

RO71

# L'ACTION DIRECTE DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE À L'ENCONTRE DU SOUS-TRAITANT EST NÉCESSAIREMENT DE NATURE DÉLICTUELLE

*(assemblée plénière du 12 juillet 1991)*

*(Gaz. Pal. 20 juillet 1991 - Gaz. Pal. 24 sept. 1991, panor. p. 229)*

---

Gaz. Pal. du 9 janvier 1992

**JEAN-PIERRE KARILA,**

*Docteur en droit,  
Avocat à la Cour de Paris,  
Professeur à l'I.C.H.,  
Chargé d'enseignement  
à l'Université de Paris I.*

## PLAN

### INTRODUCTION

**I. - L'ÉVOLUTION DOCTRINALE ET JURISPRUDENTIELLE RELATIVEMENT À LA DÉTERMINATION DES DOMAINES RESPECTIFS DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ET DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE.**

- A. - Les deux ordres de la responsabilité civile.
- B. - La critique doctrinale de la dualité de la responsabilité et des règles de délimitation des deux ordres de responsabilité.
- C. - La théorie des groupes de contrats.
- D. - Les grandes étapes jurisprudentielles.

**II. - LA PORTÉE DE L'ARRÊT BESSE DU 12 JUILLET 1991.**

- A. - L'arrêt de l'assemblée plénière n'est pas d'application limitée au strict domaine de la sous-traitance de construction immobilière et condamne indubitablement l'idée que la notion de groupes de contrats puisse constituer un facteur de création de rapports contractuels.
- B. - L'arrêt de l'assemblée plénière ne semble pas remettre en cause la jurisprudence Lamborghini et ses suites ni revenir sur la solution qu'elle avait adoptée le 7 février 1986.

**DOCTRINE**

## Introduction

L'arrêt rendu par l'assemblée plénière sous la présidence de M. Draï, le 12 juillet 1991, était très attendu par la doctrine et les praticiens.

Il tranche le conflit qui opposait la première Chambre et la troisième Chambre de la Cour suprême sur la nature de l'action en responsabilité du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant, en faveur de la thèse de la troisième Chambre qui était restée très attachée au fondement délictuel de cette action, nonobstant un fort courant doctrinal précédent, consacré par la jurisprudence de la première Chambre civile qui prônait la thèse contractuelle.

La résolution du conflit par un arrêt de cassation au seul visa de l'art. 1165 du Code civil implique que la solution de l'arrêt de l'assemblée plénière a une portée qui débordait largement celui de la sous-traitance immobilière à propos duquel il a été rendu et condamne nécessairement l'idée que l'existence d'un sous-contrat et/ou encore d'ensembles contractuels puisse être la source et/ou encore, pour reprendre l'expression de M. Teysse « facteur de création » de rapports contractuels entre les parties non liées par un même contrat.

Afin de mieux apprécier la portée de cet arrêt (II) il nous paraît opportun de rappeler l'évolution doctrinale et jurisprudentielle en la matière (I).

### I. - L'évolution doctrinale et jurisprudentielle relativement à la détermination des domaines respectifs de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle.

#### A. - Les deux ordres de la responsabilité civile.

Le droit positif français connaît - à l'inverse de certains droits étrangers - deux ordres de responsabilité :

- la responsabilité contractuelle régie par les art. 1134 à 1155 du Code civil d'une part,

- et la responsabilité délictuelle régie par les art. 1382 à 1384 du même Code, d'autre part.

Les règles de dichotomie de cette « *summa divisio* » inspirée par le principe de l'autonomie de la volonté d'une part et gouvernée par le principe de l'effet relatif des contrats édicté par l'art. 1165 du Code civil d'autre part, sont établies depuis fort longtemps.

La responsabilité est d'ordre contractuel lorsque le dommage subi par l'un des contractants résulte de l'inexécution ou de la mauvaise exécution par l'autre d'une obligation mise à sa charge par le contrat.

Deux conditions sont donc nécessaires pour que la responsabilité contractuelle puisse être mise en œuvre :

- 1) le dommage doit résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation créée par le contrat,
- 2) la victime du dommage doit être le partenaire contractuel de l'auteur du dommage, le créancier de l'obligation en vertu du contrat.

La responsabilité est d'ordre délictuel en conséquence dans deux séries d'hypothèses :

- 1) lorsque le dommage résulte de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat et qu'il est subi par une personne étrangère au contrat,
- 2) lorsque le dommage est étranger à la stricte exécution du contrat, alors même qu'auteur et victime sont liées, par ailleurs, par un contrat.

étant précisé que les règles de partage ci-dessus énoncées sont déjà, au regard de la conception individualiste qui avait animé les auteurs du Code civil, le fruit d'une certaine évolution de la jurisprudence, laquelle à l'aube de l'application du Code civil n'admettait pas qu'un tiers étranger à un contrat puisse exciper de ce que la mauvaise exécution de celui-ci - pris en tant que fait - lui ait causé un dommage dont il pouvait demander la réparation à son auteur.

#### B. - La critique doctrinale de la dualité de la responsabilité et des règles de délimitation des deux ordres de responsabilité.

Mais, de fait, et dès la fin du dix-neuvième siècle une partie de la doctrine, certes minoritaire, avait déjà contesté le principe même de la dualité de la responsabilité civile, tandis qu'à partir surtout de la seconde moitié du siècle actuel, une fraction importante de la doctrine contestait le contenu des règles de partage de ces deux ordres de responsabilité et/ou encore les résultats incohérents ou injustes auxquels leur application aboutissait :

- soit au regard de l'indemnisation nécessairement intégrale de la victime.

On se souvient sur ce point de l'ironique chronique de M. P. Esmein « la chute dans l'escalier » (*J.C.P.* 1956.I.1321).

