

Section 1^{re}

Généralités

§ 1^{er}. *L'entrepreneur et le contrat d'entreprise : définition, champ d'application et réglementation*

1.1. Définition de l'entrepreneur et du contrat d'entreprise. Le Code civil. –

Aucune disposition ne définit de manière générale « l'entrepreneur ». Quant au Code civil de 1804, il ne définit pas non plus de façon précise le contrat d'entreprise. L'art. 1710 C. civ. ne qualifie que le « louage d'ouvrage », notion générique qui englobe aussi bien le contrat de travail que le contrat d'entreprise.

La doctrine et la jurisprudence définissent habituellement le contrat d'entreprise comme « la convention par laquelle une personne, l'entrepreneur, s'engage envers une autre, le maître de l'ouvrage, à effectuer, moyennant le paiement d'un prix, un travail ou un service déterminé, sans aliéner son indépendance dans l'exécution matérielle de ses engagements ni disposer d'un pouvoir de représentation »¹.

1.2. Champ d'application. – Le champ d'application matériel du contrat d'entreprise est extrêmement étendu. Ce contrat peut, en effet, avoir pour objet des prestations *manuelles* comme des tâches *intellectuelles*. Ces prestations manuelles peuvent, à leur tour, porter aussi bien sur des meubles que sur des immeubles.

Dresser la liste des prestations qui relèvent du champ d'application du contrat d'entreprise serait fastidieux et inutile : l'extraordinaire diversité des services, ainsi que leur évolution (notamment au regard du développement des nouvelles technologies) rend d'ailleurs l'exercice impossible.

Dans le domaine immobilier, s'analysent ainsi comme des contrats d'entreprise toutes les conventions relatives à la prestation de services d'ingénierie ou d'architecture et à la réalisation de travaux immobiliers (construction, démolition, rénovation, aménagement, parachèvement, décoration, abords, etc.).

1.3. Réglementation du contrat d'entreprise. – Malgré la multiplicité et la diversité des situations de fait pouvant être régies par ce contrat, le Code civil n'a

¹ Cass., 3 octobre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 142 ; Bruxelles, 19 décembre 2002, *R.J.I.*, 2003, p. 138. Voir également Cass., 3 septembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2187 : « (...) l'entreprise est le contrat par lequel une personne s'engage moyennant le paiement d'un prix à effectuer un travail intellectuel ou matériel déterminé pour un tiers en posant des actes matériels ; le contrat d'entreprise qui suppose que l'entrepreneur ou ses travailleurs sont indépendants dans l'exécution de leur travail n'est pas incompatible avec la collaboration, les instructions générales ou un contrôle exercé par le maître de l'ouvrage sur le travail de l'entrepreneur ».

IV.3.1 – GÉNÉRALITÉS

consacré au louage d'ouvrage que 18 articles : les art. 1782 à 1799¹. Ces textes, inchangés depuis 1804, ne visent expressément que deux modalités du contrat d'entreprise : le contrat des voituriers par terre et par eau, c'est-à-dire le contrat de transport (art. 1782 à 1786 C. civ.) et les devis et marchés (art. 1787 à 1799 C. civ.).

Au cours du XX^e siècle, quelques législations ont été élaborées afin de combler les lacunes du Code civil et de faire face aux réalités nouvelles. La plupart d'entre elles s'expliquent par la volonté de mettre fin aux abus les plus criants de la liberté contractuelle. Parmi celles-ci, l'on peut citer, pour le secteur de l'immobilier, la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction², dite « loi Breyne », le Code de droit économique, en particulier son livre VI et son livre XIV, la loi du 4 août 1996 sur le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail³ (imposant la conclusion d'un contrat avec un « coordinateur sécurité chantier » pendant l'élaboration et la réalisation de certains travaux de construction immobilière), ou encore les lois tendant à réglementer et à contrôler les activités de certaines professions (notamment la loi du 11 février 2013 organisant la profession d'agent immobilier⁴).

Doit également être mentionnée la réglementation relative aux marchés publics, dont le respect s'impose aux parties, tant pour le choix de l'adjudicataire et la formation du contrat que pour l'exécution de celui-ci, lorsque le contrat d'entreprise est conclu entre une entreprise et un pouvoir public⁵.

