyer la décision à l'expert car, à défaut, il ne serait pas possible de déterminer ultérieurement à charge de quelle partie doivent être taxés les frais et honoraires de l'expert (14).

(12) Nous disons mission «ponctuelle complémentaire», car lorsqu'il s'agit d'une mission importante nécessitant des investigations nouvelles non négligeables, un nouveau jugement devra être prononcé, selon nous, pour charger l'expert d'une expertise limitée mais cela implique l'application de l'article 965 du code judiciaire, ce qui veut dire que l'expert devra être saisi de sa mission par le greffe à la requête de la partie la plus diligente.

(13) L'article 965 du code judiciaire n'est applicable qu'en matière d'expertise; il ne concerne pas les mesures d'instruction prévues par les articles 985, 987 et 989 du code judiciaire.

(14) ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, 2e partie, tome IV, Les preuves, Bruylant, 1980, n° 184, p. 150; LURQUIN, *Traité de l'expertise*, I, n° 83, p. 86; van COMPERNOLLE, "La désignation, la mission et la fonction dans l'expert", in *L'expertise*, Facultés St-Louis, 1994, p. 112, n° 12.

2.3. L'expert chargé de faire verbalement rapport en degré d'appel (article 989 du code judiciaire)

L'article 989 du code judiciaire dispose notamment que

«Dans les causes jugées en degré d'appel, le juge peut désigner un expert chargé de faire *verbalement rapport à l'audience* fixée à cette fin. Le juge peut aussi prescrire à cet expert de *produire lors de son audition, des états descriptifs, des plans ou des photographies utiles à la solution du litige ...*».

Cette disposition est le plus souvent évoquée par les auteurs par la reproduction de son texte sans commentaire (15) ou avec la seule observation que le juge d'appel peut charger de la mission prévue à l'article 989 du code judiciaire soit l'expert qui a réalisé l'expertise pour le premier juge, *soit un expert nouveau* (16).

Récemment, le professeur VAN COMPERNOLLE faisait remarquer que la disposition de l'article 989 gagnerait à être davantage appliquée car «elle permet au juge d'appel d'ordonner une expertise en forme simplifiée présentant le grand avantage d'entendre l'expert à l'audience» (17).

Une application dynamique de l'article 989 du code judiciaire devrait permettre, à notre sens, au juge d'appel de charger un expert, qui a sa confiance, non encore intervenu dans la cause, d'accomplir une mission souple et limitée, proche d'une des missions simplifiées - consultation ou constatation - organisées depuis 1975 en France par le nouveau code de procédure civile (18).

En effet, le libellé de l'article 989 du code judiciaire permet, selon nous, au juge d'appel de charger un expert :

- soit d'éclairer la juridiction d'appel sur une question technique déterminée, ce qui équivaut à une «consultation»;
- soit de produire un état descriptif, des plans ou des photographies, des lieux litigieux utiles à la solution du litige, ce qui implique que l'expert procède au préalable à une «constatation» sur place;
- soit encore de donner un avis sur la valeur d'un rapport d'expertise pré-existant ou d'un rapport unilatéral d'un conseil technique d'une partie.

(15) ROUARD, *op. cit.*, n° 236.

(16) CLOQUET, "Deskundigenonderzoek", *A.P.R.*, Story-Scientia, 1975, n°236; LURQUIN, *op. cit.*, n° 195.

(17) van COMPERNOLLE, "La désignation, la mission et la fonction de l'expert", in *L'expertise*, Facultés St-Louis, n° 194, p. 111.

(18) Voy. la note subpaginale 7.

L'efficacité de la mesure implique que l'expert désigné sur la base de l'article 989 du code judiciaire *ait une connaissance complète des éléments de la cause, du moins sur le plan technique avant sa comparution à l'audience*. Le texte prévoit d'ailleurs ici aussi qu'il est permis à l'expert de s'aider de documents. La juridiction d'appel ordonnera dès lors utilement aux parties de communiquer leurs dossiers et notes d'observations à l'expert dans un délai déterminé avant l'audience .

Il va de soi que l'expert doit être entendu à l'audience contradictoirement en présence des parties et de leurs conseils. Lorsque l'expert est chargé de faire des constatations avant l'audience, doit-il y procéder contradictoirement ? Pas obligatoirement, à notre sens, comme pour le constat d'huissier qui sera évoqué ci-dessous.

Toutefois, la juridiction d'appel, faisant application de l'article 989 du code judiciaire, pourrait prévoir - souvent utilement, à notre sens (19) - dans le libellé de la mission que l'expert devra procéder contradictoirement, c'est-à-dire qu'il ne pourra procéder à ces constatations qu'après avoir convoqué les parties et leurs conseils sur place et avoir pris note de leurs observations éventuelles.

2.4. Le constat d'huissier dressé sur commission de justice (article 516 du code judiciaire)

L'article 516 du code judiciaire, tel que modifié par la loi du 6 avril 1992 sur le statut des huissiers de justice, dispose en son alinéa 2 que les huissiers de justice *«peuvent être commis pour effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter; ils peuvent également procéder à des constatations de même nature à la requête de particuliers»*.

Il résulte de ce texte nouveau - qui a conféré une base légale au constat d'huissier - que le juge peut charger un huissier de justice de procéder à des constatations.

Si l'article 584, alinéa 4, 2^o, du code judiciaire confère expressément au président du tribunal, en cas d'urgence, la compétence de *«prescrire à toutes fins des constats ...»*, aucun texte n'exclut cependant qu'un constat d'huissier ne puisse être ordonné par le juge du fond (20).

(19) Surtout lorsque les constatations ont un caractère particulièrement technique ou complexe. De manière générale, sauf en cas d'extrême urgence ou d'absolue nécessité, une mesure d'instruction est réalisée plus utilement et plus efficacement pour la solution du litige lorsqu'elle est accomplie contradictoirement.

(20) van COMPERNOLLE, "La désignation, la mission et la fonction de l'expert", in *L'expertise*, Facultés St-Louis, 1994, p. 110; R. MOUGENOT, "La preuve", *Rép. not.*, tome IV, L. II, 1994, n^o 316.