- soit au regard du nécessaire équilibre contractuel impliquant que les prévisions du contrat ne puissent être déjouées par l'intrusion de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la responsabilité contractuelle - on se souvient, sur ce second point, des pertinentes observations du doyen G. Dur-

ry dans la *Revue trimestrielle de droit civil* dès 1969.

Le débat doctrinal étant alimenté et compliqué par la confusion de la faute contractuelle et de la faute délictuelle - malgré les précautions de style de la Cour suprême qui sont trop connues pour être rappelées - la violation, également trop connue pour être rappelée, du principe du non-cumul des responsabilités, et enfin la « découverte » par la jurisprudence d'obligations contractuelles pourtant non stipulées dans le contrat comme l'obligation de sécurité et l'obligation de renseignement et de conseil.

Ces diverses critiques impliquaient une contestation du principe de l'effet relatif des conventions édicté par l'art. 1165 du Code civil dont le doyen Savatier, dans une chronique célèbre au titre provocateur « le prétendu effet relatif des contrats » (*Rev. trim. dr. civ.* 1934.525 et suivantes), démontrait son incompatibilité avec la nature de certains contrats d'une part, et ses limites d'autre part.

Aussi a-t-on contesté, d'une part la notion même de contrat - dont la conception volontariste a été remise en cause, celle d'instrument économique et surtout social étant mise en évidence (v. notamment travaux de J. Ghestin) - et d'autre part, celle du contenu de l'obligation née du contrat, la jurisprudence ci-dessus évoquée sur l'obligation de sécurité et/ou encore l'obligation de renseignement et de conseil s'inscrivant dans ce contexte et pouvant être considérée comme une intrusion de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la responsabilité contractuelle.

Mais c'est surtout à partir des années 1970/1980 que la critique doctrinale a pris un tour général et systématique, à partir des remarquables travaux de MM. B. Teysse (« les Groupes de contrats » - L.G.D.J. en 1975), et J. Nèret (« Le Sous-contrat » - L.G.D.J. 1979), et J. Huet (« Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », thèse dact. Paris II-1978), et qu'il a été proposé de reconsidérer la notion de tiers par la distinction du « tiers absolu » et du « faux tiers », et de procéder à une « redistribution des actions délictuelle et contractuelle entre tiers et contractants » (v. note Espagnon, *D.* 1980.563), tandis que Mlle G. Viney, s'appuyant notamment sur l'évolution jurisprudentielle et législative, niait à la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle sa position de « *summa divisio* » de la responsabilité civile et proposait, relativement aux responsabilités professionnelles, un régime autonome, la distinction entre responsabilité contractuelle étant appelée - selon elle - dans l'avenir à « perdre de son importance au profit d'une autre distinction... entre le "droit général" ou "droit commun" et les régimes spéciaux de responsabilité civile » (G. Viney « Les obligations.

La responsabilité. Conditions » in traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin - L.G.D.J. 1982, n° 232 à 245).

Nous avons, en ce qui nous concerne, souscrit depuis fort longtemps à l'idée d'une responsabilité professionnelle autonome dans le domaine de la construction immobilière, et dans d'autres colonnes (« Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locataires d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage », *D. chron.* L III, p. 307 et suivantes, plus particulièrement p. 319 à 322) souligné le caractère irritant du problème de la transmissibilité de l'action contractuelle de droit commun, tant de celle de l'entrepreneur principal à l'égard du sous-traitant au profit du maître de l'ouvrage, que de celle du maître de l'ouvrage à l'égard des locataires d'ouvrage au profit de l'acquéreur d'une part, et déploré le caractère choquant, tant en raison qu'en équité, auquel aboutissait l'absence de régime autonome.

#### C. - La théorie des groupes de contrats.

Enfin, on ne peut comprendre et apprécier le problème, dans sa globalité, si on ne fait pas état même de façon sommaire de l'importante thèse de M. B. Teysié sur les groupes de contrats, ainsi que celle, et de façon encore plus sommaire, de M. J. Néret.

M. Teysié observe que la conception individualiste inspirée du droit romain, la valorisation du contrat par le droit canon, reprises et amplifiées par l'école du droit naturel ont fortement influencé les rédacteurs du Code civil, mais qu'au cours du dix-neuvième siècle l'individualisme libéral a laissé le pas à un « individualisme démocratique » fondé sur l'idée d'un abandon complet de ses droits par l'Homme à l'État qu'il crée, le contrat n'étant plus alors conçu comme la base de tout droit mais comme « un instrument juridique créé par la loi pour les relations de droit privé », qu'à la notion d'indépendance, le monde contemporain a substitué celle d'interdépendance, le contrat étant alors étudié comme un instrument de l'Ordre juridique national, qu'enfin à l'individu se substitue le groupe et que l'attitude de l'un des hommes le composant a vocation à se répercuter sur les autres.

Après avoir démontré la réalité de la notion de groupement de personnes interdépendantes, et celle de groupement de biens, M. Teysié en vient à développer l'idée de groupement de contrats dont il ne méconnaît pas qu'il est de nature à « bousculer » le principe traditionnel de la relativité des conventions.

Le concept de groupe de contrats serait justifié par l'existence de plusieurs contrats ayant un même objet ou participant à la réalisation d'un but commun, cette dernière catégorie de contrats se caractérisant par une

« identité de cause », la notion de cause n'étant pas appréciée comme « le but direct et immédiat en vue duquel on s'oblige » mais comme « la cause impulsive » permettant d'atteindre la fin commune « poursuivie à travers eux ».

Identité d'objet ou identité de cause, une distinction s'impose.

Lorsque plusieurs accords interviennent successivement sur un même objet, une première catégorie de groupe se dessine : celle de chaîne de contrats reliés entre eux par « une structure linéaire ».