Il serait cependant erroné de croire que l'absence de textes exprès transforme les contrats d'entreprise non réglementés en conventions « sans loi ». À défaut de normes particulières, pour déterminer les principes gouvernant pareils engagements, la jurisprudence recourt aux dispositions gouvernant les devis et marchés, tels les art. 1794, 1795, 1797 et 1799 C. civ., que la doctrine et la jurisprudence déclarent applicables à tout louage d'ouvrage, aux dispositions de la théorie

¹ L'on doit ajouter à ces dispositions, l'article 2270 du Code civil (établissant le délai de prescription décennal pour les défauts affectant les gros ouvrages), ainsi que l'article 20, 12^o, de la loi hypothécaire (accordant durant cinq ans un privilège au sous-traitant sur la créance se rapportant à la même entreprise, dont l'entrepreneur cocontractant est titulaire envers le maître de l'ouvrage) et l'article 27, 5^o, de la même loi (accordant, à certaines conditions, aux entrepreneurs et architectes un privilège sur l'immeuble édifié, reconstruit ou réparé).

² Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971.

³ *M.B.*, 18 septembre 1996.

⁴ Loi du 11 février 2013 organisant la profession d'agent immobilier, *M.B.*, 22 août 2013. Voir également l'arrêté royal du 30 août 2013 relatif à l'accès à la profession d'agent immobilier (*M.B.*, 6 septembre 2013). La loi du 11 février 2013 et l'arrêté royal du 30 août 2013 sont entrés en vigueur le 1^{er} septembre 2013. Les contrats d'agence immobilière conclus avec un consommateur sont par ailleurs soumis à une réglementation particulière (voir l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers, *M.B.*, 19 janvier 2007).

⁵ Voir le *verbo* « Marchés publics » dans le présent ouvrage.

générale des obligations qui régissent, en principe, tout contrat nommé ou in-nommé¹, et enfin, aux usages professionnels qui peuvent avoir dans certains secteurs une influence considérable sur les clauses des contrats d'entreprise auxquels ils s'intègrent en vertu de l'art. 1135 C. civ.

§ 2. *Les caractères du contrat d'entreprise*

1.4. Contrat consensuel. – Le contrat d'entreprise est, en règle, un contrat *consensuel* ; il existe et engage valablement l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage par le seul fait de l'échange des consentements, sans autre condition de forme².

1.5. Contrat synallagmatique. – C'est également un contrat *synallagmatique* : les obligations des cocontractants se trouvent dans un rapport de connexité tel que les engagements de chacun d'eux ont pour cause les obligations de l'autre. L'objet de l'obligation principale de l'entrepreneur consiste à exécuter la prestation promise ; celui de l'obligation du maître de l'ouvrage est d'en payer le prix. Conformément aux principes de la théorie générale des obligations, les parties sont soumises, dans le contrat d'entreprise comme dans tout autre contrat synallagmatique, à des règles complémentaires relatives, notamment, à l'inexécution des obligations, et qui concernent aussi bien le cas où l'inexécution de ses obligations par l'une des parties lui est imputable (exception d'inexécution et résolution judiciaire ou extrajudiciaire), que le cas où pareille inexécution ne lui est pas imputable (hypothèse de la théorie des risques).

1.6. Contrat à titre onéreux. – Le contrat d'entreprise est qualifié de contrat *à titre onéreux*. Les parties à la convention sont mues par des mobiles intéressés. Chacune d'elles ne satisfait à ses obligations que pour obtenir de l'autre la contrepartie promise : l'entrepreneur agit parce qu'une rémunération a été stipulée ; le maître de l'ouvrage s'exécute parce qu'il désire que les travaux soient effectués. La rémunération constitue généralement une somme d'argent versée à l'entrepreneur. Le prix peut, cependant, constituer dans la prestation d'un service ou dans la remise d'un bien par le maître de l'ouvrage.

La prestation de services non rémunérée constitue donc une convention d'entraide ou d'assistance bénévole³, c'est-à-dire un contrat unilatéral à titre gratuit,

¹ Cass., 2 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 617.

² Ce principe souffre néanmoins de quelques exceptions, notamment dans la matière des marchés publics ou en présence de certains contrats d'entreprise conclus avec des consommateurs (par exemple le contrat de construction immobilière « clé-sur-porte » soumis à la loi Breyne (voir l'art. 7 de la loi, qui exige la conclusion d'un contrat contenant certaines mentions obligatoires) ou le contrat d'agence immobilière).

³ Voir art. 1105 C. civ. : « le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage à titre gratuit ». Voir à cet égard P. WERY, « La bienfaisance en droit des obligations », in E. DIRIX, W. PINTENS, P. SENAËVE et S. STIJS (éd.), *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Anvers, Kluwer, 2002, pp. 553 à 577.

IV.3.1 – GÉNÉRALITÉS

dans lequel, selon certains, la responsabilité de celui qui agit à titre bénévole devrait se trouver allégée.

1.7. Contrat à exécution instantanée ou successive. – Le contrat d’entreprise peut être à exécution *instantanée ou successive* ; ses obligations s’exécutent, selon le cas, en une seule fois ou de façon successive. Le prix peut ainsi être payé en bloc ou par échelonnement ; le travail peut être exécuté en une seule action ou exiger des prestations répétées dans le temps.