Le constat ne constituant pas une expertise, l'huissier chargé par la justice de dresser un constat *ne doit pas suivre les articles 962 et suivants du code judiciaire*; c'est au juge qu'il appartient de donner les instructions à suivre (21) et de dire notamment si l'expert devra ou non procéder à ses constatations de manière contradictoire (22).

Le constat «n'a d'autre force probante que celle qui peut être reconnue aux constatations faites par les experts» (23).

Il faut, toutefois, observer que si le constat d'huissier peut constituer, surtout en cas d'urgence, un instrument de preuve très utile dans le domaine de la construction, ce moyen connaît d'importantes limites: en premier lieu, l'huissier de justice ne peut que procéder à des constatations purement matérielles *sans pouvoir déduire ou induire quoi que ce soit de ses constatations*; en deuxième lieu, l'huissier étant un profane dans le domaine de la construction, ses constatations pourraient s'avérer incomplètes ou inadéquates pour la solution du litige (24) (25).

-
- (21) de LEVAL, "Institutions judiciaires", *Introduction au droit privé, 2e édition, Liège, 1993*, p. 442; Civ. Liège, référés, 9 février 1995, *J.T.*, 1996, p. 84.
- (22) Il est parfois utile qu'il soit procédé à un constat non contradictoirement car la surprise est souvent gage d'efficacité lorsqu'une situation litigieuse doit être constatée dans toute sa spontanéité (R. PERROT, "Constatations et consultation : les opérations d'exécution et le principe du contradictoire", *R.T.D.C.*, 1996, p. 701). Toutefois, rien dans la loi ne s'oppose à ce que des constats d'huissiers soient réalisés contradictoirement (BAERT et DECORTE, *loc. cit.*, à la note subpaginale 6, *Entr. et dr.*, 1995, p. 252).
- (23) Rapport HERMANS, *Pasin.*, 1967, p. 946; de LEVAL, "L'instruction sans obstructions", p. 17, n° 6c, in *La preuve*, U.C.L., 1987; du même auteur, "Institutions judiciaires", précité, p. 442; van COMPERNOLLE, "La désignation, la mission et la fonction de l'expert", in *L'expertise*, Facultés St-Louis, 1994, p. 110; R. MOUGENOT, "La preuve", *Rép. not.*, Tome IV, L. I, n° 317-1. Pas plus qu'il n'est lié par les constatations matérielles contenues dans un rapport d'expertise, le juge n'est pas lié par des constatations contenues dans un constat d'huissier qui, en aucun cas, n'est revêtu à ce sujet de la force probante attachée aux actes authentiques (pour une opinion contraire, voy. cependant M.-E. STORME, "De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiele feiten door een deurwaarder op verzoek van particulieren", *R.W.*, 1994-1995, p. 345).
- (24) BAERT et DECORTE, *loc. cit.*, *Entr. et dr.*, 1995, p. 251 à 253. Ces auteurs donnent l'exemple de l'huissier de justice qui avait constaté l'inondation des fondations d'une construction en cours, tout en oubliant de relever qu'une pompe était présente et que cette pompe ne pouvait plus fonctionner parce que le câble l'alimentant en électricité avait été sectionné.
- (25) Selon le professeur de LEVAL, l'article 584, alinéa 4, 2°, du code judiciaire permet au président du tribunal, saisi en référé ou sur requête unilatérale, de commettre «*la personne de son choix*» pour procéder à un constat, c'est-à-dire non seulement un huissier de justice mais aussi «*un véritable spécialiste qui, grâce à ses connaissances techniques, sera mieux à même de discerner les faits importants*» (voy. de LEVAL, "Institutions judiciaires", précité, p. 441, note 148).
Le juge du fond pourrait-il commettre un spécialiste comme un architecte ou un ingénieur pour procéder à une simple constatation non contradictoire ?
On pourrait objecter qu'en dehors du constat d'huissier (article 516 du code judiciaire), le juge du fond ne dispose pas d'autre base légale pour ordonner un constat par un technicien que de l'article 962 du code judiciaire qui permet au juge de «*charger les experts de procéder à des constatations* ou de donner un avis d'ordre technique» et l'on se trouve alors dans le cadre d'une mesure d'expertise judiciaire au sens des articles 962 et suivants du code judiciaire (dans ce sens, R. MOUGENOT, "La preuve", *Rép. not.*, tome IV, L. II, n° 316). Mais force est de relever que l'article 962 distingue les constatations de l'avis d'ordre technique ce qui pourrait justifier même dans le cadre de l'expertise un régime plus allégé pour les constatations que pour l'avis d'ordre technique ?

Section II

Les moyens de dynamiser l'expertise judiciaire (26)

1. Désignation de l'expert par le juge du fond spécialisé plutôt que par le juge des référés

Depuis la modification de l'article 735 du code judiciaire par la loi du 3 août 1992, il est possible d'obtenir rapidement, dans le cadre de débats succincts, la désignation d'un expert soit à l'audience d'introduction, soit à une audience rapprochée (27).

Ainsi, par exemple, à la suite de cette réforme, le Tribunal civil de Liège s'est réorganisé de manière à ce que les litiges de la construction soient introduits directement devant la chambre spécialisée en droit de la construction, à une audience hebdomadaire, où une plage horaire de une heure à une heure trente est réservée au «circuit court».

Il faut souligner que les juges des référés apprécient le critère de l'urgence de manière beaucoup plus restrictive lorsqu'il est possible d'obtenir rapidement une expertise devant le juge ordinaire (28).

La désignation de l'expert judiciaire par le juge du fond spécialisé offre de nombreux avantages :

- a *Au niveau du libellé de la mission*, le juge du fond dispose de plus de temps pour examiner les données du litige et adapter la mission aux spécificités de la cause; de manière générale, il est préférable que la mission soit libellée par le juge qui a vocation à trancher ultérieurement du fond du litige (29).

(26) Pour un examen très complet de la jurisprudence récente en matière d'expertise judiciaire, voy. V. d'HUART, "De quelques problèmes actuels de l'expertise judiciaire tous contentieux confondus", Formation permanente C.U.P., vol. XI, *Droit et médecine*, p. 9 à 57.