Lorsque plusieurs accords sont conclus pour assurer la réalisation d'un même objectif à l'initiative d'un promoteur de l'opération, on est en présence « de conventions soudées par une identité de cause et qui se conjuguent au sein de véritables ensembles contractuels » réunis entre eux par une « structure circulaire ».

Mais la première catégorie, celle des chaînes de contrats (par addition ou par diffraction [celle donnant naissance à des sous-contracts]), se subdivise elle-même en des :

- chaînes homogènes, c'est-à-dire composées de contrats de même nature juridique, comme des ventes successives portant sur le même objet,

- chaînes hétérogènes, c'est-à-dire composées de contrats de nature différente comme, par exemple, une vente de matériaux mis en œuvre par un entrepreneur dans le cadre d'un contrat d'entreprise au profit du maître de l'ouvrage de l'immeuble ou de son acquéreur.

M. Teysié démontre par ailleurs que les groupes de contrats sont un « facteur de transformation des rapports contractuels » par suite de leur complexification d'une part, et leur uniformisation d'autre part, pour en arriver à l'idée qu'ils constituent un facteur de création de rapports contractuels.

Dans le même esprit, M. Ph. Néret s'est notamment attaché aux groupes formés par le contrat originaire et le contrat de second rang et a montré le rôle prédominant du premier qui fonde l'essence et les caractéristiques du second, dès lors que l'on serait en présence d'un sous-contrat comme la soustraction d'un marché et non en présence d'une sous-traitance stricto sensu.

M. Néret démontre l'inadéquation du principe de la relativité des conventions au domaine du sous-contrat et son inévitable détournement par la jurisprudence, comme les incohérences auxquelles elle aboutit lorsqu'elle s'y refuse.

C'est dans le cadre de ce débat doctrinal et de la jurisprudence qui s'en est ensuivie, dont nous rappellerons ci-après les grandes étapes, que s'inscrit l'arrêt de l'assemblée plénière du 12 juillet 1991 qu'il sera certai-

nement convenu d'appeler dans l'avenir « L'arrêt Besse ».

#### D. - Les grandes étapes jurisprudentielles.

Si l'on veut rester schématique et ne pas faire état des décisions trop anciennes ou dépassées, ni relever les différents artifices imaginés par la jurisprudence pour faire échec au principe de l'effet relatif des contrats - cette chronique n'ayant pas la prétention d'être une étude approfondie et exhaustive - on peut distinguer quatre grandes étapes jurisprudentielles.

##### Première étape: L'arrêt de la première Chambre civile du 9 octobre 1979 (arrêt Lamborghini) et ses suites.

Le 9 octobre 1979, la première Chambre civile décide que « l'action directe dont dispose le sous-acquéreur contre le fabricant ou un vendeur intermédiaire pour la garantie du vice caché affectant la chose vendue dès sa fabrication est nécessairement de nature contractuelle » (*Bull. cass.* I, n° 241, p. 192 - *Gaz. Pal.* 1980.1.249 - *D.* 1980.I.R.222, obs. Larroumet - *Rev. trim. dr. civ.* 1980.354, obs. G. Durry).

La solution était affirmée dans le cadre d'une cassation prononcée au visa des art. 1147 et 1648 du Code civil pour violation du principe du non-cumul des responsabilités, jusqu'ici allègement transgressé par les juges du fond et la Cour suprême elle-même relativement à l'action du sous-acquéreur au profit duquel il avait été admis un véritable droit d'option entre les règles de la responsabilité contractuelle et celles de la responsabilité délictuelle : v. notamment *Cass. com.* 26 juin 1978 (*Bull. cass.* IV, n° 177, p. 150).

Mais son fondement juridique ou légal ne l'était pas, les décisions antérieures qui avaient admis l'action directe du sous-acquéreur sans préciser sa nature l'avaient cependant conçue plutôt comme une action « propter rem ».

On ne retracera pas ici les différentes phases de cette première étape, initiée par l'arrêt Lamborghini et jalonnée par notamment un arrêt de la Chambre commerciale du 17 mai 1982 (*Bull. cass.* IV, n° 182, p. 162) qui a admis que l'action du sous-acquéreur, jusqu'ici limitée, semble-t-il, au droit de demander des dommages et intérêts : v. notamment *Cass. com.* 27 février 1973 (*D.* 1974.139, note Ph. Malinvaud), comportait également la possibilité de demander la résolution de la vente à l'égard du vendeur initial (1).

On renverra sur ce point le lecteur à la remarquable étude de Ph. Malinvaud « l'action directe du maître de l'ouvrage contre les fabricants et fournisseurs de matériaux et composants » (*D.* 1989, chron. VII, p. 41 et suivantes) et à son commentaire des arrêts de l'assemblée plénière du 7 février

1986, dont il va être traité ci-après (J.C.P. 1986.II.20616).

La jurisprudence consacrait ainsi l'action directe de nature nécessairement contractuelle dans le cadre d'une chaîne de contrats homogènes.

Deuxième étape : Les arrêts de l'assemblée plénière du 7 février 1986 (société Produits céramique d'Anjou et M.P.I.).

L'assemblée plénière vidait alors le conflit qui s'était instauré entre la première Chambre civile et la troisième Chambre civile, relativement à la nature de l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre du fabricant de matériaux (sur ce conflit, voir chronique précitée de M. Ph. Malinvaud ; voir également J.-P. Karila « Les responsabilités des constructeurs » éd. Delmas, 2<sup>e</sup> édition 1991, chap. L., section D).

L'assemblée plénière, présidée alors par Mme Rozès, tranchait ce conflit dans le sens de la thèse « contractualiste » prônée par la première Chambre civile, et condamnait ainsi la thèse de la troisième Chambre civile fidèle au fondement délictuel de l'action.