1.8. Contrat à durée déterminée ou indéterminée. – Le contrat d’entreprise doit normalement présenter une *durée déterminée* ou être conclu pour la réalisation d’une prestation déterminée : un contrat d’entreprise est à durée déterminée lorsque les parties limitent dans le temps la durée de leurs rapports contractuels, soit qu’une date ou une période de temps donnée soit fixée, soit que le prestataire reçoive la charge d’accomplir une mission ou un travail déterminé. Ainsi, sera à durée déterminée le contrat d’entreprise portant sur la construction d’un immeuble alors même que la période d’exécution n’aurait pas été indiquée. Dans ce dernier cas, la fin du contrat peut en effet être raisonnablement déterminée : elle dépendra du délai ordinairement requis pour exécuter l’ouvrage contractuellement promis. Les contrats de prestation de service à durée déterminée peuvent être prorogés ou reconduits, le cas échéant (sauf clause contraire) de manière tacite¹.

Un contrat d’entreprise visant des prestations successives pour une durée indéterminée n’est pas frappé de nullité. La liberté fondamentale du commerce et de l’industrie prohibe toutefois les engagements perpétuels d’une personne au service d’une autre². Chacune des parties a donc le droit de résilier unilatéralement le contrat d’entreprise conclu pour une durée indéterminée, moyennant la notification d’un préavis raisonnable.

1.9. Contrat commutatif ou aléatoire. – Le contrat d’entreprise peut, selon les circonstances, être *commutatif ou aléatoire*. La quotité des obligations de chacun des cocontractants peut, sans que la nature de la convention en soit altérée, soit être définitivement fixée lors de la conclusion du contrat, soit dépendre d’un aléa³.

1.10. Contrat *intuitu personae* ? – Enfin, la plupart des contrats d’entreprise peuvent être qualifiés d’*intuitu personae*. La question de savoir si le contrat d’entreprise est nécessairement conclu *intuitu personae* demeure controversée.

¹ Sur la reconduction et la prorogation des contrats à durée déterminée, voir B. KOHL, « La prorogation et la reconduction du contrat », in *La fin du contrat*, coll. CUP, Liège, éd. Formation permanente CUP, vol. 51, 2001, pp. 261 et s.

² Cette liberté trouve sa source dans le décret d’Allarde des 2 et 17 mars 1791 établissant la liberté de commerce et d’industrie ; elle est désormais consacrée à l’art. II.3 du Code de droit économique : « chacun est libre d’exercer l’activité économique de son choix ».

³ Dans un marché à forfait, par exemple, l’entrepreneur assume les risques afférant à l’importance réelle des travaux, aux difficultés d’exécution et au coût des travaux et de la main-d’œuvre.

IV.3. 1 – GÉNÉRALITÉS

Nous pensons, avec d'autres, qu'il ne peut être posé comme principe que le contrat d'entreprise serait, nécessairement, conclu *intuitu personae*¹.

L'on distingue habituellement deux degrés d'*intuitu personae*. Le contrat d'entreprise de construction immobilière est un contrat conclu *intuitu personae* « au sens large », c'est-à-dire qu'il est censé avoir été conclu en considération des capacités techniques et financières du prestataire de services, qualités qui peuvent ne pas exister dans le chef de ses successeurs². Ce principe subsiste même si l'entrepreneur a été autorisé à se substituer une tierce personne puisque l'entrepreneur demeure responsable des fautes et malfaçons commises par les préposés et sous-traitants qu'il doit correctement choisir, diriger et surveiller.

§ 3. *La qualification et la distinction avec d'autres contrats*

1.11. Qualification du contrat d'entreprise et distinction avec d'autres contrats. Principes. – La qualification consiste en l'« opération intellectuelle d'analyse juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement »³. En matière contractuelle, le processus de qualification impose à celui qui y procède – en particulier le juge – d'examiner si la convention conclue par les parties renferme les éléments essentiels d'un contrat nommé particulier, afin de lui appliquer les normes de droit supplétif, impératif ou d'ordre public qui constituent son régime juridique.

1.12. Distinction avec le contrat de vente. – La distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de vente est aisée lorsqu'il y a exécution d'une prestation purement intellectuelle ou, à l'inverse, fourniture d'une chose sans la moindre prestation de service. Point de difficulté non plus lorsque l'entrepreneur réalise une prestation relative à une chose qui lui est fournie par le maître de l'ouvrage. La solution est également aisée lorsque la fourniture des matériaux présente un aspect tout à fait accessoire par rapport à la prestation réalisée. Faire la distinction entre la vente et l'entreprise présente en revanche plus de difficultés dans l'hypothèse où l'entrepreneur fournit à la fois la matière et son travail, c'est-à-dire en cas de « vente » d'une chose future que l'entrepreneur s'engage à réaliser. Diverses solutions ont été proposées qui ont, chacune, trouvé

¹ Voir sur cette question les observations convaincantes de W. GOOSSENS, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstencontract*, coll. Recht en onderneming, Bruges, die Keure, 2003, pp. 1137 à 1140 et réf. citées.