(27) M. STORME, "La procédure des débats succincts : une hirondelle peut faire le printemps", in *Le droit judiciaire rénové*, Kluwer, 1992, p. 93; A. DEBRULE, "Les débats succincts (articles 735 et 1066 du code judiciaire)", in *Le nouveau droit judiciaire privé*, Larcier, 1994, p. 47; P. MOREAU, "Le circuit court en procédure", in Formation permanente C.U.P., vol. IV, *Droit du contentieux*, p. 105.

(28) Voy., par exemple, Civ. Nivelles, 17 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 109.

(29) de LEVAL, "L'instruction sans obstructions", précité, p. 10.

b. *Au niveau du contrôle et du suivi de l'expertise.*

En vertu de l'article 973 du code judiciaire, les experts procèdent à leur mission sous le contrôle du juge, qui peut assister d'office, ou sur demande, aux opérations d'expertise; il incombe également au juge qui a désigné l'expert de régler les incidents qui peuvent survenir en cours d'expertise.

Le juge du fond spécialisé est non seulement plus disponible que le juge des référés pour accomplir ces différentes tâches mais aussi plus indiqué puisqu'il devra, par la suite, exploiter le rapport d'expertise pour statuer sur le fond du litige.

c. *Au niveau de l'interruption de la prescription*

La citation au fond est toujours interruptive des délais de prescription, ce qui n'est pas le cas de la citation en référé (30). Voy., par exemple, en ce qui concerne la responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes, la jurisprudence très ferme de notre Cour de cassation qui considère que n'interrompt pas la prescription «l'interruption d'une demande en référé aux fins de nomination d'un expert, même si elle invoque la responsabilité décennale» (31).

d. *Au niveau du fond de l'affaire*

Le juge du fond - contrairement au juge des référés - a la possibilité de trancher immédiatement des questions qui concernent l'affaire au fond, en statuant, par exemple, immédiatement sur un déclinaoire de juridiction ou de compétence, ou sur un moyen d'irrecevabilité, ou encore en allouant, sur la base de l'article 19, alinéa 2, du code judiciaire, un montant provisionnel (32) (33).

(30) La citation en référé peut toutefois valablement interrompre la prescription «si elle contient en même temps une demande tendant à la reconnaissance du droit menacé par la prescription» (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, n° 446, p. 331).

(31) Cass., 17 février 1989, *Pas.*, 1989, I, 621.

(32) Il existe aussi la possibilité de demander à l'expert de déposer à une date déterminée et à bref délai un rapport provisoire donnant des informations permettant au tribunal de condamner une partie à payer un incontestablement dû à une autre, avant la clôture de l'expertise (voy. le point 9 de la mission type I d'expertise annexée à la présente intervention).

(33) S'il est vrai qu'il existe un référé-provision, celui-ci est soumis par la jurisprudence à des conditions strictes concernant les critères d'urgence (situation de besoin du créancier et nécessité corrélatrice d'un encaissement immédiat) et de provisoire (caractère non sérieusement contestable de la dette alléguée); voy. de LEVAL, "Le référé en droit judiciaire privé", *Actualités du droit*, 1992, p. 887; Civ. Liège, référés, 9 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 669.

2. Raccourcissement des délais d'exécution des expertises sous le contrôle du juge

2.1. Rappel de quelques règles demeurées «lettre morte»

Durant ces dernières années, plusieurs auteurs (34) ont exposé de manière excellente les règles rigoureuses et impératives du code judiciaire, fort malheureusement demeurées lettre morte dans la pratique, et qui, dans l'esprit des rédacteurs du code judiciaire, devaient restreindre sensiblement la durée souvent excessive des expertises judiciaires.

Il n'est pas inutile de rappeler ici le contenu de ces règles.

En vertu de l'article 963 du code judiciaire, le juge qui ordonne une expertise doit fixer un délai pour le dépôt du rapport.

L'article 975 du code judiciaire dispose que si les experts ne peuvent déposer le rapport dans le délai fixé par le jugement ou, le cas échéant, prorogé (35) par les parties *ils sont tenus de solliciter du juge, par écrit motivé, l'augmentation de ce délai...*

L'article 976 du code judiciaire ajoute que si le juge refuse d'accorder aux experts un nouveau délai pour le dépôt de leurs rapports, *il les décharge de leur mission* et, par le même jugement, désigne de nouveaux experts, *fixe le montant des frais et honoraires «dont il jugerait les parties tenues envers les experts nonobstant le remplacement de ceux-ci et sans préjudice des dommages et intérêts dont ils pourraient être tenus».*

Enfin, l'article 973 dispose que *les experts procèdent à leur mission sous le contrôle du juge. Celui-ci peut, à tout moment, d'office ou sur demande, assister aux opérations.*

Le Commissaire royal CH.VAN REEPINGHEN a commenté ces dispositions de manière explicite en soulignant le rôle essentiel du juge pour veiller au respect du délai d'exécution de l'expertise.

«Ce qui est réalisable dès aujourd'hui, et l'on y a pourvu, est que le juge contrôle de plus près, l'accomplissement de la mission qu'il a confiée à l'expert ...

»... on reconnaîtra que d'amples moyens de s'éclairer sont ouverts au magistrat; l'expertise n'éloigne plus le procès de lui; il est associé étroitement à son développement et c'est de sa vigilance que dépendent dorénavant, pour une

(34) Voy. notamment G. CLOSSET-MARCHAL, "Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise", p. 18-19 et 30-31, in *La preuve*, U.C.L., 1987; L.-M. HENRION, "L'article 973 du code judiciaire : une disposition oubliée", *R.D.C.*, 1992, p. 141; D. MOUGENOT, "Durée des expertises et contrôle du juge", *J.T.*, 1996, p. 361.

(35) Le texte dit «prorogé» et non «supprimé» par les parties !

large part, l'efficacité et la promptitude, maintenant si souvent mise en défaut, de la mesure d'information technique qu'il ordonne.