Elle le faisait dans les termes suivants :

« Le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; qu'il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée... »

L'assemblée plénière admettait ainsi, pour la première fois, une action directe de nature contractuelle dans le cadre d'une chaîne de contrats hétérogènes.

Bien que la qualité d'ayant cause du maître de l'ouvrage dans les droits et actions de l'entrepreneur à l'encontre du vendeur de celui-ci soit contestable, aucun transfert de propriété stricto sensu ne s'étant opéré, le maître de l'ouvrage devenant propriétaire par accessoin au fur et à mesure de l'exécution du contrat d'entreprise, il est couramment admis que la décision de l'assemblée plénière se fonde sur les analyses de MM. Aubry et Rau et de leurs successeurs, selon lesquelles la créance de garantie ou l'action en responsabilité se transmet « propter rem » comme un accessoire de la chose vendue.

La décision de l'assemblée plénière s'inscrivait ainsi dans la droite ligne de la jurisprudence qui avait admis, dès 1967 (2) pour la première Chambre civile (28 novembre 1967 D. 1968.163 - Gaz. Pal. 1968.1.120 - Rev. trim. dr. civ. 1968.391, obs. Cornu), et dès 1968 pour la troisième Chambre civile (23 mars 1968 D. 1970.663, note Ph. Jestaz), la transmission de l'action en garantie décennale à l'acquéreur de l'ouvrage à titre d'accessoire de la propriété vendue.

Les arrêts de l'assemblée plénière ont donc été approuvés par la doctrine dominante relativement au fondement de la transmission, les critiques n'ayant porté d'une façon générale que :

- sur la qualification de l'action (action pour non-conformité de la chose livrée) qui opérait dans les circonstances de l'espèce une véritable fusion entre le défaut de conformité et le vice caché, pour éluder le bref délai de l'art. 1648 du Code civil (voir sur ce point les observations de M. Ph. Malinvaud, note précitée ; voir également observations de M. Bénabent, D. 1986.293), abstraction faite du fait qu'il n'est pas contestable que la transmission des actions et accessoires de la chose au sens de l'art. 1615 du Code civil concerne non seulement l'action en garantie des vices cachés, mais également l'action fondée sur le défaut de conformité (v. obs. Ph. Rémy, Rev. trim. dr. civ. 1985.406).

- sur les conséquences insoupçonnées que pouvait avoir cette décision dans de nombreux domaines car, comme l'écrivait plaisamment M. Ph. Malinvaud dans son commentaire précité « c'est un château de cartes qui risque de s'écrouler, et avec lui quelques articles parmi les plus importants du Code civil », notamment dans le domaine de la construction immobilière, tandis que M. Ph. Rémy observait : « on espérait que la courte action contractuelle en garantie des vices cachés chasserait la longue action délictuelle ; c'est la très longue action contractuelle « de droit commun » qui chasse l'action délictuelle désormais raccourcie : fabricants et maîtres de l'ouvrage ont joué à qui perd gagne » (obs. Rev. trim. dr. civ. 1986.605).

Les arrêts de l'assemblée plénière du 7 février 1986 ne disent pas expressément que l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre du fabricant est nécessairement contractuelle mais cela va de soi puisque celui-ci est assimilé au sous-acquéreur dont l'action a été déclarée nécessairement contractuelle (arrêt du 7 octobre 1979).

La troisième Chambre civile, tout en marquant une résistance remarquée sur le terrain de la transmissibilité de l'action contractuelle de droit commun du maître de l'ouvrage à l'encontre des locataires d'ouvrage au profit de l'acquéreur - ce qui a conduit M. Bénabent à s'interroger dans les termes suivants « familièrement dit, la troisième Chambre « traînerait-elle les pieds » pour suivre la voie consacrée en assemblée plénière le 7 février 1986... » : obs. sous Cass. 3<sup>e</sup> civ. 7 mai 1986 (D. 1987.257) - s'est ralliée à cette solution le 10 mai 1990 (Bull. cass. II, n° 116, p. 64) le 27 mars 1991 (Bull. cass. III, n° 107, p. 61), mais a validé un arrêt de la Cour de Versailles qui s'était refusée à opérer une confusion entre le vice caché et le défaut de conformité : v. C. Versailles (4<sup>e</sup> Ch.) 18 décembre 1987 (Gaz. Pal.

des 10 et 11 novembre 1989, somm. p. 9) ; v. également J.-P. Karila, ouvrage précité, chap. L. sect. D.

La solution de l'assemblée plénière du 7 février 1986 admettant la transmission de l'action contractuelle dans les chaînes de contrats hétérogènes ne pouvait, comme nous l'avons déjà dit dans d'autres colonnes (voir chr. précitée) que favoriser l'extraordinaire développement de la responsabilité contractuelle, amorcé implicitement par un arrêt annonciateur quoique ambigu du 17 février 1987 (Bull. cass. IV, n° 44, p. 33 - D. 1987.543, note P. Jourdain), réalisé par les arrêts rendus par la première Chambre civile les 8 mars et 21 juin 1988 dont il sera traité ci-après, condamnés par l'arrêt Bess du 12 juillet 1991.

Troisième étape : L'arrêt de la première Chambre civile du 8 mars 1988 (arrêt société Photocin c. Stritmatter).

Le 8 mars 1988, la première Chambre civile présidée par M. Ponsard (Bull. cass. I, n° 69, p. 46) casse une décision, qui avait retenu le fondement délictuel de l'action d'un particulier à l'encontre d'un laboratoire chargé par un photographe de développer le film qui lui avait été confié par son client.

La cassation est prononcée pour fausse application des art. 1147 et 1382 du Code civil au motif que « dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette personne que d'une action de nature nécessairement contractuelle qu'il peut exercer directement dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué ».

Les thèses de MM. B. Teyssié et J. Néret étaient ainsi consacrées par la première Chambre civile dans le cadre d'une chaîne homogène de contrats (succession de contrats d'entreprise).