² En revanche, le contrat d'entreprise conclu avec un artiste ou avec le titulaire d'une profession libérale, choisi pour sa compétence ou son habileté, est un contrat *intuitu personae* « au sens strict » ; il en résulte, notamment, que la sous-traitance ne sera, en principe, pas autorisée dans un tel cas.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2004, p. 733.

IV.3.1 – GÉNÉRALITÉS

et/ou trouvent toujours des défenseurs au sein de la doctrine et ont été consacrées par certaines décisions des cours et tribunaux.

En matière immobilière, la doctrine et la jurisprudence ont tendance, en cas de construction d'un immeuble, à l'aide de matériaux fournis par l'entrepreneur, à retenir le critère de l'initiative de la conception ou encore celui de la commune intention des parties¹. Selon nous, la convention organisant la cession sur plan ou en cours de construction de la propriété de (ou de droits réels sur) l'immeuble doit être qualifiée de contrat de vente lorsque le promoteur s'engage uniquement à faire construire l'immeuble par un tiers et à le livrer à son client une fois la construction achevée² : dans ce cas, le promoteur n'exécute pas lui-même les prestations de construction de l'immeuble vendu sur plan. Même dans l'hypothèse où le promoteur effectue lui-même une partie des prestations matérielles, le contrat nous paraît, au regard du critère de l'intention des parties, encore devoir recevoir la qualification unique de vente si le client ne participe pas à la conception et au contrôle de l'exécution de l'ouvrage^{3,4}.

En revanche, le contrat de construction immobilière sur un terrain appartenant au maître de l'ouvrage devrait être qualifié de contrat d'entreprise, même lorsque l'entrepreneur fournit les matériaux qu'il met en œuvre⁵.

La question de la qualification en contrat de vente ou d'entreprise est d'importance puisque les règles concernant notamment la responsabilité relative aux défauts affectant la chose, le transfert de la propriété et le transfert des risques diffèrent dans l'un et l'autre cas. Il en est de même des dispositions régissant l'accord sur le prix et la modification du prix, la lésion, la débetion d'intérêts moratoires, la solidarité légale avec l'entrepreneur débiteur vis-à-vis du fisc et de l'O.N.S.S., les privilèges, l'incidence du décès d'une partie, la résiliation unilatérale, la prescription de l'art. 2272, al. 2, C. civ., ou encore l'action contractuelle directe de l'acheteur contre le fournisseur ou le sous-traitant de son cocontractant immédiat, etc.

1.13. Distinction avec le contrat de bail. – Le bailleur a l'obligation de procurer la jouissance d'une chose alors que l'entrepreneur a l'obligation d'exécuter une prestation ; c'est en cela que le bail et le contrat d'entreprise diffèrent.

¹ Voir à ce sujet B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2016, n^{os} 33 et 34, et réf. citées.

² Voir Bruxelles, 8 avril 1992, *Entr. et dr.*, 1994, p. 54.

³ Voir p. ex. Mons, 11 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1294.

⁴ Ainsi, lorsqu'un promoteur vend un appartement dans un immeuble en construction et s'engage à effectuer les travaux d'achèvement, l'opération doit être qualifiée de vente, même en ce qui concerne les parties à achever par le promoteur immobilier (vente d'une chose future). Voir dans ce sens K. UYTTERHOEVEN, « De promotieovereenkomst », in K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS et A. VERBEKE, *Handboek Bouwrecht*, Bruges, die Keure et Anvers, Intersentia, 2004, p. 491 ; A. DELVAUX et P. HENRY, « Les particularités de la promotion », *Act. dr.*, 1991, p. 1245 ; G. BAERT, *Aanneming van werk*, coll. Algemene Praktische Rechtsverzameling, Anvers, Kluwer et Story Scientia, 2001, p. 70 et la jurisprudence citée.

⁵ Voir L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Les contrats spéciaux. Examen de jurisprudence (1981-1991) », *R.C.J.B.*, 1999, pp. 789 à 791, n^o 176.