«... on a dit plus haut que le jugement qui ordonne l'expertise fixe un délai pour le délai du rapport (article 963). Ce délai peut être prorogé sans doute (article 975). Mais l'expert est tenu de solliciter, par écrit motivé, cette prorogation et c'est après avoir entendu l'expert et les parties que le juge décidera. Chaque fois, il aura à l'esprit que *les retards de l'expertise mettent la justice même en défaut*. Il veillera donc, avec fermeté, à les éviter; cette rigueur est la condition de la cessation d'un état de choses qui ne peut plus être toléré» (36).

Le professeur CLOSSET-MARCHAL observe que l'équilibre difficile entre l'accusatoire et l'inquisitoire, réalisé par les textes du code judiciaire dans le domaine de l'administration de la preuve, s'écroule dans les faits lorsque le juge démissionne de son rôle de contrôleur (37).

Ainsi, en ce qui concerne le contrôle du juge sur le déroulement de l'expertise, Madame CLOSSET-MARCHAL souligne que «un juge diligent doit contrôler le respect du délai qu'il a imposé et sanctionner l'expert négligent qui ne remet pas son rapport en temps voulu, tout en n'ayant pas demandé une prorogation (...). L'accélération de la procédure d'instruction *commande le contrôle systématique* du respect, par les experts, des délais octroyés pour déposer leur rapport» (38).

Les auteurs dénoncent unanimement la pratique déplorable, fort répandue, en vertu de laquelle les experts sollicitent des parties, *qui n'osent refuser*, la dispense de respecter tout délai (39).

Cette pratique n'est pas seulement regrettable, elle est, à notre sens, illégale car, si l'article 975 du code judiciaire permet à l'expert d'obtenir des parties la «prorogation» du délai lui imparti par le jugement, elle ne l'autorise nullement à requérir la suppression pure et simple de ce délai par les parties, ce qui serait contraire à la volonté du législateur et à une bonne administration de la justice.

(36) Rapport VAN REEPINGHEN, Bruylant, 1967, p. 453.

(37) CLOSSET-MARCHAL, "Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise", p. 19, in *La preuve*, U.C.L., 1987.

(38) *Ibid.*, p. 30-31.

(39) LURQUIN, *Traité de l'expertise*, I, n° 158, p. 143; CLOSSET-MARCHAL, *loc. cit.*, p. 31; DUFRENE, "L'expertise", *J.T.*, 1988, p. 188, n° 5; HENRION, *loc. cit.*, *R.D.C.*, 1992, p. 142.

2.2. Les modalités du contrôle des délais d'exécution de l'expertise par le juge

Même lorsque les parties ont dispensé l'expert de respecter tout délai en début d'expertise ou ultérieurement, il est certain que le juge conserve intégralement son pouvoir de contrôler - d'office ou à la demande d'une partie - la diligence avec laquelle l'expert exécute sa mission.

Parmi les modalités de ce contrôle, qui peuvent être diverses, nous distinguons le contrôle systématique du contrôle spécifique individualisé.

1. Le contrôle systématique des délais d'exécution des expertises

Le juge a la possibilité - facilitée aujourd'hui grâce à l'informatisation des greffes - de procéder à un contrôle systématique du respect des délais d'exécution des expertises, en se faisant remettre, par exemple tous les six mois, la liste des expertises, qu'il a ordonnées, dans lesquelles les experts ont dépassé le délai prévu dans le jugement (40).

Le juge pourra alors demander à l'expert de justifier ce dépassement. Il faut souligner qu'il doit être procédé à un tel contrôle contradictoirement, ce qui veut dire que l'expert doit communiquer aux parties copie de sa réponse, nécessairement adressée par écrit, au juge, de manière à ce que les parties puissent réagir aux explications données par l'expert (41).

2. Le contrôle spécifique du délai dans une expertise urgente

Rien n'empêche que le juge contrôle plus étroitement le respect du délai fixé par lui dans une expertise particulièrement urgente, soit en s'associant plus directement à son déroulement, soit en convoquant les parties et l'expert en chambre du conseil à une date déterminée (fixée dans le jugement qui ordonne l'expertise) pour examiner le respect du délai (42). Le juge devra toute-

(40) Le Commissaire royal CH. VAN REEPINGHEN préconisait déjà dans son rapport l'instauration d'un contrôle systématique, en approuvant un système mis en oeuvre au sein du Tribunal de première instance de Bruxelles, qui permettait de relever de six mois en six mois les expertises accusant des retards. Il précise que «le système a donné d'heureux résultats tant il est vrai que la partie hésite à prendre elle-même l'initiative de se plaindre» (rapport, p. 453).

(41) Nous n'apercevons pas en quoi un contrôle systématique des délais d'expertise par le juge se heurterait au «caractère accusatoire de la procédure» puisque le délai d'exécution fixé par le jugement ne court qu'à partir du moment où l'expert a été saisi de sa mission à la requête de la partie la plus diligente et que le juge devra bien entendu tenir compte de l'accord donné par les parties dans leur ensemble pour proroger ce délai. Nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle le contrôle d'office par le juge des délais d'expertise serait inopportune parce que le juge doit éviter «de se substituer aux parties en leur laissant la responsabilité et l'entière appréciation des initiatives qu'elles estimeront les plus opportunes pour la défense de leurs intérêts» (J. GILLARDIN, "Le déroulement de l'expertise", in *L'expertise*, publications Facultés St-Louis, 1994, p. 167). Cette conception ne tient pas compte du fait bien réel que les parties vivent dans la crainte de déplaire à l'expert.

(42) Voy., par exemple, Comm. Bruxelles, 4 février 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 140, approuvé par L.-M. HENRION dans la note précitée qui suit cette décision et par D. MOUGENOT, *loc. cit.*, à la note suivante, p. 362.

fois respecter les limites à son pouvoir de contrôle que constituent le principe de l'indépendance de l'expert sur le plan technique, le respect du contradictoire et le respect de certains aspects accusatoires de la procédure d'expertise comme par exemple la liberté qu'ont les parties de ne pas mettre l'expertise en mouvement, de proroger de commun accord le délai d'exécution, etc. (43)

2.3. Quelques propositions concrètes

Pour aboutir à un raccourcissement réel de la durée des expertises dans le domaine de la construction, nous préconisons les mesures concrètes suivantes :

1. Fixation par les juges de délais d'exécution mieux adaptés

Les juges fixent très souvent des délais manifestement trop courts pour permettre l'exécution des expertises qu'ils ordonnent, ce qui incite d'autant plus les experts à se faire dispenser par les parties du respect de ces délais irréalistes.