La doctrine approuvait, avec quelques réserves et de nombreuses interrogations, cette « entrée solennelle du sous-contrat dans la famille des ensembles contractuels » (Rev. trim. dr. civ. 1988 ; obs. Mestre, p. 741 ; obs. Ph. Rémy, p. 551 ; obs. P. Jourdain, p. 760 à 766 - J.C.P. 1988.II.21070, note J. Jourdain), tandis que M. Ph. Conte condamnait avec l'énergie du désespoir une décision de la Cour d'appel d'Agen directement inspirée de la solution du 8 mars 1988 : note sous C. Agen 7 décembre 1988 (Gaz. Pal. des 24-25 novembre 1989, p. 10 et suivantes).

Pour notre part, il nous est apparu qu'une telle solution rendue en matière mobilière mais à vocation générale, était radicalement intransposable dans le domaine immobilier et ne pouvait conduire qu'à des solutions non seulement contraires à la loi mais également inextricables en matière de sous-

traitance de construction immobilière. (Chronique précitée, plus spécialement p. 320 et 321).

L'arrêt du 8 mars 1988 constitue, en tout état de cause, une rupture avec la jurisprudence Lamborghini et celle de l'assemblée plénière du 7 février 1986, puisque le caractère nécessairement contractuel de l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre du débiteur substitué, c'est-à-dire du sous-traitant, ne pouvait - et ne l'était d'ailleurs pas, l'arrêt ne précisant nullement le fondement de sa solution - se justifier par le recours à la notion d'accessoire de la chose dès lors que celle-ci n'avait été ni fabriquée ni transmise en propriété mais seulement confiée dans le cadre d'un contrat d'entreprise.

**Quatrième étape : L'arrêt de la première Chambre civile du 21 juin 1988 (arrêt Sode-rep).**

Quelques mois plus tard, le 21 juin 1988, la première Chambre civile (*Bull. cass. I*, n° 202, p. 141), toujours présidée alors par M. Ponsard, élargissait le domaine de la responsabilité contractuelle aux ensembles contractuels à l'occasion d'une affaire complexe mettant en jeu plusieurs contrats et justifiait cette fois sa solution par un emprunt littéral à un écrit du doyen G. Durry (*Rev. trim. dr. civ.* 1980.355) et à la thèse soutenue par M. B. Teysse.

La Cour déclare « dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial ; qu'en effet, dans ce cas, le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles applicables en la matière, la victime ne peut disposer contre lui que d'une action de nature contractuelle, même en l'absence de tout contrat entre eux ».

Cette décision était également approuvée avec quelques interrogations par la majorité de la doctrine (note P. Jourdain, *J.C.P.* 1988.II.21125, obs. J.-L. Aubert - D. 1989, somm. p. 239 - *Rep. Defrenois* 1989.357 - *Rev. trim. dr. civ.* 1989, observ. J. Mestre, p. 74 et Ph. Rémy, p. 107), M. Larroumet l'applaudissant pour sa part et tentant de démontrer que bien qu'elle n'ait fait référence qu'à la première limite de l'arrêt du 8 mars 1988 (celle des droits du maître de l'ouvrage à l'encontre de l'entrepreneur), elle impliquait cependant le respect de la seconde (celle de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué), et n'était nullement contraire à l'art. 1165 du Code civil...

#### LA RÉSISTANCE DE LA TROISIÈME CHAMBRE CIVILE

Dès le lendemain, soit le 22 juin 1988 (*Bull. cass. III*, n° 115, p. 63), la troisième Chambre civile rejetait, en matière de sous-

traitance de construction immobilière, un pourvoi expressément motivé sur la formulation des arrêts de l'assemblée plénière du 7 février 1986 rendu à propos de l'action nécessairement contractuelle du maître de l'ouvrage contre le fournisseur de matériaux en déclarant :

« l'obligation de résultat d'exécuter des travaux exempts de vices, à laquelle le sous-traitant est tenu vis-à-vis de l'entrepreneur principal, a pour *seul fondement les rapports contractuels et personnels* existant entre eux et ne peut être invoquée par le maître de l'ouvrage, qui est étranger à la convention de sous-traitance ».

La troisième Chambre confirmait son hostilité à toute admission de la responsabilité contractuelle en violation de l'art. 1165 du Code civil (*Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 20 juin 1989 (*Bull. cass. III*, n° 146) ; voir également 3 octobre 1989 (*ibid. III*, n° 208) et 6 décembre 1989 (*ibid. III*, n° 228) qui casse une décision qui, tout en retenant le fondement quasi-délictuel, avait appliqué la prescription de 10 ans de l'art. 2270), tandis que les juges du fond, bien que partagés, avaient tendance dans leur majorité à adopter la position exprimée par la première Chambre civile tant le 8 mars 1988 que le 21 juin 1988 (v. sur ce point J.-P. Karila ouvrage précité, chap. D. section IV E, et la jurisprudence citée à laquelle il convient d'ajouter un arrêt inédit de la Cour de Rouen du 6 mars 1991 : Rouen (1<sup>re</sup> Ch.) AGF c. Pigne) (3).

Le conflit était donc manifeste dès 1988, mais l'idée de la réunion d'une Chambre mixte ou d'une assemblée plénière était semble-t-il repoussée tant par la première Chambre que par la troisième Chambre ; elle est cependant apparue inévitable d'autant plus que le défendeur en pourvoi dans l'affaire Besse avait saisi la Cour d'une demande spécifique sur ce point.

C'est en cet état qu'a été rendu l'arrêt Besse, après notamment des conclusions écrites et orales remarquées de M. l'avocat général R. Mourrier qui avait mis en évidence les limites et les inconvénients de la thèse « contractualiste » et avait conclu à la cassation au double visa de l'art. 1165 et 2270 du Code civil (4).