La question de la qualification n'est guère évidente lorsque la jouissance d'une chose (p. ex. une voiture ou une grue de chantier) s'accompagne de la mise à disposition du « locataire », d'un personnel qualifié pour l'utilisation de la chose (grue avec grutier, etc.). Dans ce cas, le principe énoncé par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 septembre 2010 est qu'« un contrat par lequel un bien et des travailleurs accompagnants sont mis à disposition constitue un contrat de louage et pas un contrat d'entreprise si les services des travailleurs mis à disposition se limitent à l'accompagnement de la chose sur laquelle le preneur a la maîtrise en tant qu'usager »¹. Dans l'hypothèse de location d'une grue avec grutier, plusieurs critères se dégagent dans la jurisprudence². Certains juges optent pour la qualification de contrat d'entreprise lorsque les parties ont plus eu en vue la spécialité du travail humain fourni par le grutier (à apprécier selon les qualifications du preneur), même si l'utilisateur de la grue avait la possibilité de donner certaines directives au grutier. D'autres s'attachent davantage au critère de l'autorité et tâchent de déterminer si le préposé chargé de manœuvrer la grue a agi en exécution de consignes données au fur et à mesure par le locataire de l'engin³, ou s'il a effectué son travail de façon indépendante et autonome, sa mission étant bien déterminée à l'avance.

Par ailleurs, les compétences techniques et professionnelles de celui qui fait appel au grutier et à sa grue ne sont pas sans incidence pour apprécier l'existence d'un lien de subordination à l'égard du grutier. Ainsi, une entreprise dépourvue de toute aptitude pour l'utilisation d'engins de telle importance et qui fait appel à une société spécialisée, commande plus qu'une simple mise à disposition d'une grue ; le contrat devrait alors recevoir la qualification de contrat d'entreprise⁴.

La qualification en contrat de location ou d'entreprise est lourde de conséquences en cas de faute du grutier. En effet, en présence d'un contrat de location, lorsque l'on peut considérer que le grutier se trouve dans un état de subordination par rapport au preneur, il appartient à ce dernier de supporter les dommages causés par le grutier à des tiers⁵. Au contraire, si le contrat devait être qualifié d'entreprise, l'entrepreneur qui a mis à disposition la grue et son grutier serait tenu pour responsable des fautes commises par ses préposés⁶.

Une autre conséquence de cette distinction porte sur l'application ou non des règles protectrices bénéficiant au sous-traitant, qui ne profitent pas au bailleur lorsque le contrat doit recevoir la qualification de bail (art. 1798 C. civ. et 20, 12^o, de la loi hypothécaire).

¹ Cass., 3 septembre 2010, *M.C.P.*, 2012, p. 440, *Pas.*, 2010, p. 2187, *R.W.*, 2011-2012, p. 565, note B. VAN DEN BERGH ; *R.D.C.*, 2010, p. 895.

² A. DELVAUX et F. POTTIER, « Relations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant : questions spéciales », in X., *La sous-traitance*, coll. C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 112 à 114.

³ Liège, 30 janvier 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 16 ; Liège, 12 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 126 ; Comm. Liège, 4 mars 1985, *R.G.A.R.*, 1988, 11354.

⁴ Voir en ce sens T. BEGUIN, « La mise à disposition d'une grue avec grutier : louage de chose ou d'industrie ? », note sous Liège, 21 avril 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 841.

⁵ Cass., 31 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 268 ; Liège, 30 janvier 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 16.

⁶ Bruxelles, 17 septembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 41, note P. WÉRY.

IV.3. 1 – GÉNÉRALITÉS

1.14. Distinction avec le contrat de mandat. – Le critère de distinction entre ces deux conventions gît dans le fait que le mandataire est chargé d'accomplir une opération juridique au nom et pour le compte d'autrui¹ (pouvoir de représentation), alors que l'entrepreneur exécute des actes matériels ou intellectuels au profit du maître de l'ouvrage, mais sans le représenter. Il appartient donc aux juges du fond d'analyser dans chaque cas la nature des tâches (prestations juridiques ou matérielles) stipulées et de vérifier l'existence ou non d'un pouvoir de représentation, afin de procéder à la qualification contractuelle.

En matière immobilière, la question présente particulièrement de l'importance pour la qualification du contrat qui unit l'agent immobilier à son client. Cette question ne relève pas de la présente contribution².

1.15. Distinction avec le contrat de dépôt³ – Le contrat de dépôt, s'il se classe certes parmi les contrats portant sur la prestation d'un service, se détache toujours du contrat d'entreprise, « par le fait que l'activité qui en constitue l'objet n'est pas source de nouvelle richesse pour le créancier. Celui-ci n'espère qu'une restitution alors que le maître de l'ouvrage attend un accroissement »⁴. L'intérêt d'une qualification adéquate entre ces deux types de contrat réside dans le fait que, actuellement, les contrats d'entreprise et de dépôt sont *de lege lata* soumis à des corps de règles distincts. Outre le caractère réel – et non consensuel – du contrat de dépôt, les obligations des parties diffèrent et les fautes commises respectivement par l'entrepreneur et par le dépositaire s'apprécient différemment⁵.