Sauf le cas d'urgence exceptionnelle (44), il nous paraît qu'une expertise dans la construction nécessite une durée de l'ordre de six mois à un an, le délai étant à apprécier par le juge en fonction de la complexité de l'affaire, du nombre des parties en litige, de la proximité des vacances judiciaires ...

2. Accords à conclure entre le Barreau et les associations d'experts, afin de proscrire certaines pratiques et en promouvoir d'autres

Nous songeons spécialement à des accords en vertu desquels, par exemple :

- les experts, membres de l'association contractante, *renonceraient à encore se faire dispenser par les parties des délais d'exécution fixés par le juge et s'engageraient à ne pas solliciter la prorogation de ce délai plus d'un mois avant son expiration;*

(43) Concernant les limites du pouvoir de contrôle du juge, voy; D. MOUGENOT, "Durée des expertises et contrôle du juge", *J.T.*, 1996, p. 361, n° 2; voy. aussi Liège, 28 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 726.

(44) Ce n'est pas parce qu'une expertise doit être entamée de manière urgente qu'elle doit être clôturée nécessairement à bref délai. L'expert peut «débiter les lieux» puis continuer sa mission en vue d'aboutir à une conciliation par exemple. Il est aussi possible de demander à l'expert de déposer un rapport provisoire pour permettre au juge de condamner une partie à exécuter des travaux urgents sous peine d'astreinte ou encore de condamner une partie à payer un montant provisionnel (voy. la note subpaginale n° 32 ci-dessus).

- les avocats s'engageraient à *communiquer leurs dossiers inventoriés à l'expert lors de la première réunion d'expertise ou au plus tard dans les huit jours de cette réunion* (45);
- les experts et avocats s'engageraient à *fixer si possible, de commun accord, lors de la première réunion d'expertise, un calendrier aussi précis que possible* pour le déroulement de l'expertise, par exemple pour la communication des pièces supplémentaires souhaitées par l'expert, la tenue d'une réunion technique, la communication du procès-verbal de la première réunion d'expertise et de la réunion technique, la communication des premiers préliminaires et les notes de faits directoires des parties, etc.

3. Contrôle systématique du respect des délais par le juge

Nous renvoyons, à titre d'exemple, aux dispositions prises en septembre 1993 par le Tribunal de première instance de Liège en vue d'accélérer le cours des expertises en matière de construction. Grâce à des listings informatiques fournis par le greffe, chaque expert est invité, deux fois par an, à rendre compte de l'état d'avancement de chacune des expertises lui confiées, dont le délai d'exécution est dépassé. L'expert doit établir, pour chaque dossier, un écrit distinct, à l'attention du juge qui l'a désigné. Cet écrit est communiqué par l'expert en copie aux avocats, ou à défaut aux parties elles-mêmes. Ces dernières ont la possibilité de faire valoir leurs observations par des correspondances qui sont versées avec l'écrit de l'expert au dossier de la procédure (46).

Ce système donne déjà de bons résultats mais est sans doute perfectible. Dans les dossiers où l'expertise paraît durer excessivement, voire ne plus progresser, le juge pourrait convoquer l'expert et les parties à une audience spéciale qui se tiendrait deux fois par an. Des sanctions devraient pouvoir être prises comme précisé ci-dessous.

2.4. Sanctions des retards injustifiés

Nous énumérons ici les sanctions qui peuvent être appliquées au manque de diligence des experts, d'une part, et de la partie qui a requis l'expertise, d'autre part.

(45) La constitution par l'avocat de la partie demanderesse d'un «dossier de référence», qui peut être complété ensuite par les autres parties, est une excellente manière de procéder, qui permet à l'expert de gagner du temps lors de l'examen de l'affaire et aux parties d'économiser des frais de photocopies inutiles.

(46) Pour plus de détails, voy. le Bulletin du barreau de Liège, 1993, n° 3, p. 35.

1. Sanctions applicables à l'expert non diligent

1.1. Le remplacement de l'expert

Le juge peut, à la requête d'une partie, remplacer un expert qui ne diligente pas normalement l'expertise (article 977, alinéa 1, du code judiciaire).

Le juge pourrait-il également remplacer d'office un expert négligent en vertu de son pouvoir de contrôle ? La réponse nous paraît négative, sauf si le juge a été saisi par l'expert ou par une partie d'une demande de prorogation du délai sur la base de l'article 975 du code judiciaire.

Dans ce cas, si le juge refuse d'accorder un nouveau délai, il décharge d'office l'expert de sa mission et désigne un nouvel expert (article 976 du code judiciaire) (47).

1.2. La privation ou la réduction des honoraires

En cas de remplacement de l'expert, mais aussi dans le cas où le rapport est déposé avec un retard anormal, le juge peut réduire, voire même supprimer, les honoraires de l'expert (48).

1.3. La condamnation de l'expert à des dommages et intérêts

L'article 976 du code judiciaire envisage expressément que l'expert remplacé peut être tenu de dommages et intérêts. De manière générale, l'expert judiciaire, qui est chargé, non par les parties mais par le juge, d'accomplir une mission déterminée, doit répondre, sur la base des articles 1382 et 1383 du code civil, de sa responsabilité civile lorsqu'il a, par sa faute, même légère, tel un manque de diligence, causé un dommage à une partie à la cause (49).

1.4. L'injonction du juge avec astreinte ?

La possibilité pour le juge d'ordonner à l'expert de déposer son rapport sous peine d'astreinte est étudiée de manière approfondie par D. MOUGENOT. Cet auteur considère que les obstacles techniques sont surmontables mais observe à juste titre que dans la pratique une telle mesure ne sera guère appliquée, car elle rompt nécessairement la confiance qui doit exister entre le juge et l'expert (50).