## II. - La portée de l'arrêt Besse du 12 juillet 1991.

A. - L'arrêt de l'assemblée plénière n'est pas d'application limitée au strict domaine de la sous-traitance de construction immobilière et condamne indubitablement l'idée que la notion de groupes de contrats puisse constituer un facteur de création de rapports contractuels.

L'assemblée plénière casse une décision de la Cour de Nancy, laquelle appliquant litté-

ralement la décision de la première Chambre civile du 8 mars 1988 avait qualifié l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre d'un sous-traitant de nécessairement contractuelle dans la double limite de ses droits à l'encontre de l'entrepreneur principal et de l'étendue de l'engagement du sous-traitant et en avait déduit que ce dernier pouvait, en conséquence, opposer au maître d'ouvrage l'exception d'irrecevabilité que l'entrepreneur principal lui opposait déjà par ailleurs et tirée de la prescription de l'action en garantie décennale (art. 2270 C. civ.).

Cette cassation est prononcée pour violation de l'art. 1165 du Code civil dont l'assemblée plénière rappelle expressément qu'il édicte que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ».

En la circonstance, un particulier qui avait chargé un entrepreneur de l'édification de son pavillon avait, à la suite de malfaçons, dirigé son action contre ledit entrepreneur mais également directement contre le sous-traitant de ce dernier dont les travaux s'étaient révélés défectueux et avait invoqué à son encontre l'obligation de résultat à laquelle celui-ci était tenu à l'égard de l'entrepreneur principal.

1) *L'arrêt Besse ne se fonde pas sur les dispositions spécifiques à la construction immobilière.*

Le cas d'espèce tranché par la Cour de Nancy concernait un chantier régi par le régime de la loi du 3 janvier 1967.

Cependant, toutes les parties au procès ont fait également état des dispositions spécifiques de la loi du 4 janvier 1978 qui étaient pourtant inapplicables en la circonstance.

Sans doute pour mettre en relief qu'admettre la solution de la Cour de Nancy était radicalement contraire à ladite loi.

On rappellera que le nouvel art. 1792 du Code civil que celle-ci institue, édicte une responsabilité de plein droit pesant sur « tout constructeur d'un ouvrage », tandis que le nouvel art. 2270, dans sa rédaction issue de cette loi, renvoie aux seules garanties et responsabilités édictées « en vertu des art. 1792 à 1792-4 du présent Code » ; or l'on sait que l'art. 1792-1 du Code civil ne répute pas constructeur au sens de la loi le sous-traitant ; il ne s'agit pas là d'un oubli mais de la traduction de la volonté expresse du législateur telle qu'elle résulte des travaux préparatoires et des débats parlementaires.

Mais cette circonstance n'était pas de nature à modifier la situation de droit en ce qui concerne le sous-traitant qui n'a jamais été soumis aux garanties légales, tant sous les régimes antérieurs à la loi du 4 janvier 1978 que sous celui issu de cette loi.

Si le cas d'espèce tranché par la Cour de Nancy avait été soumis au régime de la loi du 4 janvier 1978, la cassation aurait pu être prononcée pour refus d'application de l'art. 1792-1 et fausse application de l'art. 2270 du Code civil.

L'affaire relevant de l'application du régime de la loi du 3 janvier 1967, M. l'avocat général R. Mourier avait conclu à la cassation pour violation notamment de l'art. 2270 du Code civil, ce qu'aurait pu faire l'assemblée plénière, dès lors que ledit article 2270, dans sa rédaction résultant de cette loi, énonce expressément une garantie et une prescription au préjudice et au profit des « architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ».

Cependant, l'assemblée plénière n'a pas cassé l'arrêt de la Cour de Nancy pour violation, par fausse application, de l'art. 2270 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 3 janvier 1967.

Il est clair dans ces conditions que la portée de l'arrêt Besse n'est pas limitée au domaine de la sous-traitance de construction immobilière.

2) *L'arrêt Besse condamne indubitablement l'idée que la notion de groupe de contrats puisse constituer un facteur de création de rapports contractuels.*

La cassation a été prononcée au seul visa de l'art. 1165 du Code civil.

L'assemblée plénière condamne donc indubitablement – et en tous domaines puisque aussi bien sa décision n'est pas limitée au domaine immobilier comme elle aurait pu le faire (1) – l'idée que l'existence d'un sous-contrat (thèse soutenue par la première Chambre civile dans son arrêt du 8 mars 1988) et/ou encore que celle d'ensembles contractuels (thèse soutenue par la première Chambre civile dans son arrêt du 21 juin 1988 auquel se référerait d'ailleurs incidemment la Cour de Nancy) puisse générer des rapports contractuels entre des parties qui ne l'ont point voulu *ni prévu*, cette dernière observation venant en contrepoint du fondement avancé par les tenants de la thèse contractuelle (prévisibilité).

C'est une *réhabilitation* incontestable du principe de l'effet relatif des conventions édicté par l'art. 1165 du Code civil ; que l'assemblée plénière s'est refusée à « relire » dans le sens proposé par la doctrine dominante.

Désormais, il ne semble plus possible que les juges du fond puissent :

- invoquer le fait qu'une chaîne de contrats s'insérerait dans le cadre d'une *opération unique* (C. Agen 7 décembre 1988),
- invoquer le fait que le sous-traitant et/ou encore le sous-contractant ou débiteur substitué se borne à exécuter tout ou partie des

*obligations du débiteur initial* (Thèse de M. Néret ; arrêt 1<sup>re</sup> Ch. civ. 8 mars 1988),

– invoquer le fait que la victime du dommage et/ou encore le demandeur à l'action en responsabilité n'a souffert dudit dommage que *parce qu'il avait un lien avec le contrat initial* (doctrine dominante ; arrêt 1<sup>re</sup> Ch. civ. 21 juin 1988),

pour en tirer la conclusion que ce rapport économique et/ou de fait, voire pour reprendre la terminologie des partisans de la thèse contractuelle « de substance », génère un lien contractuel entre des parties non contractantes...