Si, en matière mobilière, la jurisprudence reste hésitante lorsqu'elle est confrontée à un contrat complexe (à savoir à une opération contractuelle unique qui présente les caractéristiques du contrat d'entreprise et du contrat de dépôt), en revanche, aucun problème de qualification ne surgit lorsque la prestation de service s'accompagne de la remise d'un bien immeuble, dans la mesure où le contrat de dépôt ne se conçoit que pour des choses mobilières.

1.16. Distinction avec le contrat de travail. – L'art. 1710 C. civ. porte définition du louage d'ouvrage sans distinguer entre le louage d'industrie et le louage de services. Une telle conception correspond à une réalité objective : l'entrepreneur, comme le salarié, s'engage à effectuer un travail pour le compte d'autrui. La

¹ Cass., 27 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 916.

² Voir C. HEEB, *De Makelaar*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 37 et s. ; W. GOOSSENS, « De kwalificatie van een makelaarsovereenkomst en van de vergoeding die verschuldigd is als gevolg van de verkoop door de opdrachtgever - Vragen van overgangsrecht m.b.t. de nieuwe Wet op de schadebedingen », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 427 à 442.

³ Voir B. KOHL, D. GRISARD, R. SALZBURGER, « Regards croisés sur le contrat de dépôt et le contrat d'entreprise », in J.-Fr. GERMAIN (dir.), *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 118 à 122.

⁴ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 210.

⁵ Voir I. DURANT, « Le contrat de dépôt et de séquestre. Quelques questions récurrentes au regard de décisions récentes », in *Les contrats spéciaux*, coll. CUP, Liège, éd. Formation Permanente CUP, vol. 34, 1999, p. 12, n° 3.

frontière entre les deux conventions apparaît, toutefois, dès lors qu'on a égard aux conditions dans lesquelles les prestations sont exécutées : « le salarié accepte de travailler sous l'autorité et la direction de l'employeur, alors que l'entrepreneur conserve son indépendance juridique » dans l'exécution de ses obligations, même s'il s'en réfère aux souhaits du maître de l'ouvrage et doit s'accommoder de ses directives¹. Le contrat d'entreprise se caractérise ainsi par l'absence de subordination dans les relations entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage.

La détermination de l'existence du lien de subordination, qui caractérise la relation de travail, a donné lieu ces dernières années à une jurisprudence abondante de la Cour de cassation. Ainsi, dans ses arrêts du 23 décembre 2002², du 28 avril 2003³ et du 8 décembre 2003⁴, la Cour avait, d'abord, reconnu de manière non équivoque l'importance de la qualification donnée par les parties à leur convention, en énonçant que « lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente »⁵. Il s'en déduisait donc, selon les termes de la Cour elle-même, que le juge ne pouvait requalifier en contrat de travail la convention conclue entre les parties en se fondant sur des éléments compatibles avec la qualification que celles-ci avaient déclaré vouloir adopter, c'est-à-dire en l'espèce sur des éléments compatibles avec le contrat d'entreprise au sens des articles 1710 et 1779 et suivants du Code civil⁶.

La qualification donnée par les parties à leur convention constituait donc l'un des éléments les plus importants dans l'appréciation de l'existence ou de l'inexistence d'un lien de subordination, critère distinctif de la relation de travail⁷.

Par une loi-programme I du 27 décembre 2006⁸, le législateur, après avoir énoncé que les parties choisissent librement la nature de leur relation de travail, précise que la priorité doit être donnée à la qualification « (...) qui se révèle de l'exercice effectif si celle-ci exclut la qualification juridique choisie par les

¹ Cass., 6 juin 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1142. À propos de l'immixtion du maître de l'ouvrage, voir *infra*, n° 5.42.

² Cass., 23 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 271.

³ Cass., 28 avril 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 261.

⁴ Cass., 8 décembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 122.

⁵ Cet attendu a ensuite été repris à de nombreuses reprises par la Cour de cassation (voir p. ex. récemment Cass., 23 mai 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 392 ; Cass., 23 mars 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 370), parfois *a contrario* (voir p. ex. Cass., 25 mai 2009, *J.T.*, 2009, p. 28, *J.T.T.*, 2009, p. 369).

⁶ Lorsque les parties n'ont pas pris le soin de qualifier leur convention, « il appartient au juge d'apprécier si les éléments invoqués pour justifier de l'existence d'un lien de subordination constituent la manifestation ou la possibilité de l'exercice de l'autorité sur l'exécution du travail qui est la caractéristique du contrat de travail et qui est inconciliable avec l'exercice d'un simple contrôle et avec la communication d'instructions dans le cadre d'un contrat de travail indépendant » (Cass., 20 mars 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 295, *R.A.B.G.*, 2007, p. 74, note V. DOOMS).