(47) D. MOUGENOT, *loc. cit.*, *J.T.*, 1996, p. 362, n° 5; Gand, 7 avril 1992, *T.G.R.*, 1992, p. 91.

(48) Gand, 7 avril 1992, *T.G.R.*, 1992, p. 91; Bruxelles, 11 juin 1990, *J.T.*, 1990, p. 455; Bruxelles, 2 juin 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 61; DUFRENE, "La réduction des honoraires excessifs des experts", *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 45, n° 15; D. PIRE, "Les honoraires de l'expert dans le code judiciaire", in *L'expertise*, publications Facultés St-Louis, 1994, p. 193.

(49) Y. HANNEQUART, "L'expertise et le procès en responsabilité", in *Mélanges R.-O. Dalcq, Larcier*, 1994, p. 259, n° 35.

(50) D. MOUGENOT, *loc. cit.*, *J.T.*, 1996, p. 362 à 364.

2. Sanctions applicables à la partie non diligente qui a requis l'expertise

Concernant la partie qui ne diligente pas l'expertise qu'elle a elle-même demandée au juge, il faut distinguer deux hypothèses :

- Soit cette partie ne demande même pas que l'expert soit saisi de sa mission par le greffe.

Après l'écoulement d'un «délai raisonnable», l'une des autres parties au litige peut ramener la cause à l'audience pour y faire statuer comme de droit, en faisant application de l'article 875 du code judiciaire (51). Le juge pourra sanctionner l'inertie de la partie qui n'a pas diligenté l'expertise par elle requise en considérant que cette partie ne rapporte pas la preuve dont elle a la charge (52), mais seulement après avoir examiné l'ensemble des informations dont il dispose et des indications données au cours des débats (53).

- Soit cette partie fait saisir l'expert de sa mission puis ne diligente plus l'expertise, en ne versant pas la provision demandée par l'expert.

Le caractère accusatoire de la procédure d'expertise ne permet pas au juge de condamner une partie, même pas celle qui a requis ou poursuivi l'expertise, à payer la provision, sauf l'hypothèse, qui ne se rencontre guère qu'en droit social, où une partie doit toujours être condamnée aux dépens (54).

Si l'article 990, alinéa premier, permet à l'expert de différer l'accomplissement de sa mission jusqu'à consignation de la provision au greffe, nous estimons qu'en sa qualité d'auxiliaire de justice, l'expert doit veiller à clôturer sa mission dans un délai raisonnable.

Il devra, dès lors, informer la partie qui a mis l'expertise en mouvement, que si la provision n'est pas consignée dans un délai déterminé d'un mois, par exemple, il déposera un «*rapport de carence*» avec une requête en taxation de ses frais et honoraires à charge de la partie qui a requis (ou poursuivi) l'expertise.

Les autres parties à la cause pourront, quant à elle, faire application de l'article 875 du code judiciaire comme précisé ci-dessus concernant l'hypothèse où l'expertise n'a pas été mise en mouvement.

(51) Liège, 19 mai 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 376 (Som.); p. 57; de LEVAL, "L'instruction sans obstructions", p. 24, in *La preuve*, U.C.L., 1987.

(52) Civ. Malines, 25 mars 1991, *R.G.D.C.*, 1992, p. 271; M.-E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs", *T.P.R.*, 1990, p. 387.

(53) FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, n° 475; van COMPERNOLLE, "La désignation, la mission et la fonction de l'expert", in *L'expertise*, publications St-Louis, p. 107.

(54) Cass., 16 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, 333; Civ. Liège, référés, 24 janvier 1996, *R.R.D.*, 1996, p. 299; et Civ. Liège, référés, 30 octobre 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 109, ainsi que les nombreuses références de doctrine et de jurisprudence citées par ces deux dernières décisions.

3. Rédaction de (deuxièmes ?) préliminaires contenant le projet des conclusions de l'expert, soumis à la discussion des parties

Selon une conception classique, l'expert ne peut pas révéler son avis ni ses conclusions dans son rapport préliminaire au motif que «si l'expert conclut déjà dans la première partie du rapport, il semble qu'il soit par là lié jusqu'à un certain point et perde sa liberté pour apprécier les remarques que les parties pourraient encore lui faire à ce stade de l'état du rapport» (55) (56).

Selon une opinion contraire, défendue en doctrine (57), et de plus en plus répandue - semble-t-il - en jurisprudence (58), rien n'empêche l'expert de faire connaître aux parties, dans ses préliminaires, le projet de ses conclusions, pour autant que la discussion demeure ouverte à leur sujet. Une telle manière de procéder devrait même être encouragée car elle renforce le caractère contradictoire de l'expertise (59) (60).

Nous partageons ce point de vue. Il arrive très souvent, dans les expertises de construction, que les préliminaires ne contiennent - outre des comptes rendus de réunions et des relevés de pièces et correspondances échangées - que des