B. – *L'arrêt de l'assemblée plénière ne semble pas remettre en cause la jurisprudence Lamborghini et ses suites ni revenir sur la solution qu'elle avait adoptée le 7 février 1986.*

L'arrêt Besse ne remet pas en cause, semble-t-il, la jurisprudence Lamborghini ci-dessus évoquée et ses suites ; il ne semble pas par ailleurs constituer un revirement de jurisprudence par rapport à la solution de l'assemblée plénière elle-même le 7 février 1986 et adoptée, comme déjà dit ci-dessus, par la troisième Chambre civile.

On observera ici encore que le fondement juridique commun de cette jurisprudence, ou avancé par la doctrine, pour justifier la transmissibilité de l'action en garantie, ou en responsabilité, est la théorie de l'accessoire appliquée à la chose transférée en propriété par l'effet d'un contrat de vente ou par l'effet d'un contrat de louage d'ouvrage.

L'action contractuelle consacrée par cette jurisprudence est donc une action *propter rem*.

Or, le maître d'ouvrage « acquiert » au titre de l'accession à la propriété la chose que devait fournir et mettre en œuvre le débiteur principal, c'est-à-dire l'entrepreneur qui s'est substitué un sous-traitant qui fournit en général lui-même la chose qu'il met en œuvre en exécution de la convention de sous-traitance.

L'assemblée plénière aurait donc pu valider la décision attaquée dans l'esprit de la solution qu'elle avait elle-même adoptée dans le cadre de ses arrêts du 7 février 1986 par une substitution de motif, comme elle s'en reconnaît le droit depuis au moins 1963, visant l'art. 1147 du Code civil, le maître de l'ouvrage étant considéré comme l'ayant droit à titre particulier de l'entrepreneur principal dont l'action à l'égard du sous-traitant était nécessairement contractuelle.

C'est sans doute pour cette raison que M. l'avocat général R. Mourier a particulièrement insisté dans ses conclusions écrites et orales sur le fait qu'en la circonstance il n'y avait eu aucun transfert de propriété.

Mais il nous semble que la question de savoir s'il y a eu ou non stricto sensu un transfert de propriété est indifférente dès lors que la solution des arrêts de l'assemblée plénière du 7 février 1986 n'était pas limitée aux seuls contrats translatifs de propriété ; l'assemblée plénière ne dit-elle pas que « le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur... » ; « comme » et non pas en tant que tel.

Certes, l'assemblée plénière ajoute que « le maître de l'ouvrage jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur », mais bien qu'en la circonstance les équipements sanitaires mis en œuvre de façon défectueuse par le sous-traitant étaient très certainement la propriété de celui-ci et non de l'entrepreneur principal d'une part, et, qu'il n'y ait pas eu stricto sensu « transfert » de propriété d'autre part, le maître de l'ouvrage devenant propriétaire par accession, la solution du 7 février 1986 aurait pu être transposée.

Tout en conservant l'idée que le maître de l'ouvrage serait l'ayant droit à titre particulier de l'entrepreneur principal dans les droits et actions de ce dernier à l'encontre du sous-traitant, relativement à la mise en œuvre d'une chose objet de la convention de sous-traitance, et qui s'était avérée défectueuse, l'assemblée plénière aurait pu valider la décision attaquée dans l'esprit de sa solution du 7 février 1986 sans pour autant faire référence à un « transfert » de propriété quelconque. Le résultat pratique n'aurait sans doute pas été différent pour le maître de l'ouvrage dès lors que, pour le moins, l'un des deux constructeurs devait être commerçant ce qui impliquait, par application de l'art. 189 bis, l'existence d'une prescription décennale dont le point de départ aurait été au plus tard à la réception (v. sur ce point J.-P. Karila, ouvrage précité, chap. D, sect. IV D).

Ce n'est sans doute cependant pas pour cette raison hypothétique que l'assemblée plénière n'a pas validé l'arrêt attaqué et on ne peut pas affirmer qu'elle ait entendu par l'arrêt Besse revenir sur la position qu'elle avait adoptée le 7 février 1986, et dont elle a voulu limiter – et ô combien à juste titre – l'application au strict domaine de l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre des fabricants ou fournisseurs de matériaux à propos duquel elle a rendu cette décision.

Le principe d'une transmission des droits et actions accessoires d'une chose à ses limites, et on ne peut admettre qu'il soit un *principe de distribution des domaines respectifs des deux ordres de la responsabilité civile*. Il est en tout cas transgressé à l'occasion par la jurisprudence qui ne manque pas, dans le même temps, d'affirmer son existence !... Ou encore complètement écarté.

Déjà dans le domaine de la construction immobilière et sous l'empire des régimes anté-

ricurs à la loi du 4 janvier 1978, la jurisprudence a eu l'occasion d'adopter des solutions contraires à l'idée de transmission des droits et actions à titre d'accessoires à une chose.

C'est ainsi que la troisième Chambre civile a validé une décision qui avait admis l'action en garantie décennale d'un acquéreur d'un immeuble qui avait acquis celui-ci en pleine connaissance des désordres qui l'affectaient - sans doute à un moindre prix que s'il avait été exempt de vices - et alors que l'acte de vente ne réservait pas un tel recours.

La troisième Chambre civile rejette le pourvoi au motif ci-après reproduit :

« Mais attendu que les acquéreurs successifs d'un immeuble sont recevables à agir contre les constructeurs sur le fondement de la garantie décennale qui accompagne, en tant qu'accessoire, l'immeuble, nonobstant la connaissance par les acquéreurs des vices de celui-ci lors de la signature de l'acte de vente et l'absence, dans ce dernier, de clause prévoyant un tel recours » : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 octobre 1975 (*Bull. cass.* III, n° 311, p. 135), ce qui est radicalement contraire à l'idée de toute transmission.