⁷ Voir J.-P. CORDIER, « La recherche du lien de subordination au regard de l'analyse du contrat : la disqualification du contrat d'entreprise », in V. VANNES (dir.), *Le lien de subordination dans le contrat de travail*, coll. UB3, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 65.

⁸ *M.B.*, 28 décembre 2006.

IV.3. 1 – GÉNÉRALITÉS

parties » (art. 331). Il consacre, ensuite, la plupart des critères de distinction entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise (travailleur indépendant) dégagés par la jurisprudence : la volonté des parties telle qu'exprimée dans leur convention¹, la liberté d'organisation du temps de travail, la liberté d'organisation du travail ainsi que la possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique (art. 333, § 1^{er}). Sont, quant à eux, impuissants à qualifier adéquatement la relation de travail – et constituent donc à ce titre des facteurs « neutres » – : l'intitulé de la convention, l'inscription auprès d'un organisme de sécurité sociale, l'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises, l'inscription auprès de l'administration de la T.V.A. et la manière dont les revenus sont déclarés à l'administration fiscale (art. 333, § 3). Comme auparavant, il revient donc au juge du fond d'apprécier souverainement le poids des différents éléments invoqués à l'appui de l'action tendant à requalifier en contrat de travail la relation contractuelle et qui, réunis en faisceau, permettent de rejeter la qualification choisie par les parties et de conclure à l'existence d'un lien de subordination².

La qualification de contrat d'entreprise ou de contrat de travail implique des conséquences significativement différentes. Ainsi, à la différence de l'entrepreneur, le travailleur bénéficie à certaines conditions d'une immunité pour les fautes accomplies à l'occasion de l'exécution de son travail³. Le travailleur bénéficie également de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs⁴, ainsi que du privilège garantissant le paiement son salaire⁵. Les litiges relatifs à son contrat sont soumis aux juridictions du travail. En outre, en droit de la sécurité sociale, le contrat de travail permet au travailleur salarié de profiter d'une réglementation financièrement plus avantageuse que celle applicable au travailleur indépendant. La protection des travailleurs par le droit pénal social est également accrue, par comparaison aux dispositions pénales qui encadrent l'exécution de prestations par des personnes indépendantes.

1.17. Distinction avec le contrat de promotion immobilière. – Le phénomène de la promotion immobilière est profondément ancré en Belgique, dans le secteur de la construction. Il est toutefois délicat de proposer une définition unique

¹ Selon l'art. 333, § 1^{er}, la volonté exprimée par les parties ne sera retenue que « (...) pour autant que cette dernière soit exécutée conformément aux dispositions de l'article 331 ». En d'autres termes, la qualification retenue par les parties pourra être rejetée par le juge si celle-ci n'est pas conforme à l'intention réelle des parties, confirmée par des éléments de faits permettant d'exclure cette qualification.

² Sur ces éléments, voir en particulier C.E. CLESSE, *L'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et indépendants. Aux frontières de la fausse indépendance*, coll. Pratique du droit, n° 48, Waterloo, Kluwer, 2010, pp. 98 à 133. Sur la loi-programme du 27 décembre 2006, voir également P. VANHAVERBEKE et A. HACHEZ, « La requalification de la convention (faux indépendants / faux salariés) », in S. GILSON et M. WESTRADE (éd.), *Le statut social des indépendants*, coll. Perspectives de droit social, Limal, Anthemis, 2013, pp. 133 à 178 ; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, coll. I.C.A Reeks Arbeidsrecht, Bruges, die Keure, 2011.

³ Voir l'art. 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail.

⁴ *M.B.*, 30 avril 1965.

⁵ Voir l'art. 19, 3^obis, de la loi hypothécaire.

de la promotion immobilière. Sous ce vocable se trouvent en effet rassemblées de multiples formes d'organisation d'un programme de construction immobilière. Les différents visages que présente la promotion immobilière ont néanmoins ceci de commun qu'ils constituent tous un renversement du processus classique de construction, c'est-à-dire du « triangle traditionnel » ou « *klassieke driehoek* », dans lequel un maître de l'ouvrage charge un architecte de la conception et du contrôle de l'exécution des travaux et fait appel à un ou plusieurs entrepreneurs pour la réalisation matérielle de ceux-ci. Au contraire, la promotion immobilière se distingue par le fait que c'est le promoteur, non le maître de l'ouvrage, qui prend l'initiative et la maîtrise du projet, qui en assume le risque commercial et financier et qui offre une globalisation des différents services menant à la réalisation du programme de construction.

La détermination du régime juridique applicable au contrat de promotion immobilière fait l'objet d'une *verbo* distinct publié dans le présent ouvrage. Nous y renvoyons dès lors le lecteur¹.