-
- (55) LURQUIN, *Traité de l'expertise*, I, n° 166. Cet auteur ajoute, cependant, qu'en principe, l'expert doit pousser ses constatations aussi loin que possible, jusqu'au pied de la discussion et de la conclusion, avec loyauté, sans celer ce qui fait déjà apparaître la réalité. Cette manière de faire peut être de la plus grande utilité, car, en mettant les parties en face des faits, elle peut les amener à terminer le litige par transaction (...). Mais il ne doit pas pousser outre, et doit réserver sa liberté pour motiver le rapport et conclure après avoir «entendu» jusqu'au dernier instant, les dires et réquisitions des parties après la communication des préliminaires du rapport.
- (56) CLOSSET-MARCHAL, "Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise", p. 32-33, in *La preuve*, U.C.L., 1987. Cet auteur se réfère à la conception de LURQUIN tout en observant que «il peut, cependant, arriver que le respect du principe des droits de la défense exige, au contraire, que les préliminaires contiennent déjà des éléments qui fassent pressentir ce que seront les conclusions de l'expert. Ainsi en va-t-il dans la matière de l'expertise médicale où la jurisprudence souhaite que, dès les préliminaires, la partie sache dans quelle fourchette se situera le pourcentage de son invalidité. La victime peut, ainsi, réagir et faire les observations qui lui semblent utiles».
- (57) CLOQUET, "Deskundigenonderzoek", *A.P.R.*, Story-Scientia, 1975, p. 132, n° 381 à 383; DUFRENE, "L'expertise", *J.T.*, 1988, p. p. 181.
- (58) Bruxelles, 22 décembre 1988, *Pas.*, 1989, II, 163; Liège, 24 septembre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 112 (cette décision, publiée en sommaire, énonce que «s'il est vrai que les préliminaires d'un rapport n'ont pas à contenir des conclusions définitives ou apparaissant comme telles, la loi n'oblige pas l'expert à cacher la conclusion probable de son expertise. Plus les énonciations relatives aux constatations faites par l'expert seront claires et détaillées et plus la portée que l'expert compte leur donner sera perceptible, plus les parties envisageront l'intérêt d'une conciliation et l'opportunité de remarques de nature à éclairer son avis»); Comm. Anvers, 10 avril 1991, *Entr. et dr.*, 1995, p. 170; Civ. Bruxelles, 20 novembre 1979, *J.T.*, 1980, p. 298; Trib. trav. Liège, 23 février 1973, *J.L.*, 1972-1973, p. 237.
- (59) Ce que souligne notamment explicitement Comm. Anvers, 10 avril 1991, *Entr. et dr.*, 1995, p. 170, précité.
- (60) Sur l'idée que les droits de la défense sont mieux assurés en matière civile, lorsque le juge fait connaître au cours des débats son opinion provisoire sur la solution du litige, de manière à ce que les parties puissent, le cas échéant, le contredire, voyez l'argumentation convaincante de Paul MARTENS dans «*La tyrannie de l'apparence*», *Rev. trim. dr. civ.* 1996, p. 650. Ce qui vaut pour le juge, nous paraît vrai a fortiori pour l'expert qui a pour seule mission de donner un avis sur le plan technique.

constatations purement descriptives, qui ne soulèvent guère d'observations de la part des parties. Ce n'est ensuite que dans les conclusions de son rapport définitif que l'expert révélera, pour la première fois, du moins par écrit (61), son opinion sur les causes des désordres, sur la nature des remèdes, sur l'estimation des travaux de remise en état et des autres préjudices. Il s'ensuit que la discussion technique sur les causes, les remèdes et les estimations aura lieu devant le juge, qui, se rendant compte que des éléments essentiels du litige n'ont pas été soumis à la contradiction des parties en cours d'expertise, n'aura d'autre recours que d'ordonner une nouvelle mesure d'instruction (62), ce qui retardera encore l'issue du litige ...

Dans des situations où la communication des préliminaires «trop engagés» risquerait de compromettre la conciliation des parties, nous préconisons que l'expert procède comme suit, en quatre temps :

1. rédaction et communication aux parties de *premiers préliminaires* «classiques», *contenant uniquement des constatations et des descriptions sans aucune prise de position de l'expert*;
2. *tentative de conciliation* lors d'une réunion où l'expert fera connaître verbalement aux parties, outre sa proposition de conciliation, *l'orientation que pourraient prendre ses conclusions*;
3. en cas d'échec de la conciliation, rédaction et communication aux parties de *deuxièmes préliminaires*, contenant *le projet détaillé des conclusions de l'expert ouvert à la discussion*. L'expert invite les parties à lui faire part de leurs observations dans un délai déterminé (dans les litiges importants, il pourrait être utile de prévoir un double délai, à savoir un premier délai pour les observations sur les deuxièmes préliminaires et un deuxième délai pour les répliques aux observations des autres parties);
4. rédaction d'un rapport final contenant :
 - d'une part, les conclusions définitives de l'expert, *éventuellement revues et corrigées* pour tenir compte des observations pertinentes des parties,
 - d'autre part, *les réponses précises de l'expert aux observations des parties non retenues par lui*;

Nous pensons qu'une telle procédure, menée avec diligence et dans le cadre d'un calendrier précis, ne devrait pas retarder l'issue de l'expertise. Elle devrait, par contre, permettre au juge de trancher plus rapidement le fond du litige.

(61) Il est probable que l'expert ait levé le voile, peu ou prou, et de manière purement verbale, lors d'une tentative de conciliation qui n'a pas abouti.

(62) D'autant plus que le juge a l'obligation de répondre aux arguments des parties à caractère technique même formulés pour la première fois devant lui, pour critiquer le rapport d'expertise : Cass., 17 février 1984, *Pas.*, 1984, I, 704; Cass., 16 février 1995, *Bull. cass.*, 1995, p. 185.

Annexe

MISSION TYPE I (entrepreneur seul en cause)

Avant de dire droit sur la recevabilité et le fondement des demandes en présence

Désigne en qualité d'expert, Monsieur

ruen° à Tél.....

qui, s'entourant de tous renseignements utiles, s'adjoignant si nécessaire le concours de tout spécialiste de son choix et procédant conformément aux dispositions des articles 962 et suivants du Code Judiciaire, aura pour mission:

- 1) de se rendre, en présence des parties et de leurs conseils, sur les lieux litigieux situés à
- 2) de prendre connaissance des dossiers des parties (à remettre par ces dernières dûment inventoriés à l'expert au plus tard lors de la première réunion d'expertise) et spécialement des conventions venues entre elles de leurs observations et notes de faits directoires.
- 3) de décrire sommairement les travaux exécutés (en rapport avec le litige).
- 4) de dire s'ils l'ont été conformément aux documents de l'entreprise (offre - plans - cahiers des charges) et aux règles de l'art; dans la négative, de décrire les malfaçons, manquements et/ou inachèvements constatés.
- 5) de dire pour chacun des manquements constatés, s'il a pour origine un ou plusieurs défaut(s) d'exécution imputable(s) à l'entrepreneur.
- 6) d'évaluer le coût des remises en état nécessaires pour parvenir à une mise en état normal selon les documents d'entreprise et les règles de l'art.
- 7) d'évaluer les troubles de jouissance et autres préjudices éventuels subis et à subir par le maître de l'ouvrage.
- 8) de dresser un projet de comptes entre parties.
- 9) (N.D.R. point à ajouter dans le cas où le maître de l'ouvrage semble retenir des montant excessifs par rapport à l'objet du litige)