On peut cependant justifier la solution en observant que si la garantie décennale est certes une garantie des vices cachés, il reste que le caractère clandestin du vice s'apprécie non pas au moment de l'acquisition mais à la réception.

Quelques années plus tard, la même troisième Chambre civile décidait, le 21 mars 1979, et depuis la solution est constante, que :

« si l'action en garantie décennale se transmet en principe avec la propriété de l'immeuble aux acquéreurs, le maître de l'ouvrage ne perd pas la faculté de l'exercer quand elle présente pour lui un intérêt direct et certain » (*Bull. cass.* III, n° 73, p. 53), ce qui est également contraire à l'idée de toute transmission.

C'est ainsi encore que la Chambre commerciale dans l'arrêt précité du 24 novembre 1987 (renvoi n° 1), rendu en matière de vente, nie de fait le principe de toute transmission en garantie du vendeur intermédiaire au sous-acquéreur, en validant une décision qui avait accueilli son action résolutoire à l'encontre du vendeur initial et refusé de rechercher si le vendeur intermédiaire avait connaissance du vice caché au moment de la vente au sous-acquéreur.

L'action directe du sous-acquéreur à l'encontre du vendeur initial n'a donc aucun fondement juridique !... Sauf à considérer que l'action propter rem se suffit à elle-même et n'aurait également aucun fondement juridique et qu'il convient de bannir en la circonstance toute idée de transmission d'une créance quelconque.

(1) Dans notre chronique précitée, nous avons cité un arrêt de la Chambre commerciale du 24 novembre 1987 (*Bull. cass.* IV, n° 250, p. 186) illustrant le fait que la jurisprudence n'aurait admis qu'à cette époque l'action résolutoire du sous-acquéreur à l'encontre du vendeur intermédiaire : il s'agit d'une « coquille » et/ou encore d'une erreur manifeste dès lors qu'il est évident que la jurisprudence avait admis depuis fort longtemps cette possibilité naturelle, l'arrêt du 24 novembre 1987 concernant, comme l'arrêt du 17 mai 1982, l'action en résolution dirigée contre le vendeur initial.

(2) Certains auteurs situent cette jurisprudence dès 1963 à 1964 et citent à cette occasion deux arrêts de la première Chambre civile, l'un du 26 février 1963 (*Bull. cass.* I, n° 122, p. 106), l'autre du 17 juillet 1964 (*Bull. cass.* I, n° 395, p. 305). Il s'agit selon nous d'une interprétation erronée de la jurisprudence.

En effet, le premier arrêt ci-dessus visé énonce exactement le contraire de ce que lui font dire ces auteurs : la cassation est en effet prononcée pour fausse application des art. 1792 et 2270 du Code civil à l'encontre d'une décision qui avait justement retenu la responsabilité du vendeur constructeur en sa qualité de constructeur au prétexte que la clause d'abandon de recours stipulée dans l'acte de vente ne l'avait été qu'au regard de sa seule qualité de vendeur et non pas de celle de

constructeur ; quant au second arrêt ci-dessus visé, s'il rejette le pourvoi formé à l'encontre d'une décision qui avait admis l'action en garantie décennale d'une société coopérative de construction à l'encontre de l'entrepreneur alors que la réception définitive avait eu pour effet, comme le soutenait à juste titre un moyen du pourvoi, de transmettre cette action au propriétaire, c'est après avoir souligné que ladite société coopérative assignée en qualité de mandataire par son adhérent était en droit de le faire « à une époque où elle devait être considérée comme maître de l'ouvrage par application de l'art. 39 de la loi du 18 juin 1946 ».

(3) Le Conseil d'Etat statuait également dans le même sens en matière de sous-traitance de travaux publics tant antérieurement que postérieurement à la loi du 31 décembre 1975 dont les dispositions relatives au paiement direct des sous-traitants n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer à la charge des sous-traitants des obligations contractuelles vis-à-vis du maître de l'ouvrage : Cons. d'Etat sect. cont. 1<sup>re</sup> et 4<sup>e</sup> sect. réun. 28 janvier 1987, commune de Beynes c. société Lasserre et Cie (*D.* 1987, somm. commentés p. 432, obs. Ph. Terneyre).

M. Groslière s'était cependant posé la question dès 1977 de savoir si la loi du 31 décembre 1975 n'avait pas, en imposant à l'entrepreneur principal l'obligation de faire accepter chaque contrat de sous-traitance, créé au profit du maître de l'ouvrage un rapport juridique « quasi contractuel » qui justifierait l'action directe de ce dernier en responsabilité ; action qui serait en quelque sorte la contrepartie de l'action directe en paiement du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage (« Responsabilité des Bureaux d'Etudes et Contentieux de la Construction » *Rev. droit et ville* 1977, n° 3, p. 97 et suivantes).

Le 11 juillet 1988, le Conseil d'Etat confirmait encore son hostilité - en dehors de toute discussion sur les conséquences d'un paiement direct - à admettre l'existence d'une action directe de nature contractuelle, la circonstance que le maître de l'ouvrage ait sciemment laissé agir le sous-traitant n'ayant pas pour effet de créer un lien contractuel entre lui et celui-ci : Cons. d'Etat, sect. cont. 3<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> sous-sect. réunies 11 juillet 1988, Chambre des métiers d'Ille-et-Vilaine (*D.* 1989, somm. commentés, p. 223, obs. Ph. Terneyre).

(4) Les conclusions écrites de M. l'avocat général R. Mourier seront publiées dans le rapport annuel de la Cour de cassation de l'année 1991.