1.18. Distinction entre l'entreprise générale, la sous-traitance et la co-traitance. – Bien qu'aucune disposition légale ne définisse le contrat de sous-traitance, l'on peut qualifier comme telle la convention par laquelle une personne s'engage envers un entrepreneur principal, en dehors de tout lien de subordination, à exécuter tout ou partie du contrat que ce dernier a conclu avec le maître de l'ouvrage². La sous-traitance suppose l'existence d'un entrepreneur principal qui délègue, en dehors de tout lien de subordination, l'exécution de tout ou partie des prestations (matérielles ou intellectuelles) qui lui ont été confiées par le maître de l'ouvrage.

La distinction entre le contrat de sous-traitance et le contrat de travail n'est toutefois pas toujours aisée : l'absence de lien de subordination dans les relations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant ainsi que l'indépendance dont dispose ce dernier pour réaliser les objectifs assignés permettent, malgré le pouvoir d'organisation du chantier revenant à l'entrepreneur, de rejeter la qualification de contrat de travail qui pourrait être donnée à la convention³.

Le maître de l'ouvrage choisit parfois de ne confier qu'à un prestataire unique – également appelé « entrepreneur général » –, la réalisation de la totalité de l'ouvrage. Ce prestataire, sauf lorsque cela lui est interdit, pourra faire exécuter tout ou partie de l'ouvrage par un ou plusieurs sous-traitants. La sous-traitance se

¹ B. KOHL, « Le promoteur immobilier », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2009.

² Voir p. ex. B. KOHL et M. VANWICK-ALEXANDRE, « Théorie générale des obligations et sous-traitance », in *La sous-traitance*, C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 28.

³ En l'absence de lien de subordination, l'entrepreneur général n'est donc pas tenu envers les tiers, sur la base de l'art. 1384, al. 3, C. civ., des fautes délictuelles commises par son sous-traitant. Voir p. ex., entre autres, Bruxelles, 22 avril 2008, *Res. jur. imm.*, 2009, p. 26. Le sous-traitant répond dès lors personnellement des dommages causés aux tiers – notamment des autres sous-traitants ou des co-traitants de l'entrepreneur principal – par sa propre faute (art. 1382 C. civ.).

IV.3.1 – GÉNÉRALITÉS

distingue alors de la cotraitance : dans ce dernier cas, le maître de l'ouvrage, plutôt que de confier la réalisation des prestations à un unique entrepreneur « général », choisit de diviser le marché en différents lots et de confier la réalisation de ceux-ci à des entreprises distinctes. Le maître de l'ouvrage traite dans ce cas par « lots séparés ». Les entrepreneurs chargés de l'exécution des différents lots sont donc « co-traitants ». Dans une telle situation, « (...) indépendamment de leur nécessaire coordination, les divers entrepreneurs, quoique étrangers l'un à l'autre, se devront réciproquement assistance et conseil »¹ : la jurisprudence retient en effet à charge de chaque co-traitant, dans les limites de ses compétences et sous réserve de la réunion des conditions de la responsabilité contractuelle (notamment l'établissement d'un manquement fautif aux règles de l'art et au devoir de conseil), un « devoir de contrôle réciproque » des fautes commises par les autres co-traitants². Lorsque la formule de l'entreprise générale est choisie, la coordination entre les différents sous-traitants relève de la responsabilité de l'entrepreneur général³. En revanche, si le maître de l'ouvrage choisit de recourir à la formule de la co-traitance, le devoir de coordination des différents prestataires de services repose sur lui. Par convention, le maître de l'ouvrage peut toutefois décider de charger l'un des co-traitants – par exemple celui chargé du lot le plus important –, contre rémunération, de la mission complémentaire d'assurer la coordination des différentes entreprises qui concourent à la réalisation de l'ouvrage ; ce co-traitant est parfois appelé « entrepreneur pilote »⁴. La sous-traitance fait l'objet d'un traitement particulier dans un chapitre distinct du présent ouvrage. Il y est dès lors renvoyé⁵.

¹ M.-A. FLAMME et P. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 74, n° 90.

² Bien entendu, le recours à la co-traitance n'exclut pas la sous-traitance. Chacun des co-traitants peut en effet, lorsque cela ne lui est pas interdit, décider de faire exécuter par un sous-traitant, tout ou partie du lot dont la réalisation lui a été confiée par le maître de l'ouvrage : pour le lot qui lui a été confié, le co-traitant revêt alors la qualité d'entrepreneur principal.

³ Voir p. ex. Mons, 27 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 404.

⁴ Voir p. ex. Bruxelles, 27 mai 1981, *J.T.*, 1982, p. 514.

⁵ Voir T. BRAUN et R. THONET, « La sous-traitance », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2008.