De déposer pour le (N.D.R.: une date fixe à plus ou moins 3 mois de la date du jugement suivant la complexité du litige) au plus tard un rapport provisoire au greffe pour permettre au Tribunal de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer une condamnation provisionnelle au profit de... et à concurrence de quel montant (le Tribunal considère que l'expert ne pourra respecter la date précitée s'il n'est pas saisi de la mission dans les quinze jours du prononcé du présent jugement)

- 10) de répondre avec précision aux notes de faits directoires que les parties auront transmises à l'expert dans des délais stricts fixés pour ce faire, notamment après la communication des préliminaires

Le tout après avoir, comme de droit, chaque fois que cela s'avérera possible tenté la conciliation des parties.

Rapport à déposer dans les mois à compter du jour où l'expert aura été saisi de sa mission par les soins du greffe, à la requête de la partie la plus diligente, conformément aux dispositions de l'article 965 du Code Judiciaire.

Réserve les dépens.

Place la cause au rôle ou remet la cause à date fixe si un rapport provisoire est demandé conformément au point (9) ci-dessus (N.D.R.: cette date fixe devrait se situer à environ un mois de la date prévue pour le dépôt du rapport provisoire).

MISSION TYPE II (entrepreneur et architecte en cause)

Avant de dire droit sur la recevabilité et le fondement des demandes en présence.

Désigne en qualité d'expert, Monsieur

ruen° à Tél.....

qui, s'entourant de tous renseignements utiles, s'adjoignant si nécessaire le concours de tout spécialiste de son choix et procédant conformément aux dispositions des articles 962 et suivants du Code Judiciaire, aura pour mission:

- 1) de se rendre, en présence des parties et de leurs conseils, sur les lieux litigieux situés à.....
- 2) de prendre connaissance des dossiers des parties (dossiers à remettre par ces dernières dûment inventoriés à l'expert au plus tard lors de la première réunion d'expertise) et spécialement des conventions venues entre elles, de leurs observations et notes de faits directoires.
- 3) de décrire sommairement les travaux exécutés (en rapport avec le litige).
- 4) de dire s'ils l'ont été conformément aux documents de l'entreprise (offre - plans - cahiers des charges) et aux règles de l'art; dans la négative, de décrire les malfaçons, manquements et/ou inachèvements constatés.
- 5) de dire pour chacun des manquements constatés, s'il a pour origine un ou plusieurs défaut(s) d'exécution imputable(s) à l'entrepreneur et/ou un ou plusieurs vice(s) de conception imputable(s) à l'architecte et/ou encore un défaut de contrôle de l'architecte dans la direction des travaux.
- 6) de dire pour chacun des manquements constatés, s'il est ou non de nature à mettre en péril la solidité du bâtiment (de l'ouvrage) en tout ou en partie.
- 7) de donner toutes informations utiles et un avis permettant au Tribunal de partager, le cas échéant, les responsabilités entre l'entrepreneur (ou les entrepreneurs) et l'architecte pour chacun des manquements constatés.
- 8) d'évaluer le coût des remises en état nécessaires en ventilant dans les manquements relevés ceux qui seraient de pure exécution et ceux relevant de la conception et du contrôle de l'exécution.

- 9) d'évaluer, le cas échéant, les troubles de jouissance et autres préjudices éventuels subis et à subir par le maître de l'ouvrage, en distinguant également les troubles et préjudices résultant exclusivement des fautes de pure exécution de ceux résultant également des fautes de conception et/ou dans la direction des travaux.
- 10) de dresser un projet de compte entre parties.
- 11) (N.D.R. point à ajouter dans le cas où le maître de l'ouvrage semble retenir des montants excessifs par rapport à l'objet du litige)
De déposer pour le (N.D.R.: une date fixe à plus ou moins 3 mois de la date du jugement suivant la complexité du litige) au plus tard un rapport provisoire au greffe pour permettre au Tribunal de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer une condamnation provisionnelle au profit de ... et à concurrence de quel montant (le Tribunal considère que l'expert ne pourra respecter la date précitée s'il n'est pas saisi de la mission dans les quinze jours du prononcé du présent jugement)
- 12) de répondre avec précision aux notes de faits directoires que les parties auront transmises à l'expert dans des délais stricts fixés pour ce faire, notamment après la communication des préliminaires.

Le tout après avoir, comme de droit, chaque fois que cela s'avérera possible, tenté la conciliation des parties.

Rapport à déposer dans lesmois à compter du jour où l'expert aura été saisi de sa mission par les soins du greffe, à la requête de la partie la plus diligente, conformément aux dispositions de l'article 965 du Code Judiciaire.

Réserve les dépens.

Place la cause au rôle ou remet la cause à date fixe si un rapport provisoire est demandé conformément au point (11) ci-dessus (N.D.R.: cette date fixe devrait se situer à environ un mois de la date prévue pour le dépôt du rapport provisoire)

EDITIONS DE LA FORMATION PERMANENTE CUP

- Le surendettement civil, vol. I - 09.06.1995 (432 pages)
- Droit administratif et constitutionnel, vol. II - 12.05.95 (214 pages)
- Droit du contentieux, vol. IV - 13.10.1995 (223 pages)
- Droit des biens, vol. V - 10.11.1995 (263 pages)
- Droit de la famille, vol. VI - 12.01.1996 (163 pages)
- Droit pénal, vol. VII - 08.03.1996 (315 pages)
- Droit social, vol. VIII - 26.04.1996 (300 pages)
- Droit de la faillite et du concordat, vol. IX - 14.06.1996 (306 pages)
- Droit de la responsabilité, vol. X - 13.09.1996 (352 pages)
- Droit et médecine, vol. XI - 11.10.1996 (348 pages)

**Formation permanente CUP
boulevard du Rectorat, 7 - 4000 LIEGE
Tél. 04/366.30.26 - Fax 04/366.28.03**